JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

Ano XLII – 1º semestre de 2017 – N. 134 – Florianópolis – SC – 2017

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. Alexandre d'Ivanenko – 1º Vice-Presidente

Comissão Permanente de Jurisprudência (Portaria n. 339/2016-GP)
Des. Alexandre d'Ivanenko – Presidente
Desembargador Gerson Cherem II
Juiz de Direito Marcelo Pons Meirelles

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

21cm.

Semestral.

Repositório autorizado sob os n. 8/1985–STF e 18/1991–STJ, e na versão eletrônica sob o n. 79/2015-STJ.

Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/revistajc

ISSN: 1981-402X.

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

SUMÁRIO

9 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

25 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

61 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

165 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

167 Primeira Vice-Presidência

174 Conselho da Magistratura

179 Órgão Especial

214 Câmara Civil Especial

229 Câmara Especial Regional de Chapecó

258 Grupo de Câmaras de Direito Civil

269 Primeira Câmara de Direito Civil

294 Segunda Câmara de Direito Civil

319 Terceira Câmara de Direito Civil

355 Quarta Câmara de Direito Civil

431 Quinta Câmara de Direito Civil

481 Sexta Câmara de Direito Civil

534 Primeira Câmara de Direito Comercial

575 Segunda Câmara de Direito Comercial

613 Terceira Câmara de Direito Comercial

648 Quarta Câmara de Direito Comercial

680 Quinta Câmara de Direito Comercial

695 Grupo de Câmaras de Direito Público
704 Primeira Câmara de Direito Público
724 Segunda Câmara de Direito Público
768 Terceira Câmara de Direito Público
779 Quarta Câmara de Direito Público
801 Seção Criminal
837 Primeira Câmara Criminal
888 Segunda Câmara Criminal
916 Terceira Câmara Criminal
944 Quarta Câmara Criminal
975 Primeiro Grau
1109 DISCURSOS
1119 RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA
1141 ÍNDICE NUMÉRICO
1147 ÍNDICE POR ASSUNTO
1157 ÍNDICE ONOMÁSTICO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(dezembro de 2017)

Presidente

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO

Segundo Vice-Presidente

Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador JAIME RAMOS

Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS

DESEMBARGADORES

Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Desembargador NEWTON TRISOTTO
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador José Antônio TORRES MARQUES
Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES
Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO
Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador CID José GOULART Júnior
Desembargador JAIME RAMOS
Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO
Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER
Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargadora REJANE ANDERSEN
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Desembargador 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 RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador ROBSON LUZ VARELLA
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador 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 CLAUDIA 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 JUNIOR
Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA
Desembargador NELSON MAIA PEIXOTO
Desembargador EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR
Desembargador GERSON CHEREM II
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 ARAGÃO
Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA

JUÍZES DE DIREITO DE SEGUNDO GRAU

Juiz de Direito de Segundo Grau Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI
Juíza de Direito de Segundo Grau HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ MAURÍCIO LISBOA
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ROBERTO DA SILVA
Juíza de Direito de Segundo Grau BETTINA MARIA MARESCH DE MOURA

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES – Presidente
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU

Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Desembargador NEWTON TRISOTTO
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES
Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO
Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador CID José GOULART Júnior
Desembargador JAIME RAMOS
Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO
Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER
Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargadora REJANE ANDERSEN
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Desembargador 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 RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador ROBSON LUZ VARELLA
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador 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 CLAUDIA 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 JUNIOR

Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA
Desembargador NELSON MAIA PEIXOTO
Desembargador EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR
Desembargador GERSON CHEREM II
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 ARAGÃO
Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA

ÓRGÃO ESPECIAL

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

Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador Ricardo José Roesler
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO

CÂMARA DE AGRAVOS INTERNOS EM RECURSOS CONSTITUCIONAIS

Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO – Presidente
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL
Desembargador JAIME RAMOS

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ – CERC

Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA – Presidente
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ MAURÍCIO LISBOA
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ROBERTO DA SILVA
Juíza de Direito de Segundo Grau BETTINA MARIA MARESCH DE MOURA

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Desembargador JAIME RAMOS – Presidente
Desembargador VILSON FONTANA
Desembargador HÉLIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS
Desembargador SIDNEY ELEY DALABRIDA

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Desembargador NEWTON TRISOTTO – Presidente
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO
Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING

Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES (Juíza ROSANE PORTELLA WOLFF)
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA
Desembargador SAUL STEIL
Desembargador RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI
Desembargadora CLAUDIA LAMBERT DE FARIA
Desembargador RUBENS SCHULZ
Desembargador ANDRÉ CARVALHO
Desembargador JORGE LUÍS DA COSTA BEBER
Desembargador ANDRÉ LUIZ DACOL
Desembargador EDUARDO MATTOS GALLO JR
Desembargadora ROSANE PORTELLA WOLFF

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING – Presidente
Desembargador ANDRÉ CARVALHO
Desembargador JORGE LUÍS DA COSTA BEBER
Desembargador EDUARDO MATTOS GALLO JR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador NEWTON TRISOTTO – Presidente
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador RUBENS SCHULZ

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador FERNANDO CARIONI – Presidente
Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador SAUL STEIL

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU – Presidente e.e.

Desembargador RODOLFO TRIDAPALLI
Desembargadora ROSANE PORTELLA WOLFF

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS – Presidente
Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Desembargadora CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA
Desembargador ANDRÉ LUIZ DACOL

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente
Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER
Desembargadora REJANE ANDERSEN
Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO
Desembargadora SORAYA NUNES LINS
Desembargador TULIO José Moura PINHEIRO
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador ROBSON LUZ VARELLA
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO
Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA
Desembargador NEWTON VARELLA JÚNIOR
Desembargador GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA
Desembargadora JANICE GOULART G. UBIALLI
Desembargador GUILHERME NUNES BORN
Desembargador LUIZ ZANELATO
Desembargador JAIME MACHADO JR.
Desembargador DINART FRANCISCO MACHADO
Juiz LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO – Presidente
Desembargador GUILHERME NUNES BORN
Desembargador LUIZ ZANELATO
Juiz LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargadora REJANE ANDERSEN – Presidente
Desembargador ROBSON LUZ VARELLA
Desembargador NEWTON VARELLA JÚNIOR
Desembargador DINART FRANCISCO MACHADO (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador TULIO José Moura PINHEIRO – Presidente
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA
Desembargador JAIME MACHADO JR.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE – Presidente
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER
Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA
Desembargadora JANICE GOULART GARCIA UBIALII

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente
Desembargador CLAUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO
Desembargadora SORAYA NUNES LINS

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador PEDRO MANOEL ABREU – Presidente
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador CID José GOULART Júnior
Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ

Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Desembargador ODSON CARDOSO FILHO
Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador JÚLIO CÉSAR KNOLL
Desembargadora VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI
Desembargador FRANCISCO OLIVEIRA NETO
Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA
Desembargador GERSON CHEREM II
Desembargadora DENISE DE SOUZA FRANCOSKI
Desembargador ARTUR JENICHEN
Desembargador PAULO RICARDO BRUSCHO

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador CARLOS ADILSON SILVA – Presidente
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI – Presidente
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador CID José GOULART Júnior
Desembargador FRANCISCO OLIVEIRA NETO

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador RICARDO José ROESLER – Presidente
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador JÚLIO CÉSAR KNOLL

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ – Presidente
Desembargador ODSON CARDOSO FILHO
Desembargadora VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI

Desembargador PAULO RICARDO BRUSCHI

QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA
Desembargador GERSON CHEREM II
Desembargadora DENISE DE SOUZA FRANCOSKI
Desembargador ARTUR JENICHEN

SEÇÃO CRIMINAL

Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente
Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA
Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI
Desembargador LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN
Desembargadora CINTHIA B. DA S. B. SCHAEFER
Desembargador NELSON MAIA PEIXOTO
Desembargador LUIZ CESAR SCHWEITZER
Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA
Desembargador NORIVAL ACÁCIO ENGEL
Desembargador JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA

Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA
Desembargador LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN
Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA
Desembargador JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA – Presidente
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI
Desembargadora CINTHIA B. DA S. B. SCHAEFER
Desembargador NELSON MAIA PEIXOTO
Desembargador LUIZ CESAR SCHWEITZER
Desembargador NORIVAL ACÁCIO ENGEL

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO – Presidente
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Desembargador NORIVAL ACÁCIO ENGEL
Desembargador JULIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA – Presidente
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Desembargador LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO – Presidente

Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA
Desembargador NELSON MAIA PEIXOTO

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS – Presidente
Desembargadora CINTHIA B. DA S. B. SCHAEFER
Desembargador LUIZ CESAR SCHWEITZER
Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES – Presidente
Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO – 1º Vice-Presidente
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES – Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL – 2º Vice-Presidente
Desembargador JAIME RAMOS – 3º Vice-Presidente
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS – Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juíza SÔNIA EUNICE ODWAZNY

SECRETARIA-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Secretário Juiz JEFFERSON ZANINI

JUÍZES CORREGEDORES

Juiz Corregedor CYD CARLOS DA SILVEIRA
Juíza Corregedora MARIA PAULA KERN
Juíza Corregedora SIMONE BOING GUIMARÃES
Juiz Corregedor LUIZ HENRIQUE BONATELLI
Juíza Corregedora LÍLIAN TELLES DE SÁ VIEIRA

JUÍZES AUXILIARES DA PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar LUíS FELIPE CANEVER
Juiz Auxiliar ALEXANDRE MORAiS DA ROSA

JUIZ AUXILIAR DA PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar MARCELO PONS MEIRELLES

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

MICHELE HORTZ

DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO

CLEVERSON OLIVEIRA

DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO

RICARDO ALBINO FRANÇA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EXTRADIÇÃO 1.485 DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
REQTE.(S): GOVERNO DO URUGUAI
EXTDO.(A/S): ESTEBAN LAUREANO DIAZ COSTA O U O U ESTEBAN LAUDIANO DIAZ O U ESTEBAN LAUDIANO
ADV.(A / S): TAIANA TEIXEIRA DA SILVA

EMENTA

EXTRADIÇÃO PASSIVA. DUPLA TICIPICIDADE. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. PROCEDIMENTO LEGAL E CONVENCIONAL OBSERVADO. CONTENCIOSIDADE LIMITADA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. PEDIDO EXTRADICIONAL DEFERIDO.

I - Pedido de extradição, formulado pelo Governo do Uruguai, que atende os requisitos da Lei 6.815/1980 e do Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul.

II - Crime de homicídio muito especialmente agravado, nos termos da legislação estrangeira, que corresponde ao crime de homicídio qualificado do Código Penal Brasileiro. Dupla incriminação atendida. I

II - É vedada a apreciação de teses defensivas que extrapolam os limites da contenciosidade limitada que rege o processo de extradição.

IV - Inocorrência de prescrição e óbices legais.

V - Indeferimento do pedido de revogação da prisão cautelar por não estarem presentes situações excepcionais que justifiquem sua revogação.

VI - O compromisso de detração da pena, considerando o período de prisão decorrente da extradição, deve ser assumido antes da entrega do preso, não obstando a concessão da extradição. O mesmo é válido para os demais compromissos previstos no art. 91 da Lei nº 6.815/1980.

VII - Extradição deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por votação unânime, deferir o pedido de extradição, devendo a entrega do extraditando ser previamente condicionada à assunção pelo Estado requerente dos compromissos previstos no art. 91 da Lei 6.815/1980, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Edson Fachin.

Brasília, 23 de maio de 2017.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI
Relator

RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): A República Oriental do Uruguai formulou pedido extradicional contra Esteban Laureano Diaz Costa, nacional uruguaio condenado pela prática de crime de homicídio qualificado.

O suporte jurídico deste pedido repousa no Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul (Decreto 4.975/2004).

Em síntese, a acusação diz respeito à prática de homicídio qualificado contra Juan Carlos Rosa da Silva, no dia 18 de junho de 1996. O delito foi qualificado como punível nos termos do art. 310 do Código Penal Uruguaio. O extraditando foi condenado à pena de 23 anos de reclusão, e a condenação transitou em julgado em 9 de junho de 2000.

Em apenso, nos autos da Prisão Preventiva para Extradição (PPE) 808, a representação da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol) foi acolhida, tendo sido decretada a prisão cautelar para efeitos extradicionais do súdito estrangeiro.

Encontrando-se o ora extraditando preso e recolhido no Presídio Estadual de Quaraí/RS, expediu-se carta de ordem para a realização do interrogatório. O extraditando foi interrogado, na presença de defensor (fls. 246/259). No mesmo ato, ante as alegações do interrogando, foi ouvida uma testemunha (fls. 260/265).

A Defesa do ora extraditando apresentou defesa escrita, nos termos do art. 210 do RISTF (fls. 219/224).

Ao final, o Ministério Público Federal opinou pelo deferimento do pedido extradicional.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): A República Oriental do Uruguai pretende a entrega extradicional de Esteban Laureano Diaz Costa, súdito uruguaio, contra quem existe, naquele País, condenação penal transitada em julgado pela prática de crime previsto no Código Penal Uruguaio.

O pleito de extradição encontra fundamento jurídico no Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul, incorporado à legislação brasileira por meio do Decreto 4.975/2004.

O procedimento formal foi atendido, com apresentação de cópia da legislação necessária ao julgamento da presente extradição. Constam dos autos, ainda, cópia do título condenatório (tradução às fls. 67/86),

dos textos legais referentes à tipificação do delito previsto no Código Penal do Estado requerente, bem como a correspondente prescrição penal (fls. 54/56).

Não se pode desconhecer, ainda, que o Estado requerente qualificase como Estado verdadeiramente democrático, cujas instituições asseguram, em juízo penal, a qualquer réu, as garantias jurídicoprocessuais básicas reconhecidas pelas declarações internacionais de direitos.

Cabe ressaltar que a infração penal atribuída ao extraditando não tem caráter político. Constitui delito comum, insuscetível de julgamento perante tribunais de exceção (de todo inexistentes) no Estado requerente.

O súdito estrangeiro em questão foi julgado, no país de origem, por órgãos do Poder Judiciário que se conformam às exigências impostas pelo princípio do juiz natural, em tudo compatíveis com as diretrizes que esta Suprema Corte firmou a propósito de tão relevante postulado constitucional (RTJ 169/557, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 179/378-379, Rel. Min. Celso de Mello).

Impende acentuar que o fato delituoso ensejador da formulação deste pedido extradicional submete-se à competência penal exclusiva da Justiça do Estado requerente, e também satisfaz a exigência concernente ao postulado da dupla tipicidade.

O tipo penal imputado ao extraditando encontra correspondência típica no art. 121, § 2º, II, III e IV e § 4º, do Código Penal Brasileiro, que define o delito de homicídio triplamente qualificado praticado contra idoso.

Como se sabe, a mera divergência quanto à nomenclatura do delito não obsta a extradição, bastando que o fato imputado constitua crime sob a dupla perspectiva dos ordenamentos jurídicos vigentes no Brasil e no Estado estrangeiro que requer a efetivação da medida extradicional,

independentemente da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos (Ext 977/República Portuguesa, Rel. Min. Celso de Mello).

Vale referir, ainda, a respeito da manifesta inocorrência, no caso, da consumação da prescrição penal, quer segundo a lei do Estado requerente, quer conforme o direito brasileiro.

O súdito estrangeiro em questão, por sua vez, alegou em sua defesa escrita e em seu interrogatório que teme por sua vida, porque o suposto irmão da vítima, Miguel Catelotti, que o ameaçava de morte há muitos anos, teria sido nomeado diretor da Casa Prisional de Salto. Disse o extraditando que foi essa circunstância que o fez fugir da prisão no Uruguai, e que é a razão pela qual não quer e não pode retornar àquela unidade prisional. Afirmou que Miguel Catelotti teria participado de sua prisão, e que nesse momento lhe ameaçou e jurou de morte, tendo apontado uma arma de fogo para sua cabeça.

Como o preso indicou que o policial responsável por sua escolta havia presenciado o momento da prisão, o Juiz Federal que conduziu o interrogatório determinou sua oitiva. Nessa ocasião a testemunha esclareceu que a abordagem foi feita com a participação de um policial uruguaio, e que eles conversaram em espanhol, porém a testemunha não entendeu o que foi conversado, não sabendo dizer se o extraditando foi ameaçado.

Apesar de serem relevantes, as postulações do extraditando, elas não comportam exame por parte desta Suprema Corte. É que o processo de extradição, embora possua natureza penal, tem por único objetivo viabilizar a constituição de título judicial necessário à entrega do súdito estrangeiro a um determinado Estado requerente. Não cabe ao Estado brasileiro interferir em temas afetos à administração penitenciária uruguaia, determinando qual o presídio onde deve ser alocado o preso. O tema da definição sobre alocação de presos nas unidades prisionais não se relaciona ao disposto no art. 77, VIII, do Estatuto do Estrangeiro, que diz respeito ao julgamento perante Tribunal ou Juízo de exceção.

Esse sistema de controle limitado, que enseja mera verificação jurisdicional de pontos determinados referidos pela própria legislação doméstica brasileira ou, quando existente, pelo tratado bilateral específico, além de não viabilizar a possibilidade de qualquer juízo de revisão sobre os fatos subjacentes ao pedido extradicional (como já precedentemente enfatizado), restringe a atividade processual deste Supremo Tribunal Federal ao plano da mera delibação.

O sistema de contenciosidade limitada circunscreve o thema decidendum, nas ações de extradição passiva, à análise dos pressupostos (art. 77) e das condições (art. 78) inerentes ao pedido formulado pelo Estado estrangeiro, consoante proclama iterativa jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal (RTJ 161/409-411, Rel. Min. Celso de Mello).

Noutro vértice, o extraditando asseverou que sua companheira, uruguaia, está grávida, além de ter três filhos para criar, e enfatizou que trabalha no Brasil. Ele relatou ainda que tentou suicídio na prisão brasileira. Entretanto, como se sabe, essas circunstâncias de caráter pessoal não obstam a extradição.

Conforme o ensinamento de Mirtô Fraga (O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado, p. 341/342, item n. 2, 1985, Forense), são válidas e constitucionais as limitações impostas à defesa, no processo extradicional, que deve se circunscrever aos temas da identidade do extraditando, à instrução do pedido e à ilegalidade da extradição, segundo a lei brasileira ou o tratado aplicável ao caso. Para o referido autor, "[t]udo que não esteja relacionado com esses três aspectos será ignorado, ou seja, será considerado impertinente e não merecerá acolhida do Supremo."

Não vinga, por fim, o pedido de revogação da prisão, haja vista o que dispõe o art. 84, parágrafo único da Lei 6.815/1980, cuja constitucionalidade vem sendo reiteradamente confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (HC 81127, Rel. Min. Sydney Sanches; Ext 1313, Rel. Min. Dias Toffoli). A custódia preventiva visa à efetividade da

extradição e à garantia de que o Brasil honrará compromissos assumidos com Estados estrangeiros. No caso concreto, não seria razoável supor que o extraditando, tendo fugido para o Brasil justamente para evitar a manutenção da prisão em seu país de origem, fosse submeter-se voluntariamente à Justiça de seu país.

Em suma, a análise dos autos evidencia que não há obstáculo legal ao deferimento deste pedido de extradição relativamente à suposta prática do crime de homicídio qualificado, pois foram atendidos os requisitos da dupla tipicidade e da dupla punibilidade, além de estarem satisfeitas todas as condições legais e convencionais aplicáveis.

O compromisso de detração da pena, considerado o período de prisão decorrente da extradição, em especial da prisão domiciliar, deve ser assumido antes da entrega do extraditando, não obstando a concessão da extradição. O mesmo é válido para os demais compromissos previstos no art. 91 da Lei 6.815/1980.

Presentes os requisitos necessários ao acolhimento da extradição e ausentes os óbices legais, defiro o pedido formulado pelo Governo do Uruguai para conceder a extradição. A entrega do extraditando deve ser previamente condicionado à assunção pelo Estado requerente dos compromissos previstos no art. 91 da Lei 6.815/1980.

É como voto.

HABEAS CORPUS 127.924 PERNAMBUCO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. LUIZ FUX
PACTE.(S): EDUARDO JOSÉ MORAES DOS SANTOS
IMPTE.(S): THIAGO SENNA LEÔNIDAS GOMES E OUTRO (A/S)
COATOR (A / S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

***HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E DE QUADRILHA. ARTIGOS 121, § 2º, IV, E 288 DO CÓDIGO PENAL. CONCESSÃO DA ORDEM EM RELAÇÃO AO PACIENTE.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por empate na votação, em admitir e deferir a ordem em relação ao Paciente, nos termos do voto do Senhor Ministro Luiz Fux, redator do acórdão, vencido, na extensão, o Relator. Votaram pelo não conhecimento da impetração os Senhores Ministros Alexandre de Moraes e Rosa Weber. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso.

Brasília, 18 de abril de 2017.

Ministro LUIZ FUX
REDATOR PARA O ACÓRDÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Rafael Ferreira de Souza:

> O Juízo da Quarta Vara Privativa do Júri da Comarca de Recife/PE, ao receber a denúncia, no processo nº 0052206- 91.2010.8.17.0001, determinou a prisão preventiva do paciente, em 18 de outubro de 2010, em virtude do suposto cometimento das infrações versadas nos artigos 121, § 2º, incisos I e IV (homicídio qualificado), 121, § 2º, inciso IV (tentativa de homicídio qualificado), e 288 (quadrilha) do Código Penal. Reportou-se aos indícios de autoria e à materialidade, consistentes nas declarações prestadas no inquérito e na perícia. Aludiu ao fato de o indiciado responder a outros processos criminais. Salientou que a prática delituosa decorreu da disputa pelo domínio do tráfico de drogas na região. Assentou necessária a custódia cautelar para a garantia da ordem pública e a conveniência da instrução processual. Entendeu-a respaldada nos artigos 311 e seguintes do Código de Processo Penal. Na sentença de pronúncia, consignou persistirem os motivos ensejadores da medida.
>
> Formalizou-se habeas corpus, visando-se a revogação da segregação. Alegou-se estar o ato que implicou a custódia alicerçado em premissas abstratas. Sublinhou-se o excesso de prazo da prisão provisória. A Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça indeferiu a ordem, pois não vislumbrou ilegalidade na decisão atacada. Considerou-a motivada na garantia da ordem pública e na higidez da instrução criminal. Refutou a alegação de excesso de prazo, explicitando tratar-se de processo complexo, com quatro réus, a ensejar inúmeras diligências. Apontou o fato de a defesa haver arrolado oito testemunhas e a acusação, nove. Evocou o verbete nº 84 da Súmula do Tribunal, a autorizar a ampliação dos prazos processuais em situações excepcionais.
>
> Protocolou-se o recurso ordinário em habeas corpus nº 46.847/PE, reiterando-se o argumento de demora no encerramento da instrução, ao qual a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento. Fez ver a ausência de prazo fatal e improrrogável no tocante

ao encerramento da fase instrutória. Aduziu que o Juízo observou de forma acertada o princípio da razoabilidade, afastando a arguição relativa à dilação dos prazos processuais. Afirmou estar superado o excesso de prazo para a formação da culpa, pois já encerrada a instrução.

Os impetrantes dizem haver manifesta ilegalidade a ser sanada. Mencionam a manifestação da acusação no sentido da impronúncia do paciente, a indicar o pleito pela absolvição no Tribunal do Júri. Ressaltam inexistir previsão para a citada sessão. Dizem da urgência na apreciação do pedido de revogação da preventiva.

Em âmbito liminar, requereram fosse o paciente posto em liberdade, expedindo-se o consequente alvará de soltura. No mérito, buscam a confirmação da providência.

Vossa Excelência, em 29 de junho de 2015, acolheu o pleito de medida acauteladora.

Consulta ao sítio do Tribunal de Justiça não revelou o atual estágio da ação penal.

O Ministério Público Federal opina pelo deferimento da ordem, impondo-se medidas cautelares substitutivas à custódia.

Lancei visto no processo em 10 de março de 2017, liberando-o para ser examinado na Turma a partir de 28 de março seguinte, isso objetivando a ciência dos impetrantes.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

PRISÃO PREVENTIVA – EXCEÇÃO – FUNDAMENTOS. A custódia preventiva há de guardar sintonia com o figurino legal, porque, revelando-se no campo da excepcionalidade, inverte a sequência natural

> do processo-crime – apurar-se para, selada a culpa, prender-se, em verdadeira execução da pena.
>
> PRISÃO PREVENTIVA – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Não se pode, ante o princípio da não culpabilidade, considerar, para efeito de custódia preventiva, inquérito ou processo criminal em curso.
>
> PRISÃO PREVENTIVA – COMETIMENTO DE OUTROS CRIMES. O cometimento de outros crimes pressupõe a culpa formada.
>
> PRISÃO PREVENTIVA – EXCESSO DE PRAZO. Uma vez configurado o excesso de prazo da preventiva, impõe-se a devolução da liberdade de ir e vir ao acusado.

Reporto-me ao que consignei ao deferir, em 29 de junho de 2015, a medida acauteladora:

> […]
>
> 2. Observem ser a custódia preventiva medida de excepcionalidade maior, presente o princípio da não culpabilidade. A ordem natural direciona a apurar para, selada a culpa, prender, em execução de pena imposta.
>
> No caso, tanto o paciente quanto o corréu foram presos ante notícias veiculadas no sítio do Ministério Público de Pernambuco sobre supostos indícios de autoria criminosa em outros delitos, acrescentando-se estarem respondendo a processos criminais. Sob tal ângulo, o círculo se mostraria vicioso, sendo certo que processos criminais ainda em curso não direcionam à custódia.
>
> Também se fez ver que, no inquérito policial, consignou-se serem pessoas de alta periculosidade. Declaração em tal sentido não é suficiente a enquadrar-se a segregação no disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal.

> Por último, aludiu-se a motivações do crime narrado na denúncia. Então, no tocante a esse aspecto, presumiu-se a culpa.
>
> Mais do que isso, o paciente encontra-se sob custódia, sem culpa formada, há 1 ano, 4 meses e 28 dias, o que revela o excesso de prazo. Embora faltem elementos, deve-se presumir que o mandado expedido contra o corréu também tenha sido cumprido, datando o ato de prisão preventiva de 18 de outubro de 2010.
>
> […]

Defiro a ordem, já contando, a esta altura, com pronunciamento nesse sentido da Procuradoria-Geral da República. Estendo a decisão ao corréu Edvaldo Bento dos Santos.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Eu peço vênia a Vossa Excelência para divergir.

Trata-se aqui de homicídio qualificado e, além do fato de ser um *habeas corpus* em relação à medida liminar, entendo que não houve excesso de prazo. No parecer da Procuradoria, a Procuradoria toma como data inicial da prisão o ano de 2010. Mas, em verdade, a data inicial foi em 2014. Até a liminar de Vossa Excelência, deferida em 2015, como bem Vossa Excelência agora disse, um ano e quatro meses preso.

Em se tratando de homicídio qualificado, o procedimento no Tribunal do Júri, em que sabemos, infelizmente, ainda não houve alteração do procedimento do Júri, o que leva a um tempo gigantesco, parece-me aqui que não há excesso de prisão a justificar o afastamento da Súmula 691.

Então, pedindo vênia a Vossa Excelência, pelo não conhecimento.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu só confirmaria esse dado com Vossa Excelência. Se a prisão foi em 2014, eu peço vênia a Vossa Excelência para acompanhar a divergência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – [...] Mais do que isso, o paciente encontra-se sob custódia, sem culpa formada, há 1 ano, 4 meses e 28 dias, o que revela o excesso de prazo.

Embora faltem elementos, deve-se presumir que o mandado expedido contra o corréu também tenha sido cumprido, datando o ato de prisão preventiva de 18 de outubro de 2010.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu peço vênia a Vossa Excelência, mas 1 ano e pouco ainda... Eu só entendo configurada excesso de prazo em período bem maior.

Peço vênia, acompanho a divergência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Ainda sou de época na qual se contavam os prazos para instrução e se concluía que a prisão preventiva que extrapolasse 81 dias configurava excesso de prazo. Mas, aqui, tem-se a unidade de tempo ano.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Salvo no Júri, 81 dias, em virtude da pronúncia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Pois é.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Agora, o que me chamou atenção nesse caso foi que o Ministério Público pediu a impronúncia do réu. Mas ele está preso há 1 ano e pouco, não é?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Agora ele não estaria mais preso. Foi deferida a liminar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – No relatório, consigno:

Os impetrantes dizem haver manifesta ilegalidade a ser sanada. Mencionam a manifestação da acusação no sentido da impronúncia do paciente, a indicar o pleito pela absolvição no Tribunal do Júri.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Acompanho Vossa Excelência quanto à concessão da ordem, divergindo quanto à extensão ao corréu Edvaldo Bento dos Santos.

A G .REG. NA PETIÇÃO 5.875 DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO
AGTE.(S): AÉCIO NEVES DA CUNHA
ADV.(A / S): FLÁVIO HENRIQUE COSTA PEREIRA
ADV.(A / S): GUSTAVO GUILHERME BEZERRA KANFFER
AGDO.(A / S): JANDIRA FEGHALI
ADV.(A / S): PAULO MACHADO GUIMARAES

EMENTA

QUEIXA-CRIME – MANIFESTAÇÃO DE PARLAMENTAR VEICULADA, NO CASO, EM MEIO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL (EMISSORA DE TELEVISÃO/"*TWITTER*") – *IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL* (CF, ART. 53, "*CAPUT*") – **ALCANCE** *DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL* – **TUTELA** QUE A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA **ESTENDE** *ÀS OPINIÕES, PALAVRAS* **E** *PRONUNCIAMENTOS* DO CONGRESSISTA, **INDEPENDENTEMENTE** DO *"LOCUS"* (*ÂMBITO ESPACIAL*) EM QUE PROFERIDOS, **DESDE** QUE TAIS MANIFESTAÇÕES **GUARDEM PERTINÊNCIA** COM O EXERCÍCIO DO MANDATO REPRESENTATIVO – O ***"TELOS"*** DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IMUNIDADE PARLAMENTAR, **QUE SE QUALIFICA** *COMO CAUSA DESCARACTERIZADORA DA PRÓPRIA TIPICIDADE PENAL* DA CONDUTA DO CONGRESSISTA *EM TEMA DE DELITOS CONTRA A HONRA* – **DOUTRINA** – **PRECEDENTES** – **INADMISSIBILIDADE**, *NA ESPÉCIE*, **DA PRETENDIDA** *PERSECUÇÃO PENAL POR CRIMES CONTRA A HONRA*, **EM FACE** *DA INVIOLABILIDADE CONSTITUCIONAL* **QUE AMPARA** OS MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL – **PARECER** DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, *COMO "CUSTOS LEGIS"*, **PELA INADMISSIBILIDADE** DA QUEIXA-CRIME – **EXTINÇÃO** *DO PROCEDIMENTO PENAL* – **RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.**

– **A garantia constitucional** *da imunidade parlamentar em sentido material* (**CF,** art. 53, "*caput*") – **que representa** instrumento vital **destinado** a viabilizar o *exercício independente* do mandato representativo – **protege** o membro do Congresso Nacional, **tornando-o inviolável**, *civil e penalmente,* **por quaisquer** *"de suas opiniões, palavras e votos".* **Doutrina. Precedentes.**

– **O exercício** da atividade parlamentar **não se exaure** *no âmbito espacial* do Congresso Nacional, **vale dizer**, *no recinto das Casas Legislativas que o compõem*, **a significar**, *portanto*, **que a prática** de atos, *pelo congressista,* **em função** do seu mandato parlamentar (*"ratione officii"*), **ainda** que territorialmente efetivada *em âmbito extraparlamentar*, **está igualmente protegida** pela garantia fundada no art. 53, "*caput*", da Constituição da República.

Tutela que se estende *às opiniões, palavras* e *pronunciamentos* **independentemente** do *"locus"* (*âmbito espacial*) em que proferidos, **desde** que tais manifestações *guardem pertinência* com o exercício do mandato legislativo.

– **A cláusula** *da inviolabilidade parlamentar* **qualifica-se** *como causa de exclusão constitucional da tipicidade penal* da conduta do congressista **em tema** *de delitos contra a honra*, **afastando**, *por isso mesmo*, **a própria natureza delituosa** do comportamento em que tenha incidido. **Doutrina. Precedentes.**

– **Reconhecimento**, *no caso*, **da incidência** *da garantia constitucional da imunidade parlamentar material* **em favor** da congressista **acusada** *de delitos contra a honra.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Virtual da Segunda Turma**, na conformidade da ata de julgamentos, **por unanimidade** de votos, **em negar provimento** ao recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator.

Brasília, Sessão Virtual de 10 a 16 de março de 2017.

CELSO DE MELLO
RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): **Trata-se** de recurso de agravo, **tempestivamente** interposto, contra decisão que, *por mim proferida*, **julgou extinto** este processo de índole penal.

Sustenta-se, *em síntese*, **na presente** sede recursal, **o que se segue** (fls. 106/108v.):

> ***"'Data vênia', a imunidade parlamentar não pode eximir a agravada*** *de responder pelo grave crime contra a honra por ela praticado.*
>
> ***Não se encontrava a agravada no exercício de sua atividade parlamentar*** *para justificar a incidência desta norma protetora da opinião dos congressistas, como entendeu o ilustre Relator. …..*
>
> ***No caso presente****, a frase ofensiva longe está de possuir elo com o exercício de seu mandato.*
>
> ***Para justificar o liame entre a atividade parlamentar e a ofensa,*** *transcrevendo trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República, o Relator afirmou que a frase ofensiva foi citada em página de rede social da 'internet' em que a parlamentar divulga suas atividades de legisladora.*
>
> ***Com o devido respeito****, nada mais equivocado.*
>
> ***Primeiro porque a frase em questão foi proferida no contexto relativo à divulgação da propaganda partidária*** *do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, que foi ao ar em rede nacional de*

televisão às 20h30min do dia 19 de maio do corrente ano, mesmo dia da publicação da frase aqui discutida.

***Assim se afirma** porque a frase foi vinculada a 'hashtag' '#PSDBteuPASSADOteCONDENA'.*

***É que essa 'hashtag' foi veiculada no 'Twitter'** pelo Partido dos Trabalhadores e seus apoiadores, como é o caso da Requerida, para fins de contrapor à propaganda do PSDB. (…):*

….....

***Ora, as disputas partidárias não dizem respeito às funções parlamentares.** Não estão acobertadas pela imunidade constitucional, que visa proteger o Poder Legislativo e não filiados e partidos políticos. As disputas inerentes aos enfrentamentos partidários e eleitorais são próprios dos interesses individuais, e não de instituições protegidas por nossa Carta Magna.*

***Não bastasse este contexto fático,** não se pode inferir, de nenhum elemento constante da manifestação pública da agravada, qualquer referência a fato que possamos concluir esteja relacionado diretamente à sua atividade parlamentar.*

***'Data vênia',** a jurisprudência dessa Colenda Corte é pacífica no sentido de que há de se evidenciar a relação da manifestação com a atividade parlamentar, quando o congressista opina em ambiente externo ao do parlamento.*

***E, a toda evidência, que um perfil de rede social é ambiente externo ao do parlamento.** A imunidade formal do parlamentar diz respeito, exclusivamente, ao quanto proferido na sede do parlamento, não sendo esse ambiente extensível ao mundo virtual.*

***Aliás, a norma que prevê a imunidade excepciona a regra de responsabilidade criminal por ofensa à honra,** razão pela qual deve, sempre, ser interpretada restritivamente, não de forma ampla.*

***Em segundo lugar,** não restou evidenciado qual seria o efetivo debate parlamentar a ser protegido pela imunidade. Nas palavras do relator, a afirmação se dera 'propter officium', em meio de comunicação social.*

Ora, para se caracterizar a expressão 'em razão do ofício'

necessário que a afirmação ofensiva se desse no contexto de um debate parlamentar, não de disputa partidária.

No caso presente, *essa relação sequer é possível de ser inferida.*

É que a defesa da agravada não nega que a afirmação se deu em razão de uma propaganda partidária do PSDB. *Ao contrário, confirma que o debate se deu na esteira das discussões de natureza exclusivamente eleitoral (…): …*

No mais*, a peça de defesa da agravada confirma os fatos a ela imputados.*

Logo, *não há dúvidas de que a ofensa irrogada pela agravada se deu no âmbito do debate político eleitoral, que não é próprio dos debates parlamentares. A jurisprudência dessa Colenda Corte já reconheceu a inexistência desse liame no seguinte precedente:*

…

Para encerrar, *em recente julgamento, a colenda Primeira Turma deste colendo Tribunal recebeu queixa-crime apresentada por Maria do Rosário contra o parlamentar Jair Messias Bolsonaro.*

Nesta decisão, *proferida na Pet 5243, Rel. Min. Luiz Fux, ainda não publicada, se reconheceu o afastamento da imunidade parlamentar por não se verificar a causalidade entre a ofensa e a atividade parlamentar, reiterando a jurisprudência acima invocada."* **(grifei)**

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra do eminente Procurador-Geral da República, Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS (fls. 79/86), *por sua vez*, **manifestou-se** *pela rejeição* do procedimento penal.

Devo registrar, *por relevante*, **que esta** colenda Segunda Turma, **ao julgar a AC 3.883-AgR/DF** (medida preparatória desta queixa-crime), de que fui Relator, em decisão **transitada** em julgado, **negou provimento ao recurso** de agravo interposto pelo ora recorrente, **por entender** que o comportamento da agravada – *que é Deputada Federal* – **subsume-se**, *inteiramente*, **ao âmbito** *da proteção constitucional* **fundada**

na garantia da imunidade parlamentar material, **em ordem a excluir**, *na espécie*, **a responsabilidade penal** da congressista em referência, **eis que incidente**, *no caso*, **a cláusula** de inviolabilidade **inscrita** no art. 53, *"caput"*, da Constituição da República, **considerada** a circunstância de que *a questionada manifestação* **foi proferida** *no exercício do mandato legislativo.*

Por não me convencer das razões expostas pela parte ora agravante, **submeto** *à apreciação desta colenda Segunda Turma* **o presente** recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): **Não assiste razão** à parte recorrente, **eis que** a decisão ora agravada **ajusta-se**, *com integral fidelidade*, **à diretriz jurisprudencial** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria ora em exame.

Como assinalado na decisão recorrida, **trata-se** de ação penal *de iniciativa privada* **ajuizada** por Aécio Neves da Cunha, *Senador da República*, **contra** *a congressista* Jandira Feghali, **imputando-lhe** *a suposta* prática **de crimes contra a honra** *do querelante*, ora agravante, **tendo em vista** manifestação de referida parlamentar **veiculada** em meio de comunicação social (*"Twitter"*).

Eis, *no ponto*, **a declaração** *que foi tida por ofensiva* pelo querelante:

> "Aécio, o Brasil precisa saber de um HELICÓPTERO repleto de drogas.
>
> #PSDBteuPASSADOteCONDENA
>
> #MidiaBlindaPSDB"

Com f undamento nos poderes **de que dispõe** o Ministro Relator (**RISTF**, art. 21, § 1º), **e tendo em consideração a jurisprudência firmada** pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria versada **nesta** causa, **juguei extinto** este processo de índole penal, **motivo pelo qual** a parte ora recorrente **interpôs** o presente recurso de agravo.

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra do eminente Procurador-Geral da República, Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, **manifestou-se** *pela rejeição* do procedimento penal, **fazendo-o** *em parecer assim ementado* (fls. 79):

> ***"PENAL. PROCESSO PENAL. QUEIXA-CRIME. CRIME CONTRA A HONRA. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA (ARTS. 139 E 140 DO CÓD. PENAL).***
>
> ***Imunidade parlamentar material. Supostas ofensas – relacionadas ao exercício do mandato – que se encontram protegidas pela inviolabilidade*** *prevista no art. 53, 'caput', da Constituição da República.* ***Parecer pela rejeição da queixa- -crime." (grifei)***

Sendo esse o contexto, ***entendo incidir***, *na espécie*, **na linha** do douto pronunciamento do eminente Procurador-Geral da República, **a garantia constitucional** *da imunidade parlamentar em sentido material, por tratar-se de manifestação* de membro do Congresso Nacional **veiculada**, *"propter officium"*, **em meio de comunicação social** (emissora de televisão/ *"Twitter"*).

Assinale-se que, *em tal situação*, **atua** *em favor da congressista em questão* **a prerrogativa** da imunidade parlamentar, **que descaracteriza** *a própria tipicidade penal* dos crimes contra a honra.

Com efeito, **a cláusula** *da inviolabilidade parlamentar* **qualifica-se** *como causa de exclusão constitucional da tipicidade penal* da conduta da congressista **em tema** *de delitos contra a honra*, **afastando**, *por isso mesmo*, **a própria natureza delituosa** do comportamento em que tenha incidido.

Como se sabe, **a norma** inscrita no art. 53, *"caput"*, da Constituição da República, **na redação** dada pela EC nº 35/2001, **exclui**, *na hipótese nela referida*, **a própria natureza delituosa do fato** que, *de outro modo*, **tratando-se** *do cidadão comum*, **qualificar-se-ia** *como crime contra a honra*, **consoante acentua o magistério da doutrina** (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Curso de Direito Constitucional Positivo**", p. 532, item n. 15, 20ª ed., 2002, Malheiros; CELSO RIBEIRO BASTOS, "**Comentários à Constituição do Brasil**", vol. 4, tomo I/187, 1995, Saraiva; LUIZ FLÁVIO GOMES, "**Imunidades Parlamentares: Nova Disciplina Jurídica da Inviolabilidade Penal, das Imunidades e das Prerrogativas Parlamentares (EC 35/01)",** *"in"* **"Juizados Criminais Federais , Seus Reflexos nos Juizados Estaduais e Outros Estudos"**, p. 94/97, item n. 4.9, 2002, RT; UADI LAMMÊGO BULOS, "**Constituição Federal Anotada**", p. 705/707, 4ª ed., 2002, Saraiva, v.g.).

Impende referir, *no ponto*, **o correto magistério** de MICHEL TEMER ("**Elementos de Direito Constitucional**", p. 131, item n. 5, 22ª ed., 2007, Malheiros):

> *"**A inviolabilidade** diz respeito à emissão de opiniões, palavras e votos.*
>
> ***Opiniões e palavras** que, ditas por qualquer pessoa, podem caracterizar atitude delituosa, **mas que assim não se configuram** quando pronunciadas por parlamentar. Sempre, porém, quando tal pronunciamento se der no exercício do mandato. Quer dizer: o parlamentar, diante do Direito, pode agir como cidadão comum ou como titular de mandato. Agindo na primeira qualidade não é coberto pela inviolabilidade. **A inviolabilidade está ligada à idéia de exercício de mandato.** Opiniões, palavras e votos proferidos sem nenhuma relação com o desempenho do mandato representativo não são alcançados pela inviolabilidade."*
> **(grifei)**

Registre-se, *por necessário*, **que a inviolabilidade** emergente dessa regra constitucional **não sofre** condicionamentos normativos **que a subordinem** ***a critérios de espacialidade.*** **É irrelevante**, *por*

isso mesmo, **para efeito** de legítima invocação da imunidade parlamentar material, que o ato por ela amparado tenha ocorrido, **ou não**, *na sede*, ou em instalações, ou perante órgãos do Congresso Nacional.

Cabe rememorar, *por oportuno*, **que o exercício** da atividade parlamentar **não se exaure** no âmbito espacial do Congresso Nacional, **vale dizer**, *no recinto das Casas Legislativas que o compõem,* **a significar**, *portanto*, **que a prática** de atos, *pelo congressista*, **em função** do seu mandato parlamentar (*"ratione officii"*), **ainda** que territorialmente efetivada *em âmbito extraparlamentar,* ***está igualmente protegida*** pela garantia fundada na norma constitucional em questão:

> "***MEMBRO DO CONGRESSO NACIONAL. ENTREVISTA JORNALÍSTICA CONCEDIDA A EMISSORA DE RÁDIO. AFIRMAÇÕES*** *REPUTADAS MORALMENTE OFENSIVAS.* ***PRETENDIDA*** *RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA CONGRESSISTA* ***POR SUPOSTA*** *PRÁTICA DE CRIME CONTRA A HONRA.* ***IMPOSSIBILIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL*** *DISPENSADA AO INTEGRANTE DO PODER LEGISLATIVO. IMUNIDADE* ***PARLAMENTAR MATERIAL*** *(CF, ART. 53, 'CAPUT').* ***ALCANCE*** *DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL.* ***TUTELA QUE SE ESTENDE*** *ÀS OPINIÕES, PALAVRAS E PRONUNCIAMENTOS,* ***INDEPENDENTEMENTE*** *DO 'LOCUS'* ***(ÂMBITO ESPACIAL)*** *EM QUE PROFERIDOS,* ***ABRANGENDO*** *AS ENTREVISTAS JORNALÍSTICAS,* ***AINDA*** *QUE CONCEDIDAS* ***FORA*** *DAS DEPENDÊNCIAS DO PARLAMENTO,* ***DESDE*** *QUE TAIS MANIFESTAÇÕES* ***GUARDEM PERTINÊNCIA*** *COM O EXERCÍCIO DO MANDATO REPRESENTATIVO. O '****TELOS'*** *DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IMUNIDADE PARLAMENTAR.* ***DOUTRINA. PRECEDENTES. INADMISSIBILIDADE****, NO CASO, DA PRETENDIDA PERSECUÇÃO PENAL POR DELITOS CONTRA A HONRA* ***EM FACE*** *DA INVIOLABILIDADE CONSTITUCIONAL* ***QUE AMPARA*** *OS MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL.* ***EXTINÇÃO DO PROCESSO PENAL****."*

(Inq 2.330/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

> *"**O Supremo Tribunal Federal** tem acentuado que a prerrogativa constitucional da imunidade parlamentar em sentido material **protege o congressista** em **todas** as suas manifestações **que guardem** relação com o exercício do mandato, **ainda que produzidas fora do recinto da própria Casa Legislativa** (**RTJ** 131/1039 – **RTJ** 135/509 – RT 648/318, v.g.) ou, com maior razão, quando exteriorizadas no âmbito do Congresso Nacional (RTJ 133/90, v.g.). (…)."*
>
> (**RTJ 155/396-397**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

É importante acentuar que os lindes em que se contém a incidência do instituto da imunidade parlamentar material **devem ser interpretados** *em consonância* com a exigência de preservação **da independência** do congressista **no exercício** do mandato parlamentar.

Assentadas tais premissas, **observo que o exame** dos elementos constantes destes autos **permite-me reconhecer** que o comportamento da congressista em questão – cujas declarações consideradas moralmente ofensivas foram por ela **exteriorizadas** *em meio de comunicação social* (emissora de televisão/*"Twitter"*) – **guarda** *estreita conexão* **com o desempenho** do mandato legislativo, **subsumindo-se**, por essa específica razão, **ao âmbito de incidência** da proteção constitucional **fundada** *na garantia da imunidade parlamentar material.*

É que as ofensas *supostamente irrogadas* por essa Deputada Federal, **embora proferidas** *fora da tribuna do Congresso Nacional*, **mas por guardarem nexo** com a atividade político-parlamentar por ela exercida, **acham-se abrangidas** *pela cláusula constitucional da imunidade parlamentar em sentido material*, **o que justifica** a aplicação, *ao caso*, **da jurisprudência constitucional** desta Suprema Corte:

> *"**QUEIXA-CRIME – JURISPRUDÊNCIA** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **CONSOLIDADA** QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA PEÇA ACUSATÓRIA – **POSSIBILIDADE,** EM TAL HIPÓTESE,*

*DE O **RELATOR** DA CAUSA DECIDIR, MONOCRATICAMENTE, A CONTROVÉRSIA JURÍDICA – **COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA** QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **DELEGOU**, VALIDAMENTE, EM SEDE REGIMENTAL (**RISTF**, ART. 21, § 1º) – **INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO** AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE – **PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DESSA DELEGAÇÃO REGIMENTAL – EXTINÇÃO** DA 'PERSECUTIO CRIMINIS' **PELO RECONHECIMENTO,** NA ESPÉCIE, **DA IMUNIDADE PARLAMENTAR** EM SENTIDO MATERIAL – **INVIOLABILIDADE** COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À RESPONSABILIZAÇÃO PENAL E/OU CIVIL DO CONGRESSISTA – **NECESSIDADE, PORÉM**, DE QUE OS 'DELITOS DE OPINIÃO' TENHAM SIDO COMETIDOS **NO EXERCÍCIO** DO MANDATO LEGISLATIVO **OU EM RAZÃO DELE – SUBSISTÊNCIA** DESSE ESPECÍFICO FUNDAMENTO, **APTO**, POR SI SÓ, **PARA TORNAR INVIÁVEL A PERSECUÇÃO** PENAL **CONTRA MEMBRO** DO CONGRESSO NACIONAL – **RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.***

*– **A garantia constitucional** da imunidade parlamentar em sentido material (**CF**, art. 53, 'caput') – **que representa** um instrumento vital **destinado** a viabilizar **o exercício independente** do mandato representativo – **somente protege** o membro do Congresso Nacional, **qualquer** que seja o âmbito espacial ('locus') em que este exerça a liberdade de opinião (**ainda que fora** do recinto da própria Casa legislativa), **nas hipóteses específicas** em que as suas manifestações **guardem conexão** com o desempenho da função legislativa (prática 'in officio') **ou tenham sido proferidas** em razão dela (prática 'propter officium'). **Doutrina. Precedentes.***

*– A prerrogativa indisponível da imunidade material – **que constitui** garantia **inerente** ao desempenho da função parlamentar (**não traduzindo**, por isso mesmo, **qualquer** privilégio de ordem pessoal) – **estende-se** a palavras e a manifestações do congressista **que guardem** pertinência com o exercício do mandato legislativo.*

*– **A cláusula** de inviolabilidade constitucional, **que impede** a responsabilização penal e/ou civil do membro do Congresso Nacional por suas palavras, opiniões e votos, **também abrange**, sob seu manto protetor, **(1) as entrevistas***

> ***jornalísticas, (2) a transmissão****, para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casas Legislativas* ***e (3) as declarações*** *feitas aos meios de comunicação social,* ***eis*** *que tais manifestações –* ***desde que vinculadas*** *ao desempenho do mandato – qualificam-se* ***como natural projeção*** *do exercício das atividades parlamentares.* ***Doutrina. Precedentes.***
>
> *–* ***Reconhecimento da incidência****, no caso,* ***da garantia*** *de imunidade parlamentar material* ***em favor*** *do congressista* ***acusado*** *de delito contra a honra."*
>
> (**Inq 2.874-AgR/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Vale referir, por relevante, quanto a esse ponto, expressivo fragmento do parecer da lavra do eminente Procurador-Geral da República, Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, que bem examinou essa específica questão (fls. 82/83):

> *"****Com efeito****, o tema de fundo da controvérsia protagonizada por querelante e querelada* ***encontra-se compreendido*** *no âmbito de exercício do mandato, integrando o feixe de prerrogativas para o livre exercício de atividade parlamentar, especialmente o direito à expressão de posicionamento político, ainda que veiculado de forma contundente e agressiva.*
>
> ***A página na 'internet'*** *na qual foi veiculada a aludida mensagem é usada pela querelada para a divulgação de sua atividade parlamentar, constando em seu perfil, logo abaixo de seu nome, a expressão 'médica e deputada federal'.* ***A querelada utiliza o referido endereço eletrônico*** *como seu perfil de Deputada Federal no 'Twitter',* ***divulgando ações parlamentares e opiniões sobre variados temas políticos.***
>
> ***Assim, a manifestação da querelada, embora tenha sido enunciada fora do recinto da Câmara dos Deputados, está conectada ao exercício de seu mandato.***
>
> ***É da jurisprudência já sedimentada*** *nesta Suprema Corte o entendimento segundo o qual a imunidade parlamentar prevista no art. 53, 'caput', da CF também abrange ideias veiculadas fora da tribuna da Casa Legislativa,* ***quando houver***

nexo *com o exercício da função parlamentar. (…)."* **(grifei)**

Impõe-se registrar, *por oportuno,* **que o exercício** do mandato – **seja** *na esfera parlamentar*, **seja** no âmbito extraparlamentar **(como sucede** na espécie) – **atua** *como verdadeiro suposto constitucional*, **apto a legitimar** a invocação dessa **especial** prerrogativa jurídica, **destinada a proteger**, por suas *"opiniões, palavras e votos"*, **o membro** do Poder Legislativo, **independentemente** do *"locus"* em que proferidas as expressões *eventualmente contumeliosas.*

Sabemos todos que a garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material **representa** importante prerrogativa de ordem institucional. **A Carta da República,** *no entanto*, **somente legitima** a sua invocação **quando** o membro do Congresso Nacional, **no exercício** do mandato – **ou em razão** deste –, proferir palavras ou expender opiniões **que possam assumir** qualificação jurídico-penal no plano dos denominados *"delitos de opinião"*.

É por essa razão que a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal **tem destacado** o caráter essencial do exercício do mandato parlamentar, **para efeito de legitimar-se** a invocação da prerrogativa institucional **assegurada** em favor dos membros do Poder Legislativo, **sempre enfatizando**, nas várias decisões proferidas – **quer antes, quer depois** da promulgação da EC nº 35/2001 –, que a proteção resultante da garantia da imunidade em sentido material **somente alcança** o parlamentar **nas hipóteses** em que as palavras e opiniões tenham sido por ele expendidas **no exercício** do mandato **ou em razão** deste (**RTJ 191/448**, Rel. Min. NELSON JOBIM, **Pleno**, v.g.).

Vê-se, desse modo, **que cessará *essa especial tutela de caráter político- -jurídico* sempre** que deixar de existir **entre** as declarações moralmente ofensivas, *de um lado*, **e** a prática inerente ao ofício legislativo, de outro, **o necessário nexo de causalidade** (**RTJ 104/441**, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO – **RTJ 112/481**, Rel. Min. SOARES MUÑOZ

– **RTJ 129/970**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RTJ 135/509**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 141/406**, Rel. Min. CÉLIO BORJA – **RTJ 155/396**-397, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 166/844**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RTJ 167/180**, Rel. Min. FRANCISCO REZEK – **RTJ 169/969**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Inq 810-QO/DF**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, v.g.), **ressalvadas**, no entanto, **as declarações contumeliosas** que houverem sido proferidas **no recinto** da Casa legislativa, **notadamente** *da tribuna parlamentar*, **hipótese** em que será **absoluta** a inviolabilidade constitucional, **pois**, em tal situação, *"não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato (…)"*:

> *"O art. 53 da Constituição Federal, com a redação da Emenda nº 35, não reeditou a ressalva quanto aos crimes contra a honra, prevista no art. 32 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Assim, é de se distinguirem as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro e fora do Parlamento. Somente nessas últimas, ofensas irrogadas fora do Parlamento, é de se perquirir da chamada 'conexão com o exercício do mandato ou com a condição parlamentar' (**INQ 390 e 1.710**). Para os pronunciamentos feitos no interior das Casas Legislativas, não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade. Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos no desempenho dessa prerrogativa.*
>
> *No caso, o discurso se deu no plenário da Assembléia Legislativa, estando, portanto, abarcado pela inviolabilidade. Por outro lado, as entrevistas concedidas à imprensa pelo acusado restringiram-se a resumir e comentar a citada manifestação da tribuna, consistindo, por isso, em mera extensão da imunidade material.*
>
> *Denúncia rejeitada."*
>
> (**RTJ 194/56**, Red. p/ o acórdão Min. AYRES BRITTO, **Pleno – grifei**)

Essa diretriz jurisprudencial mostra-se fiel à *"mens constitutionis"*, **que reconhece**, *a propósito do tema*, **que o instituto da imunidade parlamentar** em sentido material **existe para viabilizar o exercício independente** do mandato representativo, **revelando-se**, *por isso mesmo*, **garantia** inerente ao parlamentar que se encontre **no pleno**

desempenho da atividade legislativa, **como sucede** com a congressista em questão (PONTES DE MIRANDA, **"Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969"**, tomo III/10 e 43, 2ª ed., 1970, RT; JOÃO BARBALHO, **"Constituição Federal Brasileira"**, p. 64, edição fac-similar, 1992, Senado Federal; PINTO FERREIRA, **"Comentários à Constituição Brasileira"**, vol. 2/625, 1990, Saraiva; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, **"Comentários à Constituição de 1988"**, vol. V/2.624-2.625, item n. 204, 1991, Forense Universitária; PEDRO ALEIXO, **"Imunidades Parlamentares"**, p. 59/65, 1961, Belo Horizonte; CELSO RIBEIRO BASTOS, **"Comentários à Constituição do Brasil"**, vol. 4, tomo I/187, 1995, Saraiva; RENÉ ARIEL DOTTI, **"Curso de Direito Penal – Parte Geral"**, p. 398, item n. 25, 2001, Forense, *v.g.*).

Acentue-se que a **teleologia** inerente *à cláusula de inviolabilidade* prevista no art. 53, *"caput"*, da Constituição da República **revela a preocupação** do constituinte **em dispensar efetiva proteção** ao parlamentar, **em ordem a permitir-lhe**, no desempenho **das múltiplas funções** que compõem o ofício legislativo, **o amplo exercício** da liberdade de expressão, **qualquer que seja o âmbito espacial** em que concretamente se manifeste (**RTJ** 133/90, v.g.), **ainda que fora do recinto** da própria Casa legislativa (**RTJ** 131/1039 – RTJ 135/509-510 – RT 648/318, v.g.), **desde** que as declarações emanadas do membro do Poder Legislativo – *quando pronunciadas fora do Parlamento* (**RTJ** 194/56, **Pleno**, *v.g.*) – **guardem conexão** com o desempenho do mandato (**prática** *"in officio"*) **ou tenham** sido proferidas em razão dele (**prática** *"propter officium"*), **conforme** esta Suprema Corte **tem assinalado** *em diversas decisões* (**RTJ 155/396-397**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**, *v.g.*).

Cabe destacar, *ainda*, **notadamente** em face do contexto ora em exame, **que a garantia constitucional** *da imunidade parlamentar material* **também estende** *o seu manto protetor* **(1) às entrevistas jornalísticas,**

(2) à transmissão, *para a imprensa*, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casas Legislativas (**RTJ 172/400-401**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, *v.g.*) **e (3) às declarações** veiculadas **por intermédio** *dos "mass media" ou dos "social media"* (**RTJ 187/985**, Rel. Min. NELSON JOBIM, *v.g.*), **eis que** – *tal como bem realçado* por ALBERTO ZACHARIAS TORON ("**Inviolabilidade Penal dos Vereadores**", p. 247, 2004, Saraiva) – esta Suprema Corte **tem reafirmado** *"(...) a importância do debate,* ***pela mídia****, das questões políticas protagonizadas pelos mandatários",* ***além de haver corretamente enfatizado*** *"a ideia de que* ***as declarações à imprensa*** *constituem o prolongamento natural do exercício das funções parlamentares, desde que se relacionem com estas"* **(grifei)**.

Saliente-se, *por relevante*, **no que concerne** aos aspectos *que venho de referir*, que o entendimento exposto na **presente** decisão **tem sido observado** em julgamentos proferidos no âmbito **desta** Suprema Corte (**AI 473.092/AC**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Inq 617/RR**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Inq 2.330/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Inq 2.878/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Inq 3.706/DF**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – **Inq 3.817/DF**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **Pet 5.055/DF**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **Pet 5.193/MG**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, *v.g.*):

> ***"QUEIXA. ART. 22 C/C 23, II, DA LEI Nº 5.250/67. ENTREVISTA. PROGRAMA DE TV. DEPUTADA FEDERAL. IMUNIDADE PARLAMENTAR EM SENTIDO MATERIAL. ART. 53 DA CF.***
>
> ***1. '(...) a prerrogativa constitucional da imunidade parlamentar em sentido material protege o congressista em todas as suas manifestações que guardem relação com o exercício do mandato, ainda que produzidas fora do recinto da própria casa legislativa (...)' (INQ 681 QO, rel. Min. Celso de Mello).***
>
> ***2. Caso em que as declarações relacionam-se ao exercício***

do mandato parlamentar e, portanto, atraem a incidência da imunidade em sentido material, nos termos do art. 53 da Constituição Federal.

3. Queixa rejeitada."

(Inq 1.944/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **grifei**)

"AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES CONTRA A HONRA. INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. NÃO INCIDÊNCIA NA HIPÓTESE. VÍNCULO ENTRE AS SUPOSTAS OFENSAS PROFERIDAS E A FUNÇÃO PARLAMENTAR EXERCIDA. IMUNIDADE PARLAMENTAR. EXCLUDENTE DE TIPICIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO.

1 . O afastamento da imunidade material prevista no art. 53, 'caput', da Constituição da República só se mostra cabível quando claramente ausente vínculo entre o conteúdo do ato praticado e a função pública parlamentar exercida ou quando as ofensas proferidas exorbitem manifestamente os limites da crítica política. Precedentes.

2. Configurada, no caso, hipótese de manifestação protegida por imunidade material, há ausência de tipicidade da conduta, o que leva à improcedência da acusação, a teor do art. 6º da Lei nº 8.038/1990.

3. Acusação improcedente."

(Inq 3.677/RJ, Red. p/ o acórdão Min. TEORI ZAVASCKI **– grifei)**

"QUEIXA. CRIME CONTRA A HONRA. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. IMUNIDADE PARLAMENTAR. ART. 53, 'CAPUT', DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCIDÊNCIA DA REGRA IMUNIZANTE MESMO QUANDO AS PALAVRAS FOREM PROFERIDAS FORA DO RECINTO DO PARLAMENTO. **APLICABILIDADE** *AO CASO CONCRETO,*

POIS AS SUPOSTAS OFENSAS PROFERIDAS GUARDAM PERTINÊNCIA COM O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PARLAMENTAR. OFENSAS IRROGADAS NO RECINTO DO PARLAMENTO. CARÁTER ABSOLUTO DA IMUNIDADE. PRECEDENTES.

1. A regra do art. 53, 'caput', da Constituição da República contempla as hipóteses em que supostas ofensas proferidas por parlamentares guardem pertinência com suas atividades, ainda que as palavras sejam proferidas fora do recinto do Congresso Nacional. Essa imunidade material tem por finalidade dotar os membros do Congresso Nacional da liberdade necessária ao pleno exercício da atividade parlamentar.

.....

3. A regra do art. 53, 'caput', da CR confere ao parlamentar uma proteção adicional ao direito fundamental, de todos, à liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IV e IX, da CR. Mesmo quando evidentemente enquadráveis em hipóteses de abuso do direito de livre expressão, as palavras dos parlamentares, desde que guardem pertinência com a atividade parlamentar, estarão infensas à persecução penal.

.....

5. Queixa rejeitada."

(**Inq 4.177/DF**, Rel. Min. EDSON FACHIN – grifei)

"Queixa-crime. Ação penal privada. Competência originária. Crimes contra a honra. Calúnia. Injúria. Difamação. ***2. Art. 53 da Constituição Federal. Imunidade parlamentar material.*** *A imunidade é absoluta quanto às manifestações proferidas no interior da respectiva casa legislativa.* ***O parlamentar também é imune em relação a manifestações proferidas fora do recinto parlamentar, desde que ligadas ao exercício do***

> ***mandato. Precedentes****. Possível reinterpretação da imunidade material absoluta, tendo em vista a admissão de acusação contra parlamentar em razão de palavras proferidas no recinto da respectiva casa legislativa, mas supostamente dissociadas da atividade parlamentar – PET 5.243 e INQ 3.932, rel. min. Luiz Fux, julgados em 21.6.2016.*
>
> *Caso concreto em que, por qualquer ângulo que se interprete, as declarações estão abrangidas pela imunidade. Declarações proferidas pelo Deputado Federal querelado no Plenário da Câmara dos Deputados. Palavras proferidas por ocasião da prática de ato tipicamente parlamentar – voto acerca da autorização para processo contra a Presidente da República. Conteúdo ligado à atividade parlamentar. 3. Absolvição por atipicidade da conduta."*
>
> (**Pet 6.156/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **grifei**)

Cumpre ressaltar que eminentes Ministros desta Suprema Corte, *ao apreciarem*, **monocraticamente**, *ações penais privadas* em que se discutia **a mesma** controvérsia constitucional ora em exame, a elas negaram seguimento, **determinando** *o arquivamento dos respectivos autos* (**Inq 2.843/GO**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **Inq 2.844/DF**, Rel. Min. AYRES BRITTO – **Inq 3.777/MG**, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, *v.g.*).

Cabe destacar, *finalmente*, que a colenda **Segunda Turma** do Supremo Tribunal Federal, em *recente* sessão, **ocorrida em 02/02/2016**, *ao julgar improcedente* "*o pedido da queixa*" **na AO 2.002/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES, **proferiu decisão** que se acha, no ponto, assim fundamentada:

> *"Ofensas entre parlamentares em posição de antagonismo ideológico também são tidas por alcançadas pela imunidade, presumindo-se o nexo entre o conflito e o debate político, conforme decidido no Inq 3.677, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 27.3.2014. Naquele caso, o querelado, parlamentar federal, publicou declarações ligando parlamentar estadual ao tráfico de drogas. O voto vencedor, da lavra do Min. Teori Zavascki, pontuou que ambos os envolvidos seriam 'protagonistas políticos do mesmo meio, o Rio de Janeiro, onde são adversários notórios'. Essa circunstância serviria como relevante indicativo de que ofensas entre ambos, mesmo que eventualmente censuráveis do ponto de vista moral, seriam ligadas*

> *ao exercício das 'atividades políticas' de seu prolator, que as desempenha 'vestido de seu mandato parlamentar; logo, sob o manto da imunidade constitucional'. Nesses casos, 'o afastamento da imunidade material' só seria possível '(...) quando claramente ausente vínculo entre o conteúdo do ato praticado e a função pública parlamentar exercida'.*
>
> *O presente caso é pontuado pelo mesmo pano de fundo deste último precedente. Querelante e querelado são Senadores pelo Estado de Roraima e notórios adversários políticos. Daí se projeta que ofensas entre ambos só serão relevantes criminalmente se possível sua pronta dissociação da atividade parlamentar em geral, e da disputa política em particular."* **(grifei)**

Concluindo: a análise dos elementos **constantes** destes autos *permite-me reconhecer* que o comportamento da querelada – *que é Deputada Federal* – **subsume-se**, *inteiramente*, **ao âmbito** *da proteção constitucional* **fundada** *na garantia da imunidade parlamentar material*, **em ordem a excluir**, *na espécie*, **a responsabilidade penal** da congressista em referência, **eis que incidente**, *no caso*, **a cláusula** de inviolabilidade **inscrita** no art. 53, "*caput*", da Constituição da República, **considerada** a circunstância de ***a manifestação impugnada nesta causa*** **haver sido proferida em razão** *do legítimo exercício do mandato legislativo.*

Tal circunstância **inviabiliza** *a presente queixa-crime,* **motivo** pelo qual, **com apoio** na jurisprudência **prevalecente** nesta Corte, **e acolhendo**, *ainda*, **o douto parecer** do eminente Procurador-Geral da República, **nego provimento** ao presente recurso de agravo, **mantendo**, ***por seus próprios fundamentos***, a decisão ora agravada.

É o meu voto.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Especial n. 1.459.597, de Santa Catarina

Relatora: Mina. Nancy Andrighi
Recorrente: M. V.
Advogados: Marcos Antonio Cardoso Rosa – SC009259; Claudia Luciana Rosa Liermann – SC008192
Recorrido: J. M.
Advogados: Sérgio Fernando Hess de Souza e outros – SC004586; Silvia Baenteli e outro(s) – SC014296

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA PARTICULAR. REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES PATRIMONIAIS DE FORMA SIMILAR À COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. POSSIBILIDADE.

1. O texto de Lei que regula a possibilidade de contrato de convivência, quando aponta para ressalva de que contrato escrito pode ser entabulado entre os futuros conviventes para regular as relações patrimoniais, fixou uma dilatada liberdade às partes para disporem sobre seu patrimônio.

2. A liberdade outorgada aos conviventes deve se pautar, como outra qualquer, apenas nos requisitos de validade de um negócio jurídico, regulados pelo art. 104 do Código Civil.

3. Em que pese a válida preocupação de se acautelar, via escritura pública, tanto a própria manifestação de vontade dos conviventes quanto possíveis interesses de terceiros, é certo que o julgador não pode criar condições onde a lei estabeleceu o singelo rito do contrato escrito.

4. Assim, o pacto de convivência formulado em particular, pelo casal, no qual se opta pela adoção da regulação patrimonial da futura relação como símil ao regime de comunhão universal, é válido, desde que escrito.

5. Ainda que assim não fosse, vulnera o princípio da boa-fé (venire contra factum proprium), não sendo dado àquele que, sem amarras,

pactuou a forma como se regularia as relações patrimoniais na união estável, posteriormente buscar enjeitar a própria manifestação de vontade, escudando-se em uma possível tecnicalidade não observada por ele mesmo.

6. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, acolher questão de ordem a fim de proceder à revisão do entendimento consolidado por ocasião dojulgamento do REsp n. 1.097.042/DF – Tema 177, a fim de que a tese passe a ter a seguinte redação: a ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é públicaincondicionada. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura e Jorge Mussi votaram com o Sr. MinistroRelator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 10 de maio de 2017.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Srs. Ministros, em 9/11/2016, suscitei, na Sexta Turma deste Tribunal Superior, esta questão de ordem que foi autuada como

petição, calcado nos arts. 927, § 4º, do Código de Processo Civil e 256-S do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (Emenda Regimental n.º 24/2016), na qual propus **a revisão, sob o rito dos recursos repetitivos, do entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp n. 1.097.042/DF – Tema177** (Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. **Jorge Mussi**, DJe 21/5/2010).

A proposição se justificou em razão do julgamento de tese, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sentido oposto à firmada por esta Corte Superior de Justiça **acerca da natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal cometidos contra a mulher no âmbito doméstico e familiar (ADI n. 4.424/DF**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, Tribunal Pleno, julgado em 9/2/2012, divulgado em 31/7/2014, DJe 1º/4/2014), bem como em virtude da recente aprovação do enunciado da Súmula n. 542 por este Superior Tribunal.

Após a análise e a ratificação dessa questão de ordem pelos eminentes pares integrantes daquele órgão fracionário, determinei a abertura de vista ao Ministério Público Federal, que, em parecer subscrito pelo Subprocurador-Geral da República Alcides Martins, manifestou-se favoravelmente à revisão do **REsp Repetitivo n. 1.097.042/DF** (fls. 67-69).

Feito esse breve relatório, submeto o tema a esta Terceira Seção.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Esta egrégia Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça,

por ocasião do julgamento, na assentada de 24/2/2010, do Recurso Especial Representativo da Controvérsia n. 1.097.042/DF, submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos – regulado pelo art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973 –, firmou o entendimento de que "**a ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima**" (Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. **Jorge Mussi**, DJe 21/5/2010 – **Tema 177**). Confira-se a ementa do referido acórdão:

> RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. IRRESIGNAÇÃO IMPROVIDA. 1. A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima. 2. O disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, restringe-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras. 3. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada. 4. Recurso especial improvido. (**REsp 1.097.042/DF**, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min.**Jorge Mussi**, Terceira Seção, DJe 21/5/2010)

Todavia, em sessão realizada em 9/2/2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos – vencido apenas o Min. Cezar Peluso –, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.424, proposta pelo Procurador-Geral da República.

Tal ação de controle concentrado, com efeito *erga omnes*, atribuiu interpretação, conforme à Constituição, aos arts. 12,I, 16 e 41, todos da Lei n. 11.340/2006, acolhendo, assim, tese oposta à jurisprudência consolidada desta Corte, ao assentar que os crimes de

lesão corporal praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar são de **ação penal pública incondicionada.**

Concluiu-se, em suma, que, não obstante permanecer imperiosa a representação para crimes dispostos em leis diversas da Lei n. 9.099/95, como o de ameaça e os cometidos contra a dignidade sexual, nas hipóteses de lesões corporais, mesmo que de natureza leve ou culposa, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, a ação penal cabível seria pública incondicionada. O aresto foi sintetizado nos seguintes termos:

> AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. **A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações. (ADI n. 4.424/DF**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, Tribunal Pleno, DJe 1º/4/2014, destaquei)

Já em consonância com o referido julgamento do Excelso Pretório acerca do tema, este Colegiado houve por bem editar a Súmula n. 542, publicada no DJe 26/8/2015, cujo enunciado estabelece que:

A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada.

Essa nova orientação passou a ser adotada pelo STJ em sucessivos julgados, consolidando, também nesta Corte, o entendimento de que é incondicionada a ação penal nos referidos crimes. Nessa diretriz:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/2006). ALEGAÇÃO DE NULIDADE. RATIFICAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO.DESNECESSIDADE. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. Não há falar em nulidade processual pela ausência de realização da audiência de ratificação da representação da vítima, pois, em se tratando

de condenação por lesão corporal contra a mulher, no âmbito doméstico, a natureza da ação penal é pública incondicionada.

Agravo regimental desprovido. (**AgRg no REsp n. 1.585.273/MG**, Rel. Ministro **Joel Ilan Pacionik**, 5ª T., julgado em 28/6/2016, DJe 01/8/2016)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL.VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. ADI N. 4.424/DF. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Os crimes de lesão corporal, ainda que leve ou culposa, praticados no âmbito das relações domésticas, serão sempre processados por meio de ação penal pública incondicionada, ainda que o fato praticado tenha ocorrido antes do julgamento da ADI n. 4.424/DF pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 9/2/2012.

2. Agravo regimental não provido. (**AgRg no REsp 1.440.089/SP**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti Cruz**, 6ª T.,julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015)

Sem embargo dessa nova compreensão, permanece vigente a tese fixada no aludido recurso repetitivo (Tema 177), o que reclama pronta correção.

Dessarte, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, nos termos dos arts. 927, § 4º, do Código de Processo Civil e 256-S do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (Emenda Regimental n.º 24/2016), proponho a revisão da tese fixada no REsp Representativo da Controvérsia n. 1.097.042/DF – Tema 177 (Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. / acórdão Min. Jorge Mussi, DJe 21/5/2010), a fim de adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte.

Assim, voto para proceder à revisão do entendimento consolidado por ocasião do julgamento do REsp n. 1.097.042/DF – Tema 177, a fim de que a TESE passe a ter a seguinte redação: **a ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública incondicionada.**

RECURSO ESPECIAL Nº 1.338.942 - SP (2012/0170967-4)

RELATOR	: MINISTRO OG FERNANDES
RECORRENTE	: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRMV/SP
ADVOGADO	: FAUSTO PAGIOLI FALEIROS E OUTRO (S) - SP233878
RECORRIDO	: AGROPECUÁRIA PEREIRA'S LTDA - MICROEMPRESA E OUTROS
ADVOGADO	: ANDRÉ GIL GARCIA HIEBRA E OUTRO (S) - SP215702

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. REGISTRO DE PESSOA JURÍDICA. VENDA DE MEDICAMENTOS VETERINÁRIOS E COMERCIALIZAÇÃO DE ANIMAIS VIVOS. DESNECESSIDADE. LEI N. 5.517/68. ATIVIDADE BÁSICA NÃO COMPREENDIDA ENTRE AQUELAS PRIVATIVAMENTE ATRIBUÍDAS AO MÉDICO VETERINÁRIO. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS.

1. O registro da pessoa jurídica no conselho de fiscalização profissional respectivo faz-se necessário quando sua atividade básica, ou o serviço prestado a terceiro, esteja compreendida entre os atos privativos da profissão regulamentada, guardando isonomia com as demais pessoas físicas que também explorem as mesmas atividades.

2. Para os efeitos inerentes ao rito dos recursos repetitivos, deve-se firmar a tese de que, à míngua de previsão contida da Lei n. 5.517/68, a venda de medicamentos veterinários – o que não abrange a administração de fármacos no âmbito de um procedimento clínico – bem como a comercialização de animais vivos são atividades que não se encontram reservadas à atuação exclusiva do médico veterinário. Assim, as pessoas jurídicas que atuam nessas áreas não estão sujeitas ao registro no respectivo

Conselho Regional de Medicina Veterinária nem à obrigatoriedade de contratação de profissional habilitado. Precedentes.

3. No caso sob julgamento, o acórdão recorrido promoveu adequada exegese da legislação a respeito do registro de pessoas jurídicas no conselho profissional e da contratação de médico-veterinário, devendo, portanto, ser mantido.

4. Recurso especial a que se nega provimento. Acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, correspondente ao art. 1.036 e seguintes do CPC/2015.

Vistos, relatados e discutidos aos autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria, Francisco Falcão e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Regina Helena Costa.

Sustentou, oralmente, o Dr. Fausto Pagioli Faleiros, pelo recorrente.

Brasília, 26 de abril de 2017 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin
Presidente

Ministro Og Fernandes
Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de recurso especial interposto pelo Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo contra acórdão publicado na vigência do CPC/1973, o qual foi proferido pelo TRF da 3ª Região, assim ementado (e-STJ, fls. 224/225):

> PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA - ARTIGO 557 DO CPC - NEGATIVA DESEGUIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL - CRMV - RESPONSÁVEL TÉCNICO.
>
> 1. A disposição contida no artigo 557, do Código de Processo Civil, possibilita ao Relator do recurso negar-lhe seguimento, ou dar-lhe provimento, por decisão monocrática, sem submeter a questão ao respectivo Órgão Colegiado.
>
> 2. Manutenção da decisão impugnada, a qual se fundamentou em farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria trazida aos autos.
>
> 3. A Lei nº 6.839/80 prevê, em seu artigo V, o critério da obrigatoriedade do registro das empresas ou entidades nosrespectivos órgãos fiscalizadores do exercício profissional, apenas e tão-somente, nos casos em que sua atividade básica decorrer do exercício profissional, ou em razão da qual prestam serviços a terceiros.
>
> 4. Agravo legal improvido.

O recorrente aponta ofensa ao art. 5º, alíneas c e e, da Lei n. 5.517/68.

Sustenta a necessidade de as sociedades empresárias que comercializam animais vivos e medicamentos veterinários registrarem-se no respectivo Conselho de Medicina Veterinária e de contratarem médicos-veterinários, pois essas atividades se encontram

entre aquelas privativas do profissional médico-veterinário.

Argumenta que a expressão "sempre que possível", constante da alínea e do normativo ora impugnado, deve ser interpretada considerando o contexto histórico no qual foi aprovada a Lei n. 5.517/68, ocasião em que existiam poucos cursos de graduação em medicina veterinária no Brasil, não sendo fácil a localização de profissionais. Considerando essa realidade, o legislador inseriu a ressalva em comento, "para evitar que um estabelecimento comercial que não conseguisse um médico veterinário fosse proibido de funcionar" (e-STJ, fl. 231).

Salienta que essa restrição não se justifica nos tempos atuais, em que proliferam os cursos de graduação em medicina veterinária, não havendo escusas para as pessoas jurídicas deixarem de contratar esses profissionais.

De acordo com o recorrente, a presença do profissional veterinário como responsável técnico faz-se imprescindível, sob pena de colocar-se em risco a saúde pública, a saúde humana, o meio ambiente e o controle das zoonoses.

No apelo especial, o Conselho de Medicina Veterinária indica, de forma exemplificativa, os seguintes riscos da ausência de um profissional tecnicamente habilitado nos empreendimentos que vendem animais vivos e medicamentos veterinários (e-STJ, fl. 236):

a) falta de treinamento para realização de banho e tosa, podendo, por exemplo, queimar os animais, usar sedativos sem orientação o que pode acarretar óbito do animal;

b) entrada de animais doentes no estabelecimento, podendo trazer riscos para a saúde dos animais ali presentes, bem como para a saúde de seus proprietários (controle de zoonoses);

c) risco ao meio ambiente relacionado ao descarte de resíduos;

d) má forma de manipulação de alimentos, rações, armazenagem indevida, comercialização de produtos com sua validade expirada;

e) práticas cruéis contra animais, *v.g.* , a manutenção em exposição além do permitida pela legislação, a alimentação inadequada, etc.;

f) vendas de medicamentos ou anabolizantes de uso veterinários com finalidades diversas, que colocam em risco a saúde pública;

g) estocagem, armazenamento e aplicação de vacinas.

Assevera que a atuação da vigilância sanitária não é suficiente para aferir as condições de saúde do animal exposto à venda, a qualidade de sua alimentação, pois são atividades tipicamente de médico-veterinário.

Requer o provimento do recurso especial, "impondo-se às empresas que comercializam animais vivos e medicamentos veterinários a submissão ao art. 5º, alíneas 'c' e 'e', da Lei n. 5.517/68, com a finalidade de obrigá-las a se registrarem no CRMV-SP e contratarem Médico Veterinário como responsável técnico" (e-STJ, fl. 238).

Tendo em vista a multiplicidade de recursos envolvendo a matéria, foi exarada a decisão de e-STJ, fls. 285/289, submetendo o feito ao regime do art. 543-C do CPC, o qual corresponde, atualmente, ao art. 1.036 do CPC/2015.

A Sociedade Mundial de Proteção Animal – WSPA apresentou manifestação pelo provimento do recurso especial, salientando que a presença do médico-veterinário nas sociedades empresárias é essencial à salvaguarda da saúde física e psicológica dos animais (e-STJ, fls. 295/297).

O Conselho Federal de Medicina Veterinária pleiteou o ingresso na lide como litisconsorte ou como assistente, o que foi indeferido pela decisão de e-STJ, fls. 337/338.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento em parte do recurso, a fim de que seja exigida a contratação de médicos veterinários apenas em relação à atividade de venda de animais vivos (e-STJ, fls. 299/306).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Discute-se nos autos a necessidade de registro no Conselho Regional de Medicina Veterinária de sociedades empresárias que comercializam animais vivos, rações e medicamentos veterinários.

A obrigatoriedade do registro de pessoa jurídica no conselho profissional fundamenta-se na atividade básica ou na natureza dos serviços por ela prestados. Verifica-se, a propósito, a redação do art. 1º da Lei n. 6.839/80:

> Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

O art. 27 da Lei n. 5.517/68 também contempla, de forma ampla, a previsão de que as pessoas jurídicas que exploram atividades próprias da profissão de médico-veterinário devem registrar-se no respectivo Conselho Regional de Medicina Veterinária. *In verbis*:

> Art. 27 As firmas, associações, companhias, cooperativas, emprêsas de economia mista e outras que exercem atividades peculiares à medicina veterinária previstas pelos artigos 5º e 6º da Lei nº 5.517, de 23 de outubro de 1968, estão obrigadas a registro nos Conselhos de Medicina Veterinária das regiões onde funcionarem.

Como se observa, a redação desses normativos, por ser demasiadamente genérica e imprecisa, enseja diversos litígios a respeito do dever de registro das pessoas jurídicas nos respectivos conselhos profissionais, tornando ainda mais importante a atividade do intérprete da lei.

É muito comum confundir-se a obrigatoriedade do registro no conselho de fiscalização das profissões pelo simples fato de a pessoa jurídica praticar quaisquer das atividades privativas da profissão tutelada. Segundo esse raciocínio, se a pessoa jurídica se valesse, em qualquer etapa de sua atividade ou processo produtivo, de profissional sujeito à inscrição no conselho, também deveria realizar o respectivo registro.

Esse entendimento, no entanto, é equivocado, pois a finalidade dos normativos em questão é justamente promover o controle direto da pessoa jurídica pelo respectivo conselho profissional quando sua atividade-fim ou o serviço prestado a terceiro estejam compreendidos entre os atos privativos da profissão regulamentada, guardando isonomia com as demais pessoas físicas que também explorem as mesmas atividades. A esse respeito, é esclarecedora a lição de LuísaHickel Gamba, contida em produção doutrinária coordenada por Vladimir Passos de Freitas:

Em suma, a inscrição da pessoa jurídica em conselho profissional só é devida quando ela é constituída com a finalidade de explorar a profissão, seja praticando atividade fim privativa da profissão, seja prestando serviços profissionais a terceiros. E, nesses casos, a empresa deverá ter um profissional habilitado que responda pelo exercício da profissão em nome da pessoa jurídica. Hipótese diversa é a da empresa que na sua

atividade produtiva, como atividade meio, utiliza-se de serviços técnicos ou científicos ligados a determinada profissão. Aqui, a empresa, como pessoa jurídica em si, não está sujeita à inscrição em conselho, mas está obrigada a manter, como empregado ou prestador de serviço, profissional habilitado e inscrito, responsável por aquela atividade meio (Conselhos de Fiscalização Profissional: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 161).

A contratação pela pessoa jurídica de profissional inscrito no respectivo conselho, por seu turno, faz-se por meio da anotação de responsabilidade técnica ou anotação de função técnica. Sobre esse tema, Luísa Hickel Gamba assim leciona:

Anotação de responsabilidade técnica ou anotação de função técnica é o registro no conselho de fiscalização competente do ato que atribui ao profissional responsabilidade técnica pelo exercício da profissão por pessoa jurídica; pelo exercício de atividade-meio própria da profissão em pessoa jurídica cuja atividade-fim esteja desvinculada da profissão; ou por obra, produto ou simples prestação de serviço profissional, nos casos em que é exigida da pessoa física ou jurídica.

A anotação de responsabilidade técnica é ato específico, que, embora exija prévia inscrição do profissional ou da pessoa jurídica no conselho fiscalizador, com ela – inscrição – não se confunde. A inscrição ou registro do profissional ou da pessoa jurídica no conselho autoriza o exercício da profissão, de forma genérica, enquanto a anotação de responsabilidade técnica atribui ao profissional responsabilidade técnica específica em relação a determinada obra, produto, empreendimento ou atividade, ou identifica, para a pessoa jurídica que pratica atividade da profissão, o profissional que para tanto tem habilitação e por ela responde. (Ob. Cit. p. 166)

O art. 28 da Lei n. 5.517/68 estabelece a necessidade de contratação de médico-veterinário pela pessoa jurídica sempre que a atividade por ela desempenhada seja passível da atuação daquele profissional. Observa-se:

> Art 28. As firmas de profissionais da Medicina Veterinária, as associações, emprêsas ou quaisquer estabelecimentos cuja atividade seja passível da ação de médico-veterinário, deverão, sempre que se tornar necessário, fazer prova de que, para êsse efeito, têm a seu serviço profissional habilitado na forma desta Lei.

As atividades privativas dos profissionais de medicina veterinária, por seu turno, estão disciplinadas nos arts. 5º e 6º da Lei n. 5.517/68, *in verbis*:

> Art 5º É da competência privativa do médico veterinário o exercício das seguintes atividades e funções a cargo da União, dos Estados, dos Municípios, dos Territórios Federais, entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista e particulares:
>
> a) a prática da clínica em tôdas as suas modalidades;
>
> b) a direção dos hospitais para animais;
>
> c) a assistência técnica e sanitária aos animais sob qualquer forma;
>
> d) o planejamento e a execução da defesa sanitária animal;
>
> e) a direção técnica sanitária dos estabelecimentos industriais e, sempre que possível, dos comerciais ou de finalidades recreativas, desportivas ou de proteção onde estejam, permanentemente, em exposição, em serviço ou para qualquer outro fim animais ou produtos de sua origem;
>
> f) a inspeção e a fiscalização sob o ponto-de-vista sanitário, higiênico e tecnológico dos matadouros, frigoríficos, fábricas de conservas de carne e de pescado, fábricas de banha e gorduras em que se empregam produtos de origem animal, usinas e fábricas de lacticínios, entrepostos de carne, leite peixe, ovos, mel, cêra e demais derivados da indústria pecuária e, de

um modo geral, quando possível, de todos os produtos de origem animal nos locais de produção, manipulação, armazenagem e comercialização;

g) a peritagem sôbre animais, identificação, defeitos, vícios, doenças, acidentes, e exames técnicos em questões judiciais;

h) as perícias, os exames e as pesquisas reveladores de fraudes ou operação dolosa nos animais inscritos nas competições desportivas ou nas exposições pecuárias;

i) o ensino, a direção, o contrôle e a orientação dos serviços de inseminação artificial;

j) a regência de cadeiras ou disciplinas especificamente médico-veterinárias, bem como a direção das respectivas seções e laboratórios;

l) a direção e a fiscalização do ensino da medicina-veterinária, bem, como do ensino agrícola-médio, nos estabelecimentos em que a natureza dos trabalhos tenha por objetivo exclusivo a indústria animal;

m) a organização dos congressos, comissões, seminários e outros tipos de reuniões destinados ao estudo da Medicina Veterinária, bem como a assessoria técnica do Ministério das Relações Exteriores, no país e no estrangeiro, no que diz com os problemas relativos à produção e à indústria animal.

Art 6º Constitui, ainda, competência do médico-veterinário o exercício de atividades ou funções públicas e particulares, relacionadas com:

a) as pesquisas, o planejamento, a direção técnica, o fomento, a orientação e a execução dos trabalhos de qualquer natureza relativos à produção animal e às indústrias derivadas, inclusive as de caça e pesca;

b) o estudo e a aplicação de medidas de saúde pública no tocante às doenças de animais transmissíveis ao homem;

c) a avaliação e peritagem relativas aos animais para fins administrativos de crédito e de seguro;

d) a padronização e a classificação dos produtos de origem animal;

> e) a responsabilidade pelas fórmulas e preparação de rações para animais e a sua fiscalização;
>
> f) a participação nos exames dos animais para efeito de inscrição nas Sociedades de Registros Genealógicos;
>
> g) os exames periciais tecnológicos e sanitários dos subprodutos da indústria animal;
>
> h) as pesquisas e trabalhos ligados à biologia geral, à zoologia, à zootecnia bem como à bromatologia animal em especial;
>
> i) a defesa da fauna, especialmente o contrôle da exploração das espécies animais silvestres, bem como dos seus produtos;
>
> j) os estudos e a organização de trabalhos sôbre economia e estatística ligados à profissão;
>
> l) a organização da educação rural relativa à pecuária.

Quanto ao simples comércio varejista de rações, acessórios para animais e prestações de serviços de banho e tosa em animais domésticos, não há maiores dúvidas de que não são funções especificamente atribuídas ao médico-veterinário, o que dispensa o registro no respectivo conselho de fiscalização profissional, bem como a responsabilidade técnica do veterinário. Esse foi o entendimento adotado no acórdão recorrido, o qual não foi sequer objeto de impugnação pelo recorrente.

A irresignação, por sua vez, reside no tocante às atividades de comercialização de animais vivos e de medicamentos veterinários.

No pertinente à comercialização de medicamentos veterinários, o que não abrange, por óbvio, a administração de fármacos no âmbito de um procedimento clínico, também não há respaldo na Lei n. 5.517/ 68 para exigir-se a submissão dessa atividade ao controle do conselho de medicina veterinária, seja por meio do registro da pessoa jurídica, seja

pela contratação de responsável técnico, ainda que essa fiscalização seja desejável.

Nos termos da jurisprudência do STF, a limitação da liberdade do exercício profissional está sujeita à reserva legal qualificada, sendo necessário, além da previsão em lei expressa, a realização de um juízo de valor a respeito darazoabilidade e proporcionalidade das restrições impostas e o núcleo essencial das atividades por ela regulamentadas. Nesse sentido, nota-se o RE 511.961/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJ. 13/11/2009.

À míngua de previsão em lei, permanece a liberdade de atuação dos agentes privados, haja vista a necessidade de observância do princípio da reserva legal para autorizar-se o exercício do poder de polícia nessa extensão.

O argumento relativo ao art. 18, § 1º, II, do Decreto n. 5.053/04 apenas foi suscitado nos memoriais da parte recorrente, não sendo permitida a inovação recursal no âmbito da instância extraordinária.

Ademais, por se tratar de norma oriunda do poder regulamentar, ela não tem o condão de fixar restrição não contemplada na lei de regência, mormente quando se está diante de uma restrição ao desenvolvimento da atividade profissional.

Além disso, o STF já consignou, em julgamento submetido ao regime da repercussão geral, que a anotação de responsabilidade técnica possui natureza de taxa, estando, portanto, sujeita ao regime da estrita legalidade. Confira-se a ementa:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA. LEI6.496/1977. MANIFESTAÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. NATUREZA DE TAXA. SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE

> SE NEGA PROVIMENTO. - 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 Anotação de Responsabilidade Técnica, instituída pela Lei 6.496/1977, cobrada pelos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, tem natureza jurídica de taxa, sendo, portanto, necessária a observância do princípio da legalidade tributária previsto no art. 150, I, da Constituição. Em consequência, conheceu do recurso extraordinário, desde já, mas lhe negou provimento.
>
> (ARE 748.445 RG, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 31/10/2013, REPERCUSSÃO GERAL, DJe 12/2/2014)

Destaco, ainda, os seguintes precedentes das Turmas de Direito Público deste Tribunal Superior:

> ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA. PESSOA JURÍDICA. COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTO VETERINÁRIO. ATIVIDADE NÃO-PRIVATIVA. DESNECESSIDADE.
>
> 1. O presente recurso envolve o exame da obrigatoriedade de contratação de médico-veterinário, com a consequente realização de anotação de responsabilidade técnica – ART, por empresa que comercializa medicamentos veterinários.
>
> 2. A anotação de responsabilidade técnica – ART é ato que atribui ao profissional a responsabilidade técnica específica sobre a realização de determinada atividade, como a construção de uma obra, a fabricação de um produto. Embora não se confunda com o próprio registro, que consiste na autorização genérica para o exercício da profissão, a ART deriva do registro e apenas será necessária caso a atividade desenvolvida esteja compreendida no âmbito daquelas privativas do profissional inscrito no conselho profissional.
>
> 3. Dessume-se dos arts. 5º e 6º da Lei 5.517/68 que a comercialização de

medicamentos veterinários não é atividade privativa de médico-veterinário. Precedente.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1.118.933/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009)

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS. REGISTRO. NÃO-OBRIGATORIEDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ.

1. A obrigatoriedade de inscrição no órgão competente subordina-se à efetiva prestação de serviços, que exijam profissionais cujo registro naquele Conselho seja da essência da atividade desempenhada pela empresa.

2. In casu , a recorrida, consoante evidenciado pela sentença, desempenha o comércio de produtos agropecuários e veterinários em geral, como alimentação animal, medicamentos veterinários e ferramentas agrícolas, portanto, atividades de mera comercialização dos produtos, não constituindo atividade-fim, para fins de registro junto ao Conselho Regional de Medicina veterinária, cujos sujeitos são médicos veterinários ou as empresas que prestam serviço de medicina veterinária (atividade básica desenvolvida), e não todas as indústrias de agricultura, cuja atividade-fim é coisa diversa.

3. Aliás, essa é a exegese que se impõe à luz da jurisprudência desta Corte que condiciona a imposição do registro no órgão profissional à tipicidade da atividade preponderante exercida ou atividade-fim porquanto a mesma é que determina a que Conselho profissional deve a empresa se vincular. Nesse sentido decidiu a 1ª Turma no RESP803.665/PR, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 20.03.2006, *verbis*: "ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS. REGISTRO. NÃO-OBRIGATORIEDADE.

> 1. A atividade básica da empresa vincula a sua inscrição e a anotação de profissional habilitado, como responsável pelas funções exercidas por esta empresa, perante um dos Conselhos de fiscalização de exercício profissional.
>
> 2. A empresa cujo ramo de atividade é o comércio de produtos agropecuários e veterinários, forragens, rações, produtos alimentícios para animais e pneus não exerce atividade básica relacionada à medicina veterinária, e, por conseguinte, não está obrigada, por força de lei, a registrar-se junto ao Conselho Regional de Medicina Veterinária.
>
> 3. Precedentes do STJ: REsp 786055/RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 21.11.2005; REsp 447.844/RS, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 03.11.2003.
>
> 4. Recurso especial a que se nega provimento."4. Recurso especial desprovido.
>
> (REsp 724.551/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/8/2006, DJ 31/8/2006, p. 217)

O mesmo ocorre, por seu turno, no que concerne à venda de animais vivos. Isso porque, ainda que os animais expostos à venda demandem assistência técnica e sanitária, a atividade básica ou preponderante da pessoa jurídica, nesses casos, consiste na comercialização.

Registre-se que, de acordo com a redação do art. 5º, alínea e, da Lei n. 5.517/68, a direção técnica e sanitária dos estabelecimentos comerciais que exponham animais ou produtos de sua origem apenas ocorrerá se possível. Desse modo, ainda que se compreenda o contexto histórico em que foi inserida a expressão "sempre que possível", não cabe conferir-lhe interpretação extensiva, haja vista o regime da estrita legalidade que vigora no âmbito das limitações ao exercício da atividade profissional.

Considerando-se que a comercialização de animais não se enquadra entre as atividades privativas do médico-veterinário, as pessoas jurídicas que exploram esse mercado estão desobrigadas de efetivarem o registro perante o conselho profissional respectivo e, como decorrência, de contratarem, como responsáveis técnicos, profissionais nele inscritos.

A jurisprudência do STJ caminha no mesmo trilhar, consoante os seguintes precedentes:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. COMÉRCIO DE MEDICAMENTO VETERINÁRIO E RAÇÃO ANIMAL. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. REGISTRO. NÃO-OBRIGATORIEDADE.
>
> I - A empresa cuja atividade precípua é o comércio varejista de medicamentos veterinários, ração animal e armarinho, não está obrigada ao registro junto ao Conselho Regional de Medicina Veterinária, à vista de essa atividade - mera comercialização dos produtos - não constituir atividade-fim da medicina veterinária.
>
> II - Recurso especial improvido.
>
> (REsp 1.542.189/SE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/8/2015, DJe 26/8/2015)

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MICROEMPRESA. COMÉRCIO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS E DE ANIMAIS VIVOS. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. DESNECESSIDADE.
>
> 1. O STJ entende que a atividade básica desenvolvida na empresa é fator determinante para vincular o seu registro ao Conselho Regional de Medicina Veterinária (CRMV).

> 2. O art. 27 da Lei 5.517/1968 exige o registro no CRMV para as firmas, associações, companhias, cooperativas, empresas de economia mista e outras que exercem atividades peculiares à medicina veterinária.
>
> 3. *In casu* , o Tribunal de origem constatou que o objeto social é o comércio de produtos alimentícios, e que a venda de animais vivos, com escopo lucrativo, não desnatura o ramo de atividade da recorrida, que não é inerente à medicina veterinária.
>
> 4. Desnecessário, portanto, o registro da microempresa no CRMV. Precedentes: REsp 1.188.069/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 17.5.2010; REsp 1.118.933/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 28.10.2009.
>
> 5. A eventual obrigatoriedade de contratação de veterinário, exclusivamente em razão da manutenção de animais vivos, não autoriza a conclusão de que o profissional contratado deva integrar o quadro de empregados da microempresa, razão pela qual, conforme compreensão do órgão colegiado do Tribunal *a quo*, a vinculação (registro) ao CRMV é imposta "apenas ao profissional (...), não à contratante, considerada a sua atividade básica (comércio)".
>
> 6. Recurso Especial não provido.
>
> (REsp 1.350.680/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 15/2/2013)

Logo, para os fins do art. 543-C do CPC, correspondente ao art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, deve prevalecer a orientação pacificada no âmbito desta Corte Superior de que não estão sujeitas a registro perante o respectivo Conselho Regional de Medicina Veterinária nem à contratação de profissionais nele inscritos como responsáveis técnicos as pessoas jurídicas que explorem as atividades de comercialização de animais vivos e venda de medicamentos veterinários, pois não são atividades reservadas à atuação privativa do médico-veterinário.

No caso concreto, a tese adotada no acórdão recorrido coincide com o entendimento aqui proposto, não merecendo prosperar a irresignação do recorrente.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.628.974 - SP (2016/0254752-4)

RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
RECORRENTE : CARLOS EDUARDO DE ATHAYDE BUONO
ADVOGADOS : WALFRIDO JORGE WARDE JUNIOR E OUTRO (S) - SP139503
RUDI ALBERTO LEHMANN JUNIOR E OUTRO (S) - SP133321
GUILHERME SETOGUTI PEREIRA - SP286575
RECORRIDO : WYNN LAS VEGAS LLC
ADVOGADO : ANTONIO CELSO DE DOMINICIS NEVES - SP271347

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. COBRANÇA. DÍVIDA DE JOGO. CASSINO NORTE-AMERICANO. POSSIBILIDADE. ART. 9º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. EQUIVALÊNCIA. DIREITO NACIONAL E ESTRANGEIRO. OFENSA À ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. VEDAÇÃO. TRIBUNAL ESTADUAL. ÓRGÃO INTERNO. INCOMPETÊNCIA. NORMAS ESTADUAIS. NÃO CONHECIMENTO. PRESCRIÇÃO. SÚMULA Nº83/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA.

1. Na presente demanda está sendo cobrada obrigação constituída integralmente nos Estados Unidos da América, mais especificamente no Estado de Nevada, razão pela qual deve ser aplicada, no que concerne ao direito material, a lei estrangeira (art. 9º, caput, LINDB).

2. Ordem pública é um conceito mutável, atrelado à moral e a ordem jurídica vigente em dado momento histórico. Não se trata de uma noção estanque, mas de um critério que deve ser revisto conforme a evolução da sociedade.

3. Na hipótese, não há vedação para a cobrança de dívida de jogo, pois existe equivalência entre a lei estrangeira e o direito brasileiro, já que ambos permitem determinados jogos de azar, supervisionados pelo Estado, sendo quanto a esses, admitida a cobrança.

4. O Código Civil atual veda expressamente o enriquecimento sem causa. Assim, a matéria relativa à ofensa da ordem pública deve ser revisitada sob as luzes dos princípios que regem as obrigações na ordem contemporânea, isto é, a boa-fé e a vedação do enriquecimento sem causa.

5. Aquele que visita país estrangeiro, usufrui de sua hospitalidade e contrai livremente obrigações lícitas, não pode retornar a seu país de origem buscando a impunidade civil. A lesão à boa-fé de terceiro é patente, bem como o enriquecimento sem causa, motivos esses capazes de contrariar a ordem pública e os bons costumes.

6. A vedação contida no artigo 50 da Lei de Contravenções Penais diz respeito à exploração de jogos não legalizados, o que não é o caso dos autos, em que o jogo é permitido pela legislação estrangeira.

7. Para se constatar se houve julgamento do recurso de apelação por órgão incompetente e se, no caso, a competência é absoluta, seria necessário examinar a competência interna da Corte estadual a qual está assentada em Resolução e no Regimento Interno, normas que não se revestem da qualidade de lei federal, o que veda seu conhecimento em recurso especial.

8. A juntada dos originais de documento digital depende de determinação judicial e, no caso dos autos, tanto o juiz de primeiro grau quanto a Corte estadual dispensaram a providência, dada a ausência de indícios de vício, não restando comprovada a violação do art. 365, § 2º, do CPC/1973.

9. Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte, sedimentada em recurso repetitivo, a ação monitória fundada em cheque prescrito está subordinada ao prazo de 5 (cinco) anos, previsto para a cobrança de dívidas líquidas. Incidência da Súmula nº 83/STJ.

10. Apesar de se tratar de processo monitório, havendo dúvidas acerca do

contexto em que deferido o crédito, de valor vultoso, sem a exigência de garantias, deve ser permitida a produção de provas em sede de embargos, sob pena de cerceamento de defesa.

11. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino e a retificação do voto do Sr. Ministro Relator, superada a preliminar referente à possibilidade jurídica do pedido, decide a Terceira Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Participaram do julgamentos os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Ceuva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

Brasília (DF), 13 de junho de 2017 (Data do Julgamento)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO R ICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Cuida-se de recurso especial interposto por CARLOS EDUARDO DE ATHAYDE BUONO, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

> "CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA - Oitiva de testemunhas, novos documentos e perícia - Provas inúteis.
>
> PRESCRIÇÃO - Dívida líquida constante de instrumento particular - Prazo quinquenal (art. 206, § 5º, I, doCódigo Civil)- Preliminar rejeitada.
>
> MONITÓRIA - Cheques emitidos em favor de cassino norte-americano - Prova escrita sem eficácia de título executivo - Dívida de jogo, de cobrança vedada no Brasil - Irrelevância - Débito adequado às normas do país em que constituído - Art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Sentença mantida - Recurso desprovido" (fl. 517, e-STJ).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 534/540).

Aponta o recorrente, em suas razões, violação dos arts. 42, 64, 330, 365, § 2º, 337, 535, II e 814 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973); 50 da Lei nº 3.688/41; 9º e 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB); 476, 206, § 3º, e 940 do Código Civil e 51 da Lei do Cheque.

Sustenta existirem omissões no acórdão recorrido no que respeita aos dispositivos legais apontados como violados, pois a Corte local deixou de resolver as questões suscitadas à luz de referida legislação.

Afirma que os acórdãos recorridos devem ser anulados em vista do evidente cerceamento de defesa, decorrente da negativa de produção de provas pericial e oral, indispensáveis para comprovação de que não reconhece a dívida representada nos títulos que instruem a monitória, os quais foram constituídos de forma fraudulenta.

Assevera, além disso, ter demonstrado a possibilidade de adulteração das cópias dos títulos juntadas aos autos. No entanto, o pedido para que fossem trazidos aos autos os originais foi desconsiderado

Aduz, ainda, que as cópias dos vales não são válidas, já que houve erro, fraude e dolo em sua assinatura, o que seria comprovado mediante

a produção de prova oral, com a colheita de depoimento pessoal dos representantes do recorrido, o que também foi indeferido.

Refere que a sentença considerou não ser válida a autorestrição assinada entre as partes, apesar da comprovação documental, mostrando-se imprescindível a prova oral.

Conclui, nessa linha, que não cabia, na hipótese, o julgamento antecipado da lide, que implicou o cerceamento do seu direito de defesa. Ressalta que a parte contrária também requereu a produção de provas, o que demonstra a existência de fatos controversos.

Sustenta, de outra parte, que o recurso de apelação foi julgado por órgão absolutamente incompetente, qual seja, a Décima Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal bandeirante, quando a competência é das Primeira a Décima Câmaras.

Afirma, ainda, que é indispensável a juntada dos títulos originais, mormente com o reconhecimento de que houve preenchimento posterior das cópias, com a clara possibilidade de ocorrência de falsificação e adulteração. Não fosse isso, os documentos podem ter sido cedidos ou endossados, dúvida que se afasta com a juntada dos originais. Trata-se, segundo entende, de documento indispensável para a propositura da demanda.

Assinala o recorrente, de outro lado, que diversamente do que entendeu a Corte estadual, ao optar pelo ajuizamento de ação monitória, invocando fundamentos do direito brasileiro, o recorrido renunciou à aplicação do direito norte-americano, devendo prevalecer a lei local. Ocorre que no Brasil a cobrança de dívida de jogo é ilícita, ainda que constituída em outro país. Assim, a ação deve ser extinta, pois viola a ordem pública e a soberania brasileiras. Além disso, o jogo de azar é contravenção penal. Cita jurisprudência em abono de sua tese.

Argumenta o recorrente, de todo modo, que caso se aplicasse o direito norte-americano à espécie, seria ônus do recorrido provar o direito estrangeiro, demonstrando que de acordo com a legislação do Estado de Nevada são lícitos quaisquer tipos de jogos de azar, o jogo que teria dado origem aos 5 (cinco) vales cobrados foi lícito, além de outros aspectos da demanda.

Afirma também que ainda que a cobrança fosse exigível, a pretensão está fulminada pela prescrição. Alega que, prescrita a ação executiva, deve ser aplicado o mesmo prazo da ação de enriquecimento sem causa, que é de 3 (três) anos, nos termos do art. 206, § 3º, IV, do Código Civil. Assim, constituídos os vales em março de 2010, o prazo teria terminado em março de 2013 e a ação monitória foi proposta muito tempo depois, em novembro de 2013, tendo a citação sido formalizada em maio de 2014.

Ressalta que caso os vales fossem considerados cheques, como quer o recorrido, com mais razão a ação estaria prescrita. Conforme estabelece a Lei do Cheque, o prazo de apresentação é de 60 dias para cheques de outra praça. Após esse prazo, inicia-se o prazo prescricional de 6 meses. Encerrado esse prazo, inicia-se o prazo de dois anos para a ação de enriquecimento sem causa. Assim, o prazo total é de dois anos e oito meses.

Aduz que os títulos foram tidos como exigíveis sem que houvesse efetiva comprovação da disponibilização do crédito, o que é indispensável na hipótese, pois se trata de documentos que não constituem títulos de crédito. Assim, devem ser demonstradas as causas dos negócios que os teriam originado, asseverando, ainda, que não tomou emprestado o valor de U$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares), de modo que os vales são inexigíveis.

Sustenta, por fim, que o recorrido pretende a cobrança de valor manifestamente indevido, cobrando dívida que sabe inexistir, decorrente de documentos adulterados, que são inexigíveis no Brasil. Requer que seja

o recorrido condenado a pagar o crédito que alega possuir, sem prejuízo de eventuais sanções por litigância de má-fé.

Contrarrazões às fls. 675/704 (e-STJ).

Afirma o recorrido que o recurso é manifestamente protelatório, esbarrando na censura das Súmulas nºs 5 e 7/STJ, e que, além disso, as matérias carecem de prequestionamento.

Assevera que o recorrente foi até Las Vegas, solicitou o crédito, assinou os cheques, usou os valores para jogar e pretende se escusar do pagamento, como já fez em outros casos, pois é devedor contumaz. Ressalta que este é o terceiro recurso especial oferecido pelo recorrente nestes autos, em evidente abuso.

Esclarece, ainda, que os documentos originais subscritos pelo devedor instruíram a ação monitória e a versão digitalizada foi juntada aos autos eletrônicos. Afirma que as suspeitas de que os documentos teriam sido adulterados é mais um artifício do recorrente para tumultuar o feito. Ressalta que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mencionada na sentença, relativa à Carta Rogatória 10.416, se refere à tentativa de citação do ora recorrente, que já em 2002 frequentava cassinos, solicitando crédito não pago, tentando se escudar na legislação brasileira.

Sustenta, por outro lado, que demonstrou a vigência da lei estrangeira, mas o recorrente em momento algum impugnou a existência ou vigência de referidas normas durante a instrução processual, ônus que lhe competia.

Ademais, não se trata da cobrança de jogos clandestinos, mas da exceção prevista no art. 814, § 2º, doCódigo Civil, que trata da possibilidade de cobrança de dívida de jogo se os jogos e apostas forem legalmente permitidos.

Afirma que várias das questões ora suscitadas já foram apreciadas no julgamento do REsp 1.545.783/SP. Assevera que "referendar o

enriquecimento ilícito do recorrente representa afronta muito mais significativa à ordem pública brasileira do que admitir a cobrança de dívida de jogos legalmente permitidos" (fl. 694, e-STJ).

Lembra que a presente ação é monitória e não de locupletamento, o que afasta a alegada prescrição.

Requer que o recurso não seja conhecido, com a condenação do recorrente ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator): Trata-se, na origem, de ação monitória ajuizada por WYNN LAS VEGAS LLC contra CARLOS EDUARDO DE ATHAYDE BUONO, para cobrança de R$ 2.306.400,00 (dois milhões, trezentos e seis mil e quatrocentos reais), quantia representada por 5 (cinco) títulos assinados pelo réu no valor total de U$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares).

O juízo de primeiro grau julgou procedentes os pedidos do autor, deixando de acolher os embargos monitórios, para condenar o réu ao pagamento de U$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares), convertidos em real com base na cotação da data da contratação, a partir de quando o valor deverá ser atualizado com base na tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo até o efetivo pagamento.

A sentença foi confirmada pelo Tribunal paulista.

1. Da violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973 - Da existência de omissões.

O recorrente sustenta violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, alegando que o Tribunal de origem deixou de

analisar a controvérsia à luz dos dispositivos legais apontados como ofendidos.

Da atenta leitura do aresto recorrido verifica-se que a Corte estadual motivou adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese. Não há falar, portanto, em existência de omissão apenas pelo fato de o julgado recorrido ter decidido em sentido contrário à pretensão da parte.

2. Da violação dos arts. 814 do Código Civil e 50 da Lei de Contravencoes Penais - Ilicitude da cobrança de dívida de jogo no direito brasileiro - Impossibilidade jurídica do pedido

Afirma o recorrente que ao optar por ajuizar ação no Brasil, invocando fundamentos obrigacionais do direito brasileiro e precedentes das Cortes nacionais, o recorrido renunciou à aplicação do direito norte-americano, devendo suportar as consequências dessa escolha, especialmente a de que a cobrança de dívida de jogo no Brasil é ilícita.

Sustenta que mesmo que não tivesse optado pelo direito brasileiro, com a cobrança efetuada no Brasil, aplicam-se as leis brasileiras, que como já afirmado, não permitem esse tipo de exigência.

É preciso lembrar, antes de mais nada, que na presente demanda está sendo cobrada obrigação constituída integralmente nos Estados Unidos da América, mais especificamente no Estado de Nevada.

A ação foi ajuizada no Brasil em virtude de o réu aqui residir (art. 88, I, do CPC/1973), o que foi tido como válido no julgamento do REsp 1.545.783/SP, anteriormente interposto pelo ora recorrente, tendo a decisão transitado em julgado.

O artigo 814 do Código Civil de 2002 trata das dívidas de jogo e repete praticamente o conteúdo dos artigos1.477 a 1.480 do Código Civil de 1916, afirmando que as dívidas de jogo não obrigam a pagamento. Inova com a introdução dos parágrafos 2º e 3º, buscando corrigir

omissão anterior, esclarecendo que é permitida a cobrança oriunda de jogos e apostas legalmente autorizados.

Como é sabido, o jogo explorado por cassinos é proibido pela legislação brasileira, sendo, no entanto, lícito em diversos estados americanos, assim como no Paraguai, Uruguai e em diversos países europeus. A questão a ser debatida, então, diz respeito à possibilidade de cobrança judicial de dívida de jogo contraída por um brasileiro em um cassino que funciona legalmente no exterior.

Não há muitos precedentes acerca do tema. O Supremo Tribunal Federal, antes da EC 45/2004, enquanto competente para homologação de sentenças estrangeiras e concessão de exequatur, proferiu decisões monocráticas, no mais das vezes negando a concessão da ordem, sob o entendimento de que a cobrança de dívida de jogo atenta contra a ordem pública, sendo os jogos de azar considerados contravenção penal.

Durante a Presidência do Ministro Marco Aurélio Mello, entre 2001 e 2002, houve mudança significativa na orientação daquela Corte, destacando-se o seguinte trecho de seu voto na CR 9970/EU:

> *"(...)*
>
> *O Requerido contraiu, nos Estados Unidos da América do Norte, obrigação de satisfazer a quantia de quatrocentos e setenta mil dólares em prestações sucessivas, havendo honrado o compromisso somente no tocante a cinquenta e cinco mil dólares. A origem do débito mostrou-se como sendo a participação em jogos de azar, mas isso ocorreu nos moldes da legislação regedora da espécia. No país em que mantida a relação jurídica, o jogo afigura-se como diversão pública propalada e legalmente permitida. Ora, norma de de direito in ternacional, situada no mesmo patamar do artigo regedor da eficácia das sentenças estrangeiras, revela que ´para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á lei do país em que se constituírem`- cabeça do artigo 9º da Lei nº de Introdução ao Código Civil. Esse dispositivo apenas é condicionado, quando a obrigação deva ser executada no Brasil, à observância de forma essencial, mesmo assim admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato - § 1º do aludido artigo 9º. Portanto, não cabe,*

no caso, aplicar relativamente a obrigação contraída e objeto de homologação em juízo, o artigo 1.477 do Código Civil, mas ter presente o direito estrangeiro. É certo estar a homologação de sentença estrangeira subordinada à ausência de desrespeito à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. Entretanto, na espécie, não concorre qualquer dos obstáculos. Dos três, todos previstos no artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, o que aqui se faz merecedor de análise é o concernente à ordem pública, porquanto impossível cogitar-se, em se buscando homologação de sentença estrangeira, de afronta a soberania nacional e aos bons costumes, no que envolvem conceitos flexíveis. Ora, sob o ângulo do direito internacional privado, tem-se como ordem pública a base social, política e jurídica de um Estado, considerada imprescindível à própria sobrevivência. É o caso de indagar-se, à luz dos valores em questão: o que é capaz de colocar em xeque a respeitabilidade de nacional: a homologação de sentença estrangeira, embora resultante de prática ilícita no Brasil, mas admitida no país requerente, ou o endosso, pelo próprio Estado, pelo Judiciário, de procedimento revelador de torpeza, no que o brasileiro viajou ao país-irmão e lá praticou o ato que a ordem jurídica local tem como válido, deixando de honrar a obrigação assumida? A resposta é desenganadamente no sentido de ter-se a rejeição da sentença estrangeira como mais comprometedora, emprestando-se ao território nacional a pecha de refúgio daqueles que venham a se tornar detentores de dívidas contraídas legalmente, segundo a legislação do país para o qual viajarem.

(...)

Conclui-se, assim, sob pena de flagrante incoerência, estar o jogo gerador da dívida constante da sentença que se quer homologada em tudo equiparado aos permitidos no solo pátrio. Fora isso, é sofismar; é adotar postura em detrimento da melhor brasilidade; é enveredar por caminho tortuoso; é solapar a respeitabilidade de nossas instituições, tornando o Brasil um país desacreditado no cenário internacional, porque refúgio inatingível de jogadores pouco escrupulosos, no que, após perderem em terras outras, para aqui retornarem em busca da impunidade civil, da preservação de patrimônio que, por ato próprio, de livre e espontânea vontade, em atividade harmônica com a legislação de regência - do país - irmão (artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil) -, acabaram por comprometer. Em última análise, peço vênia ao nobre Ministro Relator para entender que relativamente à obrigação que deu margem à sentença, cumpre observar não o disposto no artigo 1.477 do Código Civil, mas a regra do artigo 9º da Lei de Introdução dele constante, que direciona ao atendimento da legislação do país onde contraída a obrigação. Com isso, afasto algo que não se

> *coaduna com a Carta da Republica, que é o enriquecimento sem causa, mormente quando ligado ao abuso da boa-fé de terceiro, (...)".*

Essa orientação modificou-se com a presidência subsequente, sob o entendimento de que a cobrança de dívida de jogo ofende a ordem pública, inexistindo julgados do Colegiado a partir dos quais se possa afirmar com segurança a tendência da Corte Suprema.

O Superior Tribunal de Justiça também não tem muitos precedentes acerca do caso em debate. No julgamento do REsp nº 606.171/CE, da relatoria do Ministro Menezes Direito, conquanto mantida a possibilidade de cobrança de dívida de jogo contraída no exterior, não foi examinado o mérito da questão. Assim também no julgamento do REsp nº 307.104/DF, da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves.

No julgamento do REsp nº 822.922/SP, foi acolhido o entendimento de ser possível a cobrança dos cheques dados em pagamento de dívida de jogo, considerando sua desvinculação da dívida originária. Eis a ementa:

> *"RECURSO ESPECIAL. DÍVIDA DE JOGO. PAGAMENTO. CHEQUES. AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO.*
>
> *- Dívidas de jogo ou de aposta constituem obrigações naturais. Embora sejam incabíveis, é lícito ao devedor pagá-las.*
>
> *- Se o pagamento é realizado por meio de cheques sem provisão de fundos, admite-se o manejo de ação de locupletamento para cobrá-los, sem que se esbarre na proibição de cobrança de dívida de jogo."*
>
> (REsp 822.922/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/03/2008, DJe 01/08/2008)

E no julgamento do AgRg na CR nº 3.198/US, a Corte Especial entendeu possível a citação de nacional para responder a ação de cobrança de dívida de jogo no exterior:

> *"CARTA ROGATÓRIA - CITAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA DE DÍVIDA DE JOGO CONTRAÍDA NO EXTERIOR - EXEQUATUR*

- POSSIBILIDADE.

- Não ofende a soberania do Brasil ou a ordem pública conceder exequatur para citar alguém a se defender contra cobrança de dívida de jogo contraída e exigida em Estado estrangeiro, onde tais pretensões são lícitas."

(AgRg na CR 3.198/US, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 30/06/2008, DJe 11/09/2008)

O certo é que a questão merece exame a partir da determinação da lei aplicável às obrigações no domínio do direito internacional privado, analisando-se os elementos de conexão eleitos pelo legislador.

O artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (antiga Lei de Introdução ao Código Civil) estabelece, no que se refere às obrigações, duas regras de conexão, associando a lei do local daconstituição da obrigação com a lei do local da execução.

No caso em debate, a obrigação foi constituída, como visto, nos Estados Unidos da América, devendo incidir o "caput" do referido dispositivo segundo o qual deve ser aplicada a lei do país em que a obrigação foi constituída, já que não incide o segundo elemento de conexão. Sob essa perspectiva, a lei material aplicável ao caso é a americana, mais especificamente a do Estado de Nevada.

A incidência do direito alienígena está limitada, porém, pelas restrições do artigo 17 da LINDB, que retira a eficácia de atos e sentenças que ofendam a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Assim, a possibilidade de cobrança de dívida de jogo contraída no exterior está diretamente relacionada com referidos limites, a seguir analisados.

É de se ver que o meio social e o ordenamento jurídico brasileiros não consideram atentatórios aos bons costumes os jogos de azar, seja porque

diversos deles são autorizados no Brasil, como loterias, raspadinhas, sorteios e corridas de cavalo, seja porque o artigo 814 do Código Civil estabelece que não se pode recobrar a quantia que voluntariamente se pagou a título de dívida de jogo ou aposta.

Por outro lado, não ofende a soberania nacional a cobrança de dívida de jogo, visto que a concessão de validade a negócio jurídico realizado no estrangeiro não retira o poder do Estado em seu território e nem cria nenhuma forma de dependência ou subordinação a outros Estados soberanos.

A questão mais controversa é relativa à ordem pública, pois é com base nessa restrição que a maior parte das decisões proferidas obsta a cobrança de dívidas contraídas no exterior.

O ordem pública é conceito mutável, atrelado à moral e a ordem jurídica vigente em dado momento histórico. Não se trata de uma noção rígida, mas de um critério que deve ser revisto conforme a evolução da sociedade, procurando-se certa correspondência entre a lei estrangeira e o direito nacional. Veja-se, a propósito, a doutrina de Maria Helena Diniz:

> *"(...)*
>
> *A ordem pública, por ser um critério axiológico, caracteriza-se pela sua apreciação em conformidade com o forum no momento atual. Como a noção de ordem pública é ambígua, imprecisa e variável no tempo e no espaço, ao órgão judicante caberá, caso por caso, averiguar se a ordem pública está ou não em jogo.* ***Será necessário verificar se há entre a lei nacional e a estrangeira a ser aplicada um mínimo de equivalência.*** *(...)". (in: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 457)*

Nessa perspectiva, existem atualmente no Brasil diversos jogos de azar legalizados, os quais em nada se diferenciam dos jogos estimulados nos cassinos, como ressalta o Ministro Marco Aurélio Mello em seu precitado voto:

> *"A antinomia, na hipótese, é flagrante: a proibição de antigamente contrasta com a habitualidade dos jogos patrocinados pela Administração Pública (em todas as esferas - federal, estadual e municipal) porque somente aos mais cínicos é possível diferenciar os azares da roleta dos reluzentes números - anunciados até pela mídia, em propaganda explícita de incentivo, na maioria das vezes de reconhecida qualidade - relacionados com loterias, bingos, ´raspadinhas` e outros concursos de igual jaez, nos quais também se manipula e explora o contexto de esperança num possível revés da sorte" (CR 9970/EU).*

Há, portanto, equivalência entre a lei estrangeira e o direito brasileiro, pois ambos permitem determinados jogos de azar, supervisionados pelo Estado, sendo quanto a esses, admitida a cobrança. Não se vislumbra, assim, resultado incompatível com a ordem pública.

Vale assinalar, no ponto, que a vedação contida no artigo 50 da Lei de Contravenções Penais diz respeito à exploração de jogos não legalizados, o que, como visto, não é o caso dos autos. Veja-se o seguinte trecho da sentença:

> *"(...)*
>
> *Nesse sentido, verifico presente nos autos situação em que a referida dívida refere-se a jogo operado dentro dos limites legais locais. Com efeito, o débito contraída (sic) em estabelecimento regularmente constituído com o objetivo de exploração da atividade de apostas, em local que a autoriza e que possui ampla legislação que tutela a cobrança de débitos dela advindos pelo meio jurisdicional. Note-se,* ***nesse sentido, o capítulo 463 dos Nevada Revised Statutes que regulamenta a matéria de forma minuciosa e que não deixa dúvidas de que trata de uma atividade operada no âmbito legal dos Estados Unidos da América,*** *de forma que o referido jogo se equivale, no Brasil, à prática autorizada de apostas em loterias federais. Portanto, inexistente atividade de jogos à margem da lei local, não há de se falar em afetação à ordem pública brasileira, de forma que a cobrança é juridicamente possível" (fl. 326, e-STJ).*

Por outro lado, o Código Civil atual, em seus artigos 884 a 886, veda expressamente o enriquecimento sem causa. Assim, a matéria relativa à ofensa da ordem pública deve ser revisitada também sob as

luzes dos princípios que regem as obrigações na ordem contemporânea, isto é, a boa-fé e a vedação do enriquecimento sem causa. Confira-se, a propósito, a lição de Flávio Tartuce:

> *"De acordo com o Código Civil Contemporâneo, concebido na pós-modernidade e de acordo com os ditames sociais e éticos, não se admite qualquer conduta baseada na especulação, no locupletamento sem razão. Desse modo, o enriquecimento sem causa constitui fonte obrigacional, ao mesmo tempo em que a sua vedação decorre dos princípios da função social das obrigações e da boa-fé objetiva".* (in : Direito Civil, v.2: direito das obrigações e responsabilidade civil.10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, pág. 33)

Com efeito, aquele que visita país estrangeiro, usufrui de sua hospitalidade e contrai livremente obrigações lícitas não pode retornar a seu país de origem buscando a impunidade civil. A lesão à boa-fé de terceiro é patente, bem como o enriquecimento sem causa, motivos esses capazes de contrariar a ordem pública e os bons costumes.

Conclui-se, portanto, que o pedido é juridicamente possível e não ofende a ordem pública, os bons costumes e a soberania brasileira. Ademais, deve ser aplicada, no que respeita ao direito material, a lei americana.

Quanto à alegação do recorrente de que o recorrido teria renunciado à aplicação do direito norte-americano, não merece acolhida.

Em primeiro lugar, conforme se extrai da sentença, os dispositivos legais enunciados na petição inicial dizem respeito a aspectos processuais, visto que a legislação processual aplicável é a brasileira (art. 88, I, do CPC/1973). Por outro lado, não pode a parte unilateralmente alterar a legislação aplicável quando lhe convier. E, na hipótese, o recorrido afirma expressamente a incidência da legislação americana, ressaltando que no corpo dos títulos está escrito *"Reconheço ainda que, sob as leis de Nevada, este instrumento é idêntico a um cheque pessoal (...)"* (fl. 272, e-STJ). Assim, não há falar em renúncia à legislação estrangeira.

Vale transcrever trecho do acórdão recorrido que bem soluciona a questão:

> *"(...)*
>
> *Note-se que a cobrança judicial do débito, perante a Justiça brasileira, de forma alguma implica renúncia às normas americanas, seja porque a regência daquele ordenamento é corolário da soberania do Estado que o constituiu (portanto, irrenunciável), seja porque o dispositivo supracitado, de natureza cogente, determina peremptoriamente a aplicação do direito estrangeiro, pouco importando a vontade dos interessados" (fl. 521, e-STJ).*

3. Da violação dos arts. 42 e 64 do Código de Processo Civil de 1973 - Julgamento por órgão absolutamente incompetente

Sustenta o recorrente que a apelação e os subsequentes embargos de declaração foram julgados pela Décima Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, órgão absolutamente incompetente para o julgamento de ações de cobrança de dívida de jogo, matéria de competência residual da Primeira a Décima Câmara da Seção de Direito Privado do Tribunal paulista.

Para se constatar se houve julgamento do recurso por órgão incompetente e se, no caso, a competência é absoluta, seria necessário examinar a competência interna da Corte estadual a qual está assentada em Resolução (item I.37,I, do artigo 5º da Resolução n. 623/2013 - fl. 557, e-STJ) e no seu Regimento Interno, normas que não se revestem da qualidade de lei federal, o que veda seu conhecimento em recurso especial.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM FACE DE ACÓRDÃO QUE MANTÉM DECISÃO DE INDEFERIMENTO DE MEDIDA LIMINAR. RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. SÚMULA*

280/STF. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR. AUSÊNCIA. REVISÃO. SÚMULAS 7/STJ E 735/STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Nos termos da jurisprudência desta Corte, ´é inviável, na instância especial, a análise de competência interna de Tribunal de Justiça, bem como o exame do respectivo regimento interno. Incidência das Súmulas n. 280 e 399 do STF` (STJ, AgRg no AREsp 100.117/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe de 27/05/2013).

II. No caso dos autos, busca a parte agravante reformar a decisão que indeferiu medida liminar, ao fundamento de que estariam presentes os requisitos legais para a sua concessão.

III. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ´esta Corte, em sintonia com o disposto na Súmula nº 735 do STF (Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar), entende que, via de regra, não é cabível recurso especial para reexaminar decisão que defere ou indefere liminar ou antecipação de tutela, em razão da natureza precária da decisão, sujeita à modificação a qualquer tempo, devendo ser confirmada ou revogada pela sentença de mérito. Apenas violação direta ao dispositivo legal quedisciplina o deferimento da medida autorizaria o cabimento do recurso especial, no qual não é possível decidir a respeito da interpretação dos preceitos legais que dizem respeito ao mérito da causa` (STJ, AgRg no AREsp 685.260/MT, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 22/06/2015).

IV. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 362.927/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 30/03/2016 - grifou-se)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO. TURMA ESPECIALIZADA. RESOLUÇÃO N.º

36/2004 DO TRF DA 2ª REGIÃO. NÃOENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. SÚMULA 399/STF POR ANALOGIA.

1. Não há a apontada violação ao art. 535 do CPC. É que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art.93, inc. IX, da Constituição da República vigente.

2. O entendimento firmado no acórdão recorrido está vinculado ao exame da competência interna das Turmas Especializadas do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, sendo imprescindível para a verificação da controvérsia a interpretação das normas internas daquele Tribunal, mormente a Resolução nº 36/2004 do TRF da 2ª Região, bem como seu regimento interno, a fim de se avaliar a competência de cada um de seus órgãos, descabendo a esta Corte Superior a análise de vulneração a atos normativos, como resoluções de Tribunais, por não enquadrarem-se tais atos no conceito de lei federal a que faz alusão o art. 105, III, ´a`, da Constituição Federal de 1988. Incidência da Súmula 399/STF, por analogia.

3. Não cabe a esta Corte Superior de Justiça analisar a competência interna dos Tribunais.

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 194.594/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 25/09/2012)

4. Da violação dos arts. 283, 284 e 365, § 2º, do Código de Processo Civil de 1973 - Necessidade de juntada dos vales originais

Afirma o recorrente ser indispensável a juntada dos títulos no original, mormente tendo o Tribunal estadual reconhecido que houve

preenchimento posterior dos vales pelo recorrido. Assevera ser incoerente a admissão de que os títulos foram completados após constituídos sem se reconhecer a possibilidade de terem sido fraudados.

Ressalta, ademais, que os títulos podem ser cedidos ou endossados, motivo pelo qual os originais devem acompanhar a inicial, sendo documentos indispensáveis à propositura da ação.

Cumpre assinalar, em primeiro lugar, que o recorrente afirma todo o tempo que os documentos acostados aos autos não são cheques, mas apenas vales, razão pela qual mostra-se contraditória a alegação de que podem ser cedidos ou endossados. É preciso acrescentar, de todo modo, que não se está diante de uma execução, mas sim de uma ação monitória, em que os documentos não ostentam qualidade de título executivo.

Por outro lado, como se observa da réplica, o recorrido se prontificou a juntar os documentos originais:

> *"(...)*
>
> *A propósito, Excelência, se a preocupação do embargante é se o embargado possui ou não os cheques originais, insta salientar que o embargado não se olvidou do que estabelece o Artigo 365 e seguintes do CPC. Basta observar que nas imagens digitalizadas dos documentos, que foram devidamente traduzidos e registrados, consta tanto no anverso como no verso, para que não reste dúvidas quanto a integralidade os documentos. Os documentos digitalizados são suficientes para instruir o processo, e fazem a mesma prova dos originais.*
>
> *Mas, caso não seja este o entendimento de V. Exa., para que não reste a menor dúvida quanto á questão suscitada, o embargado informa que os originais dos cheques assinados pelo devedor bem como suas traduções estão à disposição deste MM. Juízo, caso V. Exa entenda necessários que os documentos sejam exibidos" (fls. 280/281, e-STJ).*
>
> *Registre-se que o art. 365, § 2º, do CPC/1973 estabelece que "Tratando-se de cópia digital de título executivo extrajudicial ou outro documento relevante à instrução do processo, o juiz poderá determinar o seu depósito em cartório ou secretaria".*

Quanto à necessidade do depósito, assim se manifestou a Corte estadual:

" (...)

Irrelevante se o documento configura cheque, outra espécie de título de crédito ou simples ´vale`, na concepção do apelante. Em se tratando de ação monitória, qualquer desses elementos é admissível, na medida em que consistem em prova escrita sem eficácia de título executivo (art. 1.102-a do CPC).

(...)

Além disso, ***não há indícios de fraude nos títulos cobrados*** *- o que dispensa, inclusive, a juntada dos originais. De fato, neles, restou consignada a possibilidade de preenchimento posterior de alguns itens - dentre eles, a data (vide fls. 69, 71, 73, 75, 77, 79, 81, 83, 85 e 87). A própria legislação brasileira, aliás, autoriza essa complementação (art. 16 da Lei nº 7.357/85), desde que feita em consonância com o acordado pelas partes. E, no caso, conforme referido em sentença (fl. 323), as datas dos ´vales` (14 a 16 de março de 2011) são compatíveis com a da viagem do apelante (dia 10 desse mês - fl. 111, item 16.) - a afastar a má-fé do credor.*

Assim, o fato de o título de nº 71168931 ter sido possivelmente preenchido em momento posterior (afinal, em anterior ação de cobrança, dele não constava a data de emissão - fl. 162) não o compromete como instrumento hábil para cobrança da dívida nele estampada. E o só fato dessa ação ter sido extinta por desistência da credora não indica, no contexto apresentado, possível adulteração dos títulos - inegavelmente assinados pelo apelante. Aliás, a desistência antes da citação é faculdade do autor, sem necessidade de justificativas, como ocorrido (fls. 183/186).

Enfim, por qualquer ângulo que se analise a questão, verifica-se a regularidade da dívida, de modo que o devedor não se dá, agora, se esquive de honrar o compromisso" (fls. 522/523, e-STJ - grifou-se).

Nesse contexto, como a juntada dos originais de documento digital depende de determinação judicial e, no caso dos autos, tanto o juiz de primeiro grau como a Corte estadual dispensaram a providência, dada a ausência de indícios de vício, não resta comprovada a violação do art. 365, § 2º, do CPC/1973.

Ir além, para concluir pela existência de indícios de vício na constituição dos títulos, demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na censura da Súmula nº 7/STJ.

Deixa-se consignado, por fim, que mesmo se tratando de cambiais que aparelham execução, é possível o preenchimento posterior por credor de boa-fé (Súmula nº 387/STF).

Sobre o tema:

> *"RECURSO ESPECIAL. DIREITO ECONÔMICO E COMERCIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO. NOTA PROMISSÓRIA. EMISSÃO EM REAL. PADRÃO MONETÁRIO VIGENTE, CRUZEIRO REAL. LEI UNIFORME DE GENÉBRA. VENCIMENTO DO TÍTULO. NOVA MOEDA. URV/REAL, MOEDA EM CIRCULAÇÃO NO PAÍS. VALIDADE. LEI 8.880/94, PROGRAMA DE ESTABILIZAÇÃO ECONÔMICA E SISTEMA MONETÁRIO NACIONAL. SÚMULA 387/STF. RECURSO DO BANCO PROVIDO, PREJUDICADO O DOS EMBARGANTES-DEVEDORES.*
>
> *1. Discute-se a validade de nota promissória emitida em 19/jun/94, com vencimento para 16/dez/94, quando já estaria em pleno curso a nova unidade monetária do país, onde utilizou-se o padrão monetário Real, doze dias antes da efetiva emissão dessa nova moeda (1º/jul/94).*
>
> *2. A Lei 8.880, de 27 de maio de 1994, que dispõe ´sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional`, instituindo a Unidade Real de Valor (URV), prevê várias exceções, permitindo a utilização de expressão monetária em URV, antes da emissão e circulação da nova moeda, favorecendo a transição entre a moeda então em curso no país, o cruzeiro real, a ser retirada de circulação, e aquela a ser adotada, a URV, com a denominação de Real.*
>
> *3. In casu, como a nota promissória era representativa de obrigação pecuniária a ser liquidada em prazo superior a trinta dias, deveria o título ser ´obrigatoriamente, expresso (s) em URV`, conforme o art. 10 da Lei8.880/94.*
>
> *4. Ademais, inexistiu prejuízo para os devedores, em se fazer referência à nova moeda,*

ao invés da URV, na medida em que a própria legislação prevê ser o Real a mesma URV (v. Art. 2º: ´A URV será dotada de poder liberatório, a partir de sua emissão pelo Banco Central do Brasil, quando passará a denominar-se Real`).

5. Mesmo no caso de o título ter sido emitido com omissões ou em branco, poderia ser completado pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto, segundo a Súmula 387/STF: ´A cambial emitida ou aceita com omissões, ou em branco, pode ser completada pelo credor de boa-fé antes da cobrança ou do protesto.`

6. Tem-se, então, que foram observadas as disposições do art. 75 da Lei Uniforme de Genébra - LUG, quanto aos requisitos das notas promissórias, com destaque para a previsão de que venha a ser pago em valor certo.

7. Recurso especial do banco provido e prejudicado o recurso especial dos embargantes.

(REsp 701.711/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 01/08/2014 - grifou-se)

5. Da violação dos arts. 337 do Código de Processo Civil de 1973 e dos arts. 9º e 17 da Lei nº de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) - Necessidade de comprovação do direito estrangeiro e violação da ordem pública

Afirma o recorrente que no caso de se entender que é o direito americano que rege a pretensão do recorrido, cabia a ele provar o direito estrangeiro, ônus do qual não de desincumbiu. Deveria demonstrar a licitude de quaisquer jogos de azar, a licitude do jogo que deu origem aos 5 (cinco) "vales", a licitude das cópias dos vales, tudo de acordo com a legislação do Estado de Nevada/EUA.

Ressalta, de todo modo, que ainda que demonstrada a licitude dos jogos de azar e dos 5 (cinco) "vales" que instruem a inicial, a demanda seria impossível, pois viola a ordem pública e a soberania brasileiras, nos termos do artigo 17 da LINDB.

No que respeita à prova do direito estrangeiro, esta foi trazida aos autos, como se depreende dos seguintes trechos da sentença:

> *"(...)*
>
> *No que se refere à legislação do Estado de Nevada, verifico que* ***o documento acostado aos autos atende o disposto no artigo citado 463.368 (1) do Nevada Revised Statutes.*** *Trata-se de instrumento de crédito, posterior á data de 1º junho de 1983 e que representa dívida contraída pelo requerido diante da requerida.*
>
> *(...)*
>
> *Também afirma o autor que o documento teria sido adulterado. Ocorre que tal alegação cinge-se à data nele aposta, a qual, segundo o requerido, teria sido preenchida unilateralmente pelo requerente.* ***Trata-se, entretanto, de possibilidade abarcada pelo Estado de Nevada, a qual afirma no art. 463.368 (2), que pessoa autorizada ´pode preencher o instrumento conforme seja necessário para que o instrumento seja apresentado para pagamento`****, e com o qual o autor expressamente concordou, eis que no próprio corpo do título de crédito consta que o requerente ´autorizo[a] o favorecido a completar qualquer dosseguintes itens faltantes neste instrumento: o nome do favorecido; quaisquer valores faltantes; data (...)` (g.n.).*
>
> *(...)*
>
> *Nesse sentido, verifico presente nos autos situação em que a referida dívida refere-se a jogo operado dentro dos limites legais locais. Com efeito, o débito contraída (sic) em estabelecimento regularmente constituído com o objetivo de exploração da atividade de apostas, em local que a autoriza e que possui ampla legislação que tutela a cobrança de débitos dela advindos pelo meio jurisdicional. Note-se, nesse sentido, o capítulo* ***463 dos Nevada Revised Statutes que regulamenta a matéria de forma minuciosa e que não deixa dúvidas de que trata de uma atividade operada no âmbito legal dos Estados Unidos da América****, de forma que o referido jogo se equivale, no Brasil, à prática autorizada de apostas em loterias federais. Portanto, inexistente atividade de jogos à margem da lei local, não há de se falar em afetação à ordem pública brasileira, de forma que a cobrança é juridicamente possível" (fls. 321/326, e-STJ).*

É preciso esclarecer, ademais, que o artigo 337 do CPC/1973 estabelece que a prova do direito estrangeiro deve ser feito "se assim o determinar o juiz". Nesse contexto, se o juiz entendeu suficiente os documentos comprobatórios acostados aos autos para decidir a lide, não há falar em violação do artigo referido.

Relativamente à violação dos arts. 9º e 17 da LINDB, a matéria já foi abordada no item 2.

6. Da violação dos arts. 206, § 3º, IV, do Código Civil e 61 da Lei do Cheque - Prescrição

Sustenta o recorrente que a pretensão está prescrita, visto que, prescrevendo a ação executiva de título de crédito, a ação monitória ajuizada deve obedecer o prazo da ação de enriquecimento de 3 (três) anos. Assim, se os títulos foram constituídos em 14.3.2010, como alegou o recorrido em anterior ação de cobrança, estariam prescritos em março de 2013. E, caso constituídos em 14.3.2011, assim mesmo teria havido a prescrição, pois a ação foi ajuizada em 22.11.2013, mas a citação ocorreu apenas em 2.5.2014, após decorridos os 3 (três) anos.

Afirma que a prescrição não retroagiu à data da propositura da ação, pois não houve a prorrogação por noventa dias.

Aduz, de outra parte, ser aplicável à hipótese o artigo 61 da Lei nº 7.357/1985, que prevê o prazo de 2 (dois) anos para o ajuizamento de ação de enriquecimento sem causa em vista de cheque prescrito.

Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte, sedimentada em recurso repetitivo, a ação monitória fundada em cheque prescrito está subordinada ao prazo de 5 (cinco) anos, previsto para a cobrança de dívidas líquidas. Confira-se:

> *"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO MONITÓRIA APARELHADA EM CHEQUE PRESCRITO. PRAZO*

QUINQUENAL PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO. INCIDÊNCIA DA REGRA PREVISTA NO ART. 206, § 5º, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil:"O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de cheque sem força executiva é quinquenal, a contar do dia seguinte à data de emissão estampada na cártula".

2. Recurso especial provido."

(REsp 1.101.412/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/12/2013, DJe 03/02/2014)

Nas hipóteses de ação monitória com base em outros documentos representativos de dívida líquida, o prazo prescricional é também de 5 (cinco) anos.

Nessa linha:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE MÚTUO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 206, § 5º, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. IMPROVIMENTO.

1.- Aplica-se a prescrição quinquenal, prevista na regra do art. 206, § 5º, I, do Código Civil de 2002, às ações de cobrança em que se requer pagamento de dívida líquida constante de instrumento particular de natureza pessoal.

2.- Aplicação da regra de transição acerca da prescrição, considerando-se interrompido o prazo na data do início da vigência do Código Civil de 2002 (11/01/2003) e passando a fluir, desde então, a prescrição quinquenal do novo estatuto civil.

3.- Agravo Regimental improvido."

(AgRg no AREsp 420.703/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 09/12/2013)

Nesse contexto, por qualquer ângulo que se veja a questão, o aresto recorrido, ao aplicar o prazo quinquenal, está em consonância com a jurisprudência desta Corte, incidindo, na espécie, a Súmula nº 83/STJ.

7. Da violação do art. 330 do Código de Processo Civil de 1973 e dos arts. 476 e 940 do Código Civil - Do cerceamento de defesa - Não comprovação da disponibilidade do crédito - Cobrança indevida.

Afirma o recorrente que em ação monitória é obrigatória a exposição dos fatos constitutivos do crédito pretendido. Ressalta ser inverossímil a concessão de um crédito de US$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares) a um procurador aposentado, sem a exigência de garantia. Nega, ademais, a utilização de referidos valores.

Insiste que o recorrido pretende receber valores manifestamente indevidos, pois cobra uma dívida que sabe não existir, que decorre de documentos que, "ao que tudo indica, foram adulterados" e que sabe ser inexigível no Brasil.

Sustenta, ainda, que o julgamento antecipado da lide implicou cerceamento de defesa, pois a produção de provas oral e pericial era imprescindível para comprovar não ter usufruído do crédito cobrado, o qual, ademais, foi constituído de forma fraudulenta. Ressalta que as cópias dos títulos acostadas aos autos podem ter sido adulteradas, haja vista que em ação anterior, em que houve pedido de desistência por parte do recorrido, o título nº 71168931 não ostentava data alguma, enquanto que na cópia juntada a esta ação a data de emissão foi preenchida como sendo 14.3.2011.

Assevera que foi levado pelo recorrido, em momento de cansaço, a assinar diversos documentos, dentre eles uma "autorrestrição", visando garantir que fosse seu jogador exclusivo. Referido documento permitia que jogasse sem nada perder, mas também sem nada ganhar. Entretanto, o documento teria ficado retido no cassino, fato que pretende comprovar com a produção de prova oral.

As alegações do recorrente no sentido de que o julgamento antecipado da lide lhe tolheu o direito de defesa merece acolhida.

É certo que a mera afirmação de que os documentos foram adulterados não é capaz de infirmar a conclusão das instâncias de origem no sentido da inutilidade da realização de prova pericial, tendo em vista a previsão constante dos títulos e da legislação estrangeira de que poderiam ser preenchidos posteriormente:

> *"(...)*
>
> *Também afirma o autor que o documento teria sido adulterado. Ocorre que tal alegação cinge-se à data nele aposta, a qual, segundo o requerido, teria sido preenchida unilateralmente pelo requerente. Trata-se, entretanto, de possibilidade abarcada pelo Estado de Nevada, a qual afirma no art. 463.368 (2), que pessoa autorizada ´pode preencher o instrumento conforme seja necessário para que o instrumento seja apresentado para pagamento`, e com o qual o autor expressamente concordou, eis que no próprio corpo do título de crédito consta que o requerente ´autorizo[a] o favorecido a completar qualquer dos seguintes itens faltantes neste instrumento: o nome do favorecido; quaisquer valores faltantes; data (...)`(g.n)*
>
> *Por fim, note-se que a data aposta aos documentos (14/03/2011) é compatível com o relato do próprio requerente, eis que afirma que chegou a Las Vegas no dia 10/03/2011 (fl. 111). Quanto aos demais elementos dos documentos, apenas impugnando-os especificamente poderia haver sua análise e acolhida por esse juízo"(fls. 322/324, e-STJ).*

Também a assertiva de que teria assinado equivocadamente diversos documentos, em momento de cansaço, não convence acerca da necessidade de abertura da fase probatória, pois não se coaduna minimamente com o quadro fático delineado nos autos, que retrata uma jogador experiente, acostumado a participar de jogos em cassinos no exterior e, portanto, familiarizado com os procedimentos ali utilizados, além de conhecedor do sistema jurídico e das implicações em assinar documentos representativos de dívida.

Porém, o contexto em que deferido o crédito, em valor vultoso, US$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares), sem a exigência de garantias,

merece maior aclaramento, especialmente no caso do recorrente, jogador que aparentemente já havia contraído dívidas junto a outro cassino, o Trump Taj Mahal, como sugere a CR 10.416, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal.

Sob essa perspectiva, ainda que se trate de processo monitório, deve ser permitido ao recorrente demonstrar que jogava com um crédito "ficto", conforme alega, haja vista a autorrestrição que teria assinado.

Nesse contexto, os autos devem retornar às instâncias de origem para que se reabra a instrução do processo a fim de que o recorrente produza a defesa nos termos consignados.

9. Do dispositivo

Com essas considerações, conheço em parte do recurso e, nessa parte, dou-lhe parcial provimento para que se reabra a instrução probatória, nos termos da fundamentação.

É o voto.

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de recurso especial interposto por CARLOS EDUARDO DE ATHAYDE BUONO, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acordão do TJ/SP.

Ação: monitória, ajuizada por WYNN LAS VEGAS LLC, em que é cobrada a quantia equivalente a US$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares americanos), em razão da emissão de cheques pelo recorrente na cidade de Las Vegas, no Estado de Nevada, dos Estados Unidos da América.

Sentença: julgou procedente o pedido para condenar o recorrente ao pagamento da quantia requerida, convertida à taxa de câmbio da data da contratação (14/03/2011).

Acórdão: em apelação interposta pelo recorrente, o TJ/SP negou provimento ao recurso, em julgamento assim ementado:

> CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTÊNCIA Oitiva de testemunhas, novos documentos e perícia Provas inúteis.
>
> PRESCRIÇÃO Dívida líquida constante de instrumento particular Prazo quinquenal (art. 206, § 5º, I, do Código Civil) Preliminar rejeitada.
>
> MONITÓRIA Cheques emitidos em favor de cassino norte-americano Prova escrita sem eficácia de título executivo Dívida de jogo, de cobrança vedada no Brasil Irrelevância Débito adequado às normas do país em que constituído Art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Sentença mantida Recurso desprovido.

Embargos de declaração: opostos pelo recorrente, foram rejeitados pelo TJ/SP.

Recurso especial: alega a existência de violação aos seguintes dispositivos da legislação federal: arts. 42, 64, 330, 365, § 2º, 337, 535, II, e 814 do CPC/73; art. 50 da Lei 3.688/41; art. 17 da LINDB; arts. 476, 203, § 3º, e 940 do CC/02; e art. 51 da Lei do Cheque.

O recurso foi levado a julgamento na sessão de 13/12/2016 e, após o voto do Ministro Relator, solicitei vistas dos autos.

Nos termos do voto do e. Ministro Relator, a controvérsia em julgamento não seria capaz de ofender a ordem pública brasileira, mesmo se tratando da cobrança de dívida de jogo. Haveria, na hipótese, equivalência entre a lei estrangeira e a ordenamento jurídico pátrio, pois ambos permitiriam alguns tipos de jogos de azar supervisionados pelo Estado.

Ainda de acordo com o voto do e. Relator, não haveria cerceamento de defesa no julgamento antecipado da lide, pois – seguindo jurisprudência desta Corte – os órgãos da jurisdição ordinária entenderam pela desnecessidade da produção da prova solicitada pelo recorrente.

Ressalte-se que, quanto à suposta violação aos arts. 42 e 64 (julgamento por órgão incompetente), art. 535, II, do CPC/73 (omissão no acórdão recorrido), arts. 206, § 3º, IV, do CC/02 e 61 da Lei do Cheque (prescrição), arts. 476 e 940 doCC/02 (cobrança indevida), não há divergência com o voto do e. Ministro Relator.

É O RELATÓRIO.

I – Preliminar: do não cabimento da cobrança

Ficou evidenciado nos autos que a dívida cobrada foi originada da participação do recorrente em jogo de cartas realizado no cassino mantido pela recorrida em cidade norte-americana. Cumpre analisar, assim, se dívida dessa natureza pode ser exigida perante o Poder Judiciário brasileiro.

I.a – Sobre a ordem pública

Por se tratar de obrigação constituída em território estrangeiro, aplica-se à controvérsia em discussão o disposto nos arts. 9º e 17 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/42), segundo os quais as obrigações são regidas pelas normas do país em que foram constituídas e essas obrigações são exigíveis em território brasileiro somente quando não ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Na hipótese dos autos, portanto, a lei de regência da obrigação cujo adimplemento é exigido judicialmente deve ser aquela do ordenamento jurídico estadunidense, em particular, do Estado de Nevada. No entanto, a lei estrangeira somente pode ser observada em território nacional se não representar uma violação da **ordem pública** brasileira.

Em questões relacionadas a direito internacional privado, como a controvérsia dos autos, esse conceito tem a função de afastar o direito estrangeiro quando estiver em desacordo com o ordenamento jurídico pátrio. Conforme a doutrina de HAROLDO VALLADÃO, **a contrariedade à ordem pública se torna um elemento que obsta a eficácia de atos jurídicos praticados no exterior**, *in verbis*:

Denega-se no Brasil, efeito ao direito estrangeiro que choca concepções básicas de foro, que estabelece normas absolutamente incompatíveis com os princípios essenciais da ordem jurídica do foro, fundados nos conceitos de justiça, de moral, de religião, de economia e mesmo de política que ali orientam a respectiva legislação. É uma noção fluida relativíssima que se amolda a cada sistema jurídico, em cada época, e fica entregue à jurisprudência a cada caso (Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1974, v. I, p. 492)

A noção de ordem pública, portanto, tem a fundamental tarefa de **preservar a higidez e a coerência do ordenamento jurídico pátrio** ante a possibilidade de aplicação da lei estrangeira no território brasileiro.

I.b – Da inexigibilidade de dívida de jogo

A cobrança de dívida originada de jogo ou de aposta está positivada no direito brasileiro nos arts. 814 a 817 do CC/02, os quais são expressos em afirmar que as dívidas dessa natureza não obrigam a pagamento, mesmo que seja utilizado qualquer subterfúgio para encobrir a origem da dívida. Portanto, **não há possibilidade de exigir o pagamento da dívida advinda de jogos ou apostas em território brasileiro.**

Aliás, nos termos dos dispositivos transcritos acima, as dívidas originadas de jogo ou apostas somente são exigíveis judicialmente quando tais atividades forem permitidas e regulamentadas, a exemplo das loterias. De outro modo, é vedado ao credor o acesso à Justiça a fim de obter a tutela estatal para satisfação de dívida de jogo ou aposta.

Tornam-se as respectivas dívidas simples "obrigações naturais", que são **inexigíveis** em juízo.

Com fundamento na doutrina de MARIA HELENA DINIZ (**Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Interpretada.** São Paulo: Saraiva, 17ª ed., 2012), afirma-se que, para não haver ofensa à ordem pública brasileira, deve existir um mínimo de equivalência entre a lei nacional e a estrangeira, sob a qual se constituiu a obrigação.

No entanto, como exaustivamente demonstrado acima, não há nenhuma compatibilidade com a ordem pública brasileira a autorização de dívidas originadas em jogos de carta realizados em cassinos. Trata-se de atividade que não está autorizada muito menos regulamentada em nosso ordenamento jurídico, o que **afasta a possibilidade de equivalência entre as ordens jurídicas.**

De todo modo, não há que se falar em abuso da hospitalidade estrangeira, pois ao que tudo indica a situação envolve uma empresa que desenvolve suas atividades com a finalidade de obtenção de lucros. Portanto, não se trata de hospitalidade propriamente dita, mas de atividade econômica organizada, que arrasta consigo inexoravelmente uma pletora de riscos inerentes ao negócio.

Dessa forma, o cidadão brasileiro que possua dívida de jogo autorizado em outro país – mas que é vedado ou não regulamentado no Brasil – permanece sujeito à respetiva jurisdição. Contudo, **ao credor estrangeiro não é permitido o acesso aos tribunais brasileiros para a satisfação de dívida de jogo ou aposta resultante de obrigação constituída fora do território nacional.**

Por fim, apenas para argumentar, a circunstância de o STJ conceder *exequatur* às cartas rogatórias para a citação no Brasil de réu em ação de cobrança de dívida de jogo ajuizada em outro país de modo algum representa – ou pode representar – acesso direto à jurisdição brasileira para a cobrança ou satisfação da dívida de jogo contraída em país estrangeiro.

Trata-se tão somente da prática de ato citatório. Vejam-se os julgados do STF e deste STJ, abaixo colacionados:

> AGRAVO REGIMENTAL EM CARTA ROGATÓRIA. EXAME DE MÉRITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTRANGEIRA. CITAÇÃO. EFEITOS. OFENSA À SOBERANIA NACIONAL OU À ORDEM PÚBLICA. INOCORRÊNCIA. 1. Questões pertinentes ao mérito da carta rogatória. Impossibilidade de análise. Matéria de exame apenas no âmbito da justiça rogante. 2. O mero procedimento citatório não produz qualquer efeito atentatório à soberania nacional ou à ordem pública, apenas possibilita o conhecimento da ação que tramita perante a justiça alienígena e faculta a apresentação de defesa. Agravo regimental a que se nega provimento. (CR 10849 AgR, Relator (a): STF. Tribunal Pleno, julgado em 28/04/2004, DJ 21-05-2004)

> CARTA ROGATÓRIA - CITAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA DE DÍVIDA DE JOGO CONTRAÍDA NO EXTERIOR - EXEQUATUR - POSSIBILIDADE.
>
> - Não ofende a soberania do Brasil ou a ordem pública conceder exequatur para citar alguém a se defender contra cobrança de dívida de jogo contraída e exigida em Estado estrangeiro, onde tais pretensões são lícitas. (AgRg na CR 3.198/US, CORTE ESPECIAL, julgado em 30/06/2008, DJe 11/09/2008)

II – Da ilegalidade no processo monitório

Além da questão da impossibildiade da cobrança, em território brasileiro, de dívida de jogo constituída no exterior, em razão da ofensa à ordem pública, cumpre ainda analisar as possíveis ilegalidades existentes no próprio processo monitório para sua execução forçada.

II.a – Da prova do direito estrangeiro

Para se valer do direito estrangeiro perante os tribunais brasileiros, no entanto, a interessada deve produzir prova do teor e da vigência desse mesmo direito, conforme dispõe o art. 376 do CPC/15 (com mesmo teor do art. 337 do CPC/73).

Diferentemente da lei nacional, que não precisa ser provada, há a necessidade de a parte provar o direito estrangeiro quando este for alegado judicialmente, pois não incumbe ao julgador brasileiro o conhecimento do teor e validade de legislação de outros países. Nessa circunstância, o direito a ser aplicado à lide se converte em uma questão de fato e, dessa maneira, existe o ônus daquele que o invoca em seu benefício de comprovar seu teor e vigência.

Ao analisar a sentença e o acórdão recorrido, percebe-se claramente que o direito estrangeiro foi dado como certo e incontroverso no julgamento, sem qualquer prova de seu teor e validade, o que não é permitido aos julgadores brasileiros.

Desse modo, é patente a violação ao art. 337 do CPC/73, ante a ausência da comprovação do teor e vigência do direito estrangeiro alegado pela recorrida.

II.b – Do cerceamento de defesa

É dever do magistrado, ao desempenhar sua atividade judicial, atentar-se a todos os aspectos relevantes dos fatos postos a seu julgamento, pois somente assim será possível uma correta aplicação do Direito. Contudo, por natureza o conhecimento humano é parcial e fragmentário. Desse pressuposto exsurge a necessidade da observância do amplo contraditório entre as partes, conforme a dicção do art. 5º, LV, da Constituição, que conferirá ao julgador diversos ângulos para observar a realidade e, assim, alcançar uma decisão justa. E um dos meios inerentes ao contraditório e à ampla defesa é a produção de provas.

Desse modo, impõe-se a instrução probatória quando existir dúvida sobre matéria fática suscitada pelo autor ou pelo réu, cuja demonstração possa produzir efeitos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito material do autor (art. 350 do CPC/15, equivalente ao art. 326 do CPC/73). Obviamente, não necessitam de prova os fatos documentados, os notórios, os confessados, os admitidos como

incontroversos e os legalmente presumidos existentes ou verdadeiros (art. 334, CPC/73). Também se afasta a necessidade de instrução probatória em hipóteses de revelia do réu.

Em razão dessas considerações, a técnica do julgamento antecipado da lide deve ser empregada com toda a cautela possível, considerando que apenas a instrução processual permite que o processo contenha todos os elementos necessários a uma decisão correta. Sobre esse aspecto, mencione-se a doutrina de CÂNDIDO DINAMARCO:

> **A razão pela qual se permite a antecipação do julgamento do mérito é invariavelmente a desnecessidade de produzir provas.** Os dois incisos do art. 330 desmembram essa causa única em várias hipóteses, mediante uma redação cuja leitura deve ser feita com a consciência de que só será lícito privar as partes de provar quando as provas não forem necessárias ao julgamento. **Não se antecipa a decisão do mérito quando ainda faltarem esclarecimentos sobre algum ponto relevante da demanda ou da defesa. Só se antecipa quando nenhuma prova seja necessária – nem pericial, nem oral, nem documental.** (Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. III, p. 555-556. Grifou-se)

Portanto, o julgamento antecipado do mérito pode ser empregado somente quando não houver nenhuma necessidade de produzir provas, isto é, quando não houver nenhum esclarecimento pendente sobre as alegações da pretensão e da defesa. Essa cautela é fundamental, pois a consequência do mau emprego da antecipação do julgamento é, em razão da ofensa ao contraditório e à ampla defesa, a **nulidade da sentença**.

Ainda maior deve ser a cautela com a utilização dessa técnica no processo monitório – que é caracterizado pela cognição sumária –, pois o convencimento do magistrado é calcado somente em prova documental unilateralmente produzida pelo autor. Nesse procedimento, assim, **é imprescindível que a prova documental seja idônea e apta:**

> Deve ser considerado documento hábil a respaldar a pretensão à tutela monitória, aquele produzido na forma escrita e dotado de aptidão

> e suficiência para influir na formação do livre convencimento do juiz acerca da probabilidade do direito afirmado pelo autor, como influiria se tivesse sido utilizado no processo de cognição plena. (ANTÔNIO CARLOS MARCATO. O processo monitório brasileiro. São Paulo, Malheiros, 2ª, ed., 2001, p. 36-64)

Tendo em vista que, no processo monitório, a única modalidade de prova admitida é a prova documental, à luz do art. 700 do CPC/15 (equivalente ao art. 1.102-A do CPC/73), ante a existência de questões acerca da idoneidade da prova apresentada, deve ser franqueada a possibilidade, em sede de embargos, de produção de provas.

Na hipótese dos autos, houve cerceamento da possibilidade de fazer a prova de fatos extintivos e impeditivos do direito da recorrida. Veja-se que as alegações suscitadas pela recorrente são graves e podem modificar ou extinguir o direito pleiteado pela recorrida. Mesmo se tratando de processo monitório, se são suscitadas dúvidas relevantes acerva do documento que instrui a petição inicial, o indeferimento da produção de prova, em sede de embargos, constitui cerceamento à defesa.

Forte nessas razões, pedindo todas as vênias ao i. Ministro Relator, divirjo para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa parte, DAR-LHE PROVIMENTO, com fundamento no art. 255, § 4º, I e III, do RISTJ, para declarar a inexigibilidade, em território nacional, de dívida de jogo de azar não autorizada pelo Poder Público e, se superada essa preliminar, para anular o acórdão recorrido e reabrir a fase instrutória em 1º grau de jurisdição.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO:

WYNN LAS VEGAS LLC (WYNN) ajuizou ação monitória

contra CARLOS EDUARDO DE ATHAYDE BUONO (BUONO), pretendendo a cobrança da quantia equivalente a US$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares norte-americanos), em virtude da emissão de cheques na cidade de Las Vegas, no Estado de Nevada, dos Estados Unidos da América.

A sentença julgou o pedido procedente para condenar BUONO ao pagamento da quantia pleiteada, convertida à taxa de câmbio da data da contratação (14/3/2011).

Inconformado, BUONO interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob o fundamento de que é irrelevante a vedação à cobrança da dívida de jogo no Brasil porque o débito é reconhecido como válido na norma do país em que constituído, nos termos do art. 9º da LINDB, conforme a ementa abaixo transcrita:

> *CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTÊNCIA. Oitiva de testemunhas, novos documentos e perícia Provas inúteis.*
>
> *PRESCRIÇÃO. Dívida líquida constante de instrumento particular. Prazo quinquenal (art. 206, § 5º, I, do Código Civil). Preliminar rejeitada.*
>
> *MONITÓRIA. Cheques emitidos em favor de cassino norte-americano. Prova escrita sem eficácia de título executivo. Dívida de jogo, de cobrança vedada no Brasil. Irrelevância. Débito adequado às normas do país em que constituído. Art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Sentença mantida. Recurso desprovido (e-STJ, fl. 517).*

Contra esse acórdão, BUONO interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, a, da CF, alegando violação dos arts. 42, 64, 330, 365, § 2º, 337, 535, II e 814 do CPC/73; 50 da Lei nº 3.688/41; 9º e 17 da LINDB; 476, 206, § 3º, e 940do CC/02; e, 51 da Lei do Cheque porque **(1)** o acórdão de origem se omitiu sobre os dispositivos legais tidos por violados; **(2)** houve cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento para a produção de provas pericial e oral; **(3)** os títulos

originais não foram juntados aos autos, o que impede demonstrar que eles foram adulterados; **(4)** as cópias dos vales não são válidas uma vez que houve fraude e dolo em sua assinatura; **(5)** o julgamento antecipado da lide implicou cerceamento de defesa; **(6)** a matéria é de competência da subseção de Direito Privado I do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1ª a 10ª Câmaras); **(7)** os títulos originais devem ser juntados para verificar eventual endosso ou cessão; **(8)** houve renúncia ao direito norte-americano, devendo prevalecer a lei local que reputa ilícita a cobrança de dívida oriunda de jogos de azar; **(9)** não foi provado o direito estrangeiro; **(10)** a pretensão está prescrita; **(11)** não foram observados os prazos para apresentação dos cheques; e, **(12)** é necessário demonstrar a causa do negócio jurídico.

O Relator, na sessão de 13/12/2016, proferiu seu voto no sentido de negar provimento ao recurso especial por não vislumbrar ofensa à ordem pública brasileira, pois não há vedação para a cobrança de dívida de jogo diante da equivalência entre a lei estrangeira e o direito brasileiro, já que ambos permitem determinados jogos de azar, supervisionados pelo Estado, sendo quanto a esses admitida a cobrança. Além disso, sustentou que prevalece na análise do caso a vedação ao enriquecimento sem causa e a boa-fé.

A eminente Ministra NANCY ANDRIGHI inaugurou a divergência na sessão de 14/2/2017, alegando, preliminarmente, o não cabimento da monitória sob o fundamento de que a cobrança de dívida fundada em jogo não é permitida pelo direito pátrio e ofende a ordem pública. Nesse sentido, ressaltou que não há nenhuma compatibilidade com a ordem pública brasileira a autorização de dívidas originadas em jogos de carta realizados em cassinos no estrangeiro, o que afasta a possibilidade de equivalência entre as ordens jurídicas.

Após o voto da eminente Relatora, pedi vista antecipada dos autos para melhor análise da questão relativa à impossibilidade de acesso do

credor estrangeiro aos tribunais brasileiros para satisfação de dívida de jogo ou aposta resultante de obrigação constituída fora do território nacional.

Compartilho do entendimento de que o cidadão brasileiro que possua dívida de jogo autorizado em outro país estará sujeito à jurisdição estrangeira, devendo a cobrança ser lá efetivada.

Os documentos que instruíram a monitória submetem a cobrança da dívida à jurisdição de Nevada, nos Estados Unidos da América, local em que constituída a obrigação, consoante se extrai da tradução juramentada dos cheques juntados com a inicial:

> *Reconheço que a dívida pela qual este instrumento é emitido foi incorrida em Nevada; concordo que a lei de Nevada rege a dívida e este instrumento;* ***submeto-me à jurisdição exclusiva de qualquer tribunal, estadual ou federal, em Nevada*** (e-STJ, fls. 69/88).

É certo que o direito postulado é disponível, conferindo ao autor da demanda a possibilidade de renunciar à legislação que o rege, tornando possível, desse modo, submeter sua pretensão ao direito brasileiro.

Mas, ao assim agir, optando pela jurisdição brasileira, o cassino WYNN renunciou à aplicação das leis estrangeiras ao invocar fundamentos obrigacionais do direito brasileiro para embasar sua pretensão. Além disso, deixou de fazer prova do teor e da vigência do direito do local em que constituída a obrigação, conforme determina o art. 376 do Novo CPC (com a mesma redação do art. 337 do CPC/73).

A renúncia à aplicação das leis do Estado de Nevada implica a análise dos pedidos formulados na inicial à luz do direito pátrio, que veda a cobrança de dívidas de jogo ou de aposta, conforme se extrai do texto do art. 814 do CC/02: As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento.

Donde se a causa de pedir se refere à cobrança de dívida de jogo, o pedido é juridicamente impossível, em virtude de vedação expressa do ordenamento jurídico pátrio.

O art. 17 da LINDB preceitua que não terão eficácia no Brasil as leis e os atos de outro país quando ofenderem a ordem pública interna.

JOSÉ RENATO NALINI cita a definição de ordem pública elaborada pelo jurista GIUSEPPE VERGOTTINI:

> *A Ordem Pública é concebida ao mesmo tempo como uma circunstância de fato e como um fim do ordenamento político e estatal e nesse sentido a encontramos na legislação administrativa, policial e penal como sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que disciplinam a dinâmica de um ordenamento (**Comentários ao Novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 280).*

No conceito acima colacionado exsurge clara a ofensa à ordem púbica na hipótese dos autos, pois não só a cobrança de dívida de jogo é vedada no ordenamento brasileiro por norma cogente do art. 814 do CC/02, como o jogo de azar é contravenção penal, conforme disciplina o art. 50 do Decreto-lei nº 3.688/1941. A opção do ordenamento jurídico pátrio foi vedar a cobrança de dívida fundada em prática proibida.

A regra do art. 814 do CC/02 é norma de ordem pública e de interesse social, devendo prevalecer sobre a norma alienígena que permite a exploração de jogos de azar em cassinos e a consequente cobrança de dívidas oriundas dessa atividade. Desse modo, a cobrança de dívidas de jogo ou aposta no Brasil encontra limitação nas normas nacionais de ordem pública.

Nesse sentido, perfilho do entendimento de que a dívida de jogo não autorizado no Brasil ofende a ordem pública, impedindo sua cobrança através dos órgãos jurisdicionais pátrios, sendo permitida, no entanto, a citação do devedor por carta rogatória para que a questão seja julgada pelos tribunais estrangeiros eleitos.

Como bem apontou a eminente Ministra NANCY ANDRIGHI em seu voto divergente, a circunstância de o STJ conceder exequatur às cartas rogatórias para a citação no Brasil de réu em ação de cobrança de dívida de jogo ajuizada em outro país de modo algum representa - ou pode representar - acesso direto à jurisdição brasileira para a cobrança ou satisfação da dívida de jogo contraída em país estrangeiro.

Diante da concessão de exequatur às cartas rogatórias pelo STJ, não vislumbro que atribuir o efeito da inexigibilidade da dívida aqui seria proporcionar o enriquecimento ilícito do devedor, pois remanesce a possibilidade de sua cobrança no local em que a obrigação foi constituída, como contratado.

No caso de ser superada essa preliminar, acompanho a divergência para reconhecer o cerceamento de defesa.

No processo monitório basta que a prova escrita permita ao órgão judiciário deduzir, através de presunção, a existência do direito alegado. No entanto, no caso dos autos, BUONO apresentou relevantes objeções à constituição dos cheques ou vales juntados com a inicial, que nem sequer são documentos originais, para afirmar que não reconhece a dívida neles lançada.

Dessa forma, remanesce dúvida sobre a matéria fática na qual repousa a pretensão, existindo a necessidade de produção de provas no juízo de origem.

Por derradeiro, no que se refere às demais violações da lei federal sobre (1) julgamento por órgão incompetente (arts. 42 e 64 do CPC/73); (2) omissão no julgado da origem (art. 535, II, do CPC/73); (3) prescrição (art. 206, § 3º, IV, do CC/02 e art. 61 da Lei nº 7.357/1985); e, (4) cobrança indevida (arts. 476 e 940 do CC/02), acompanho o eminente Ministro Relator.

Nessas condições, pelo meu voto, rogando vênia ao eminente Relator, cujo voto traz brilhante e bem fundamentada posição jurídica, acompanho a divergência inaugurada pela eminente Ministra NANCY ANDRIGHI para **CONHECER EM PARTE** do recurso especial e, nessa parte, **DAR-LHE PROVIMENTO** para declarar a inexigibilidade, em território nacional, de dívida de jogo de azar não autorizado pelo Poder Público. Na hipótese de ser ultrapassada a questão preliminar, acompanho a divergência para anular o acórdão recorrido e reabrir a fase instrutória em primeiro grau de jurisdição.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Cuida-se de recurso especial interposto por Carlos Eduardo de Athayde Buono fundamentado na alínea a do permissivo constitucional, no qual se aponta a violação dos arts. 42, 64, 330, 365, § 2º, 337, 535, II, e 814 do CPC/1973; 50 da Lei de Contravencoes Penais (Lei n. 3.668/1941); 9º e 17 da LINDB; 206, § 3º, 476 e 940 do CC/2002 e 61 da Lei do Cheque.

A par da alegação de omissão quanto a dispositivos legais tidos como violados, sustenta o recorrente a impossibilidade jurídica do pedido, consubstanciada na pretensão de cobrança de "vales" decorrentes de dívida de jogo, que teria sido contraída no estabelecimento da recorrida Wynn Las Vegas LLC, localizado no Estado de Nevada nos Estados Unidos da América. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro, além de não admitir a cobrança de dívidas de jogos de azar, ainda prescreve essa atividade como contravenção penal.

Afirma ainda a existência de nulidades do processo, principalmente, em virtude do julgamento antecipado da lide quando havia o pleito de produção de prova oral com intuito de demonstrar a existência de fraude e dolo na emissão dos referidos "vales", bem como de ausência de juntada dos documentos originais. Acrescenta que a juntada pretendida é imprescindível diante da possibilidade de circulação dos referidos títulos, além de aventar a possibilidade de alteração quanto aos termos de seu preenchimento.

Ademais, acaso compreendidos os documentos como cheque, tal qual sustentado pela recorrida, o prazo prescricional de dois anos estaria consumido, inviabilizando a pretensão da ação monitória.

Em substancioso voto, o Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva concluiu por negar provimento ao recurso especial. Em apertada síntese, partindo do texto do art. 814, § 2º, do atual Código Civil, que, diferentemente do Código Civil revogado, admite a cobrança de dívida de jogo lícito, assevera S. Excelência que, contraída a dívida em local estrangeiro, onde os jogos são lícitos e regulamentados pelo Estado, a dívida deve ser reconhecida em território nacional, nos termos dos arts. 9º e 17 da LINDB. Assim, afasta-se a alegação de violação à ordem pública nacional.

Quanto às questões processuais, o voto do relator afirma não ter havido cerceamento de defesa tampouco violação de regras processuais. Isso porque o Tribunal de origem, assim como o juiz de primeiro grau, entenderam que as provas documentais eram bastantes para comprovar a existência da dívida e que as alegações de fraude não se mostraram substancial a ponto de demandar a dilação probatória. Assim, alterar as conclusões do Tribunal de origem resultaria em necessário e vedado reexame de fatos e provas, atraindo o óbice da Súmula 7/STJ.

Por fim, no que tange à alegação de prescrição, o relator reconhece que o acórdão se encontra em harmonia com a jurisprudência consolidada

desta Corte Superior no que tange às ações monitórias, o que também afasta a pretensão recursal, nos termos do enunciado n. 83/STJ.

Abrindo divergência, a Min. Nancy Andrighi rememorou o fato de que a exigência de conformidade com a ordem pública deve ser compreendida como impedimento de desacordo com o ordenamento jurídico pátrio e, nesta trilha, trouxe ao debate sua compreensão de que as atividades de cassino não podem ser equiparadas aos jogos de loteria, regulamentados no Brasil. Traçou ainda uma linha distintiva apropriada entre a concessão de exequatur em razão de demandas propostas no exterior, que veiculavam pretensão idêntica, e o processamento dessas demandas na jurisdição brasileira.

Quanto às questões processuais ventiladas no recurso especial, o voto divergente assentou que o direito estrangeiro depende de prova, tornando-se questão de fato, em relação a qual deve incidir a distribuição estática do ônus da prova. Assim, o fato de a sentença e o acórdão terem admitido a legislação estrangeira como incontroversa resultaria em violação do art. 337 do CPC/1973.

Por fim, acrescenta estar consubstanciado o cerceamento de defesa, porquanto o julgamento antecipado da lide é técnica de julgamento a ser utilizada com cautela, a fim de não obstar indevidamente a dilação probatória quando há debate acerca da idoneidade do documento utilizado para instrumentalizar a ação monitória.

Assim, concluiu a Min. Nancy Andrighi por conhecer parcialmente do recurso especial para dar-lhe provimento e declarar a inexigível, perante o Judiciário nacional, dívida de jogo de azar e, na eventualidade de se admitir o processamento da presente demanda, anular o acórdão recorrido para reabrir a fase instrutória.

Essa posição divergente ganhou integral adesão do Min. Moura Ribeiro.

Diante da formação da corrente divergente e das considerações acerca do desrespeito ao devido processo legal, pedi vista dos autos para um exame mais aprofundado do curso processual.

No que tange à arguição de nulidade do acórdão recorrido, acompanho o Relator, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, para não conhecer do recurso especial quanto à alegação de ofensa aos arts. 42 e 64 do CPC.

Com efeito, no que concerne à alegação de julgamento por órgão incompetente, seu conhecimento não prescinde do exame da distribuição interna de competência prevista no Regimento Interno do Tribunal local, ato que não se reveste da qualidade de lei federal.

Do mesmo modo, a exposição coerente das razões de decidir adotadas e fundamentadas nas provas e alegações produzidas permitiu ao acórdão recorrido solucionar a lide em sua inteireza, ainda que em sentido diamentralmente oposto ao pretendido pelo recorrente. Não há, portanto, nulidade decorrente de nenhum dos vícios previstos no art. 535 do CPC/1973. Assim, também nesse ponto, acompanho o voto do relator.

De início, no que diz respeito à divergência acerca da exigibilidade perante a jurisdição brasileira da dívida de jogo constituída regularmente em território estrangeiro, nota-se que o ponto nodal se refere à interpretação quanto à ofensa à ordem pública.

Para o relator, não há diferença essencial entre os jogos realizados dentro de cassinos e aqueles admitidos e supervisionados pelo Estado brasileiro, como as "raspadinhas", bingos, loteria, entre outros. Desse modo, tomando em consideração o caráter transitório e mutável do que se qualifica como ordem pública, reconhece que os jogos de azar na atualidade não mantêm o mesmo status jurídico e social de outrora.

Com a devida vênia da divergência, comungo desse raciocínio.

Nas palavras do Prof. Irineu Strenger, define-se ordem pública como [o] conjunto de normas e princípios que, em um momento histórico determinado, refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto (STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 4ª ed. São Paulo : LTr, 2003. p. 138), de modo a evitar que "princípios cardinais do direito interno de cada país sejam profanados ou que interesses econômicos de um Estado sejam prejudicados (DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. 6ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2001. p. 419).

De fato, por longo período de tempo, sob a vigência do Código Civil de 1916, firmou-se o entendimento segundo o qual as dívidas de jogos eram o exemplo típico das dívidas naturais, para as quais não se prestava a tutela jurídica do Estado.Esse entendimento ainda se sustenta para os casos de jogos ilícitos - não autorizados nem regulamentados - realizados no Brasil, os quais tipificam ainda contravenção penal, nos termos do art. 50, § 3º, da Lei de Contravencoes Penais (DL n. 3.688/1941).

Atualmente, contudo, é possível se inferir uma redução quanto à resistência social oferecida aos jogos de azar, redução esta que se percebe concretizada na via legislativa em razão da redação dada ao art. 814, § 2º, do Código Civil de 2002. Como bem sublinhado pelo Relator, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, a introdução da ressalva legal à cobrança de dívidas oriundas de jogos e apostas legalmente autorizadas acaba por abrir uma porta, na jurisdição nacional, às cobranças deste tipo. Assim, mantendo-se a exigência quanto à licitude originária da dívida - ou seja, jogos **lícitos** - será possível sua cobrança em território nacional, nos termos do art. 88, I, do CPC/1973 (art. 21, I, do CPC/2015).

Nesse diapasão, deve-se enfatizar que obrigações contraídas em território estrangeiro são reguladas, salvo convenção expressa entre as partes, pelo direito local, por expressa determinação do legislador nacional, conforme dispõe o art. 9º, *caput*, da LINDB:

> Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituirem.

Portanto, o afastamento da incidência do direito material brasileiro, ao contrário de ferir a soberania nacional, é manifestação dessa mesma soberania, devendo o Brasil e, por consequência, a jurisdição nacional reconhecerem a submissão de seus nacionais a leis estrangeiras sob as quais voluntariamente se obrigaram. Noutros termos, se o recorrente se dirigiu a solo estrangeiro para praticar jogos somente lá lícitos e, assim, se obrigou ao pagamento de quantias voluntariamente disponibilizadas, não pode se escusar de cumprir a **obrigação de pagar**, que nada tem de imoral ou de ofensiva às leis e costumes nacionais.

Do mesmo modo, entendo descabida qualquer argumentação no sentido de que a propositura da ação perante a Justiça brasileira implica numa opção pela lei nacional, mesmo porque o texto da lei nacional (retrocitado dispositivo da LINDB) não abre nenhum espaço à construção de interpretações acerca de uma opção a posteriori pela lei aplicável. Ao contrário, determina o dever de se aplicar o direito material do local em que contraída a obrigação, independentemente da jurisdição competente.

Ao se exigir que o órgão jurisdicional aplique lei alienígena no desempenho de seu *munus* público, o legislador nacional dotou-o de poder para determinar a juntada do direito material aplicável. Assim, como bem assinalou o voto divergente da Min. Nancy Andrighi não se exige do juiz nacional o conhecimento da lei estrangeira. Porém, da mesma forma, não se exige do juiz o seu desconhecimento: assim é que, seja pelo disposto no art. 14 da LINDB, seja pelo texto do art. 337 do CPC/1973, **faculta-se** ao juiz a exigência da prova do texto e da vigência da lei estrangeira.

A jurisdição, por sua vez, é estabelecida em razão do domicílio do devedor ou do local onde será cumprida a obrigação (art. 12 da LINDB e 88, I, do CPC/1973), e não do local em que contratada ou constituída a obrigação.

Noutros termos, tem-se que a regência da lei do local em que constituída a obrigação, ao mesmo tempo que não afasta a jurisdição nacional, também não se confunde com as regras instrumentais e processuais. Assim, a lei de regência da marcha processual, quando buscada a tutela do direito na jurisdição nacional, é o Código de Processo Civil brasileiro. E esse é o ponto central para o desate das questões processuais referidas, bem como do prazo prescricional aplicável.

Com efeito, não se controverte nos autos qual seria o direito aplicável - se nacional ou estrangeiro - para fins de regulação do prazo prescricional aplicável. Destarte, a questão devolvida é restrita a definir qual prazo previsto no ordenamento jurídico nacional é aplicável à hipótese dos autos. Nessa esteira, o recorrente assevera que, por se tratar de cheque, segundo a argumentação da própria recorrida, deve ser aplicado o prazo prescricional da Lei do Cheque e, dessa forma, a pretensão veiculada estaria prescrita.

Por sua vez, o Tribunal de origem assentou, na mesma linha do relator deste recurso especial, que a prescrição aplicável deveria seguir o entendimento firmado para as ações monitórias. De fato, tratando-se de ação monitória, via processual típica no direito brasileiro, tem-se assente seu cabimento ainda que instruída por títulos prescritos. Isso porque essa via alternativa veio a lume com o objetivo primordial de assegurar celeridade à satisfação de créditos para os quais não socorreriam a via autônoma da execução. Exige-se, portanto, que seja aparelhada por documento que evidencie a existência do crédito, aplicando-se, por consequencia lógica, o prazo prescricional definido para as pretensões de cobranças decorrentes de instrumentos públicos ou particulares.

Essa mesma conclusão foi consolidada pela Segunda Seção do STJ, ao julgar recursos especiais mediante a sistemática do art. 543-C do CPC/1973, em casos de ação monitória instruída com notas promissórias

e cheques prescritos (REsp n.1.262.056/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 3/2/2014; e REsp n. 1.101.412/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 3/2/2014; respectivamente).

Assim, obsta o provimento do recurso especial quanto ao ponto, nos termos do enunciado n. 83/STJ, como bem fundamentado pelo voto do relator.

Resta, por fim, enfrentar a imprescindibilidade de juntada dos documentos originais nas demandas monitórias, bem como as alegações de violação dos arts. 330 do CPC/1973 e 476 e 940 do CC/2002, segundo a ótica da amplitude de conhecimento do rito especial monitório.

Quanto à juntada dos documentos, verifica-se que a presente ação monitória foi proposta já na forma de processo eletrônico, em 22/11/2013, conforme protocolo constante de sua petição inicial (e-STJ, fl. 1). Assim, aplica-se ao caso dosautos a regra disposta no art. 11 da Lei n. 11.419/2006, que afirma ser dever da parte conservar em seu poder o documento original, digitalizado para juntada ao processo eletrônico, até o transcurso do prazo de ação rescisória:

> Art. 11. Os **documentos** produzidos eletronicamente e **juntados aos processos eletrônicos** com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, **serão considerados originais para todos os efeitos legais.**
>
> § 1º Os extratos digitais e **os documentos digitalizados e juntados aos autos** pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e **por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração** antes ou durante o processo de digitalização.
>
> § 2º A argüição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor.

> § 3º **Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2º deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória.**

No caso *sub judice*, verifica-se que o recorrente, ao opor embargos monitórios, sustentou a existência de adulteração dos documentos juntados aos autos porque a data de emissão teria sido preenchida posteriormente à sua assinatura. Contudo, conforme bem consignou a sentença, em ponto expressamente mantido pelo Tribunal de origem, a possibilidade desse preenchimento posterior constava em ressalva escrita de forma clara e ostensiva no próprio documento, além de ser admissível nos termos da lei do local de sua assinatura.

Nesse contexto, não se pode inquinar de nulidade o documento, tampouco faz-se necessária a juntada original para fins de processamento de incidente de falsidade, uma vez que a alegação trazida em embargos não é útil para fins de demonstrar nulidade do documento nem mesmo em tese.

Por outro lado, no que se refere à amplitude do conhecimento inaugurado pela oposição dos embargos monitórios, especialmente no que se tange à alegação de inexistência da relação jurídica que teria originado os referidos documentos, outra parece ser a conclusão.

Com efeito, ao opor os referidos embargos monitórios, o recorrente trouxe ao debate situação fática que, acaso comprovada, demonstraria a inexistência da dívida representada nos documentos que instruem a ação monitória. Assim, a impugnação não ficou adstrita à natureza de dívida natural proveniente de jogos ilícitos segundo o direito brasileiro: afirma-se que houve a assinatura de documentos que inviabilizavam ao recorrente a participação de jogos em outros cassinos, trazendo-se como início de prova a existência de *self- restriction* em relação aos estabelecimentos pertencentes ao grupo MGM. Ainda, segundo suas alegações, em virtude

desses documentos, que teriam sido assinados e mantidos sob a guarda da recorrida, se imporia ao recorrente a utilização de fichas disponibilizadas pelo cassino gratuitamente, porém afastando-se o direito a qualquer prêmio decorrente da utilização dessas mesmas fichas.

Ressalta-se, desse modo, que há alegação nos embargos de que os vales ou cheques, qualquer que seja a natureza do documento utilizado para instrumentalizar a ação monitória, eram créditos "fictos" (e-STJ, fl. 112) e não representavam o real comprometimento do recorrente com uma obrigação de pagar perante a recorrida.

Por sua vez, ao contestar os embargos (e-STJ, fls. 270-298), a recorrida trouxe impugnação genérica quanto a esses fatos expostos. Isso porque sua resposta reiterou a validade da dívida de jogo segundo as regras do local de constituição da obrigação e a ausência de documentos que comprovassem o pagamento, ainda que parcial, do débito. Contudo, quanto à tese de crédito fictício, limitou-se a asseverar a inexistência de prova da "*self-restriction*" e de seus alegados efeitos sobre a existência e validade da obrigação materializada nos títulos *sub judice*. A alegação sintética, consubstanciada em um único parágrafo, encontra-se assim redigida (e-STJ, fl. 297):

> Como já amplamente aduzido, os supostos documentos juntados pelo embargante são imprestáveis, tanto em sua forma, quanto em seu conteúdo. Trata-se de mera cópia de alguma coisa. Não foram registrados para ter efeito perante a Justiça brasileira, conforme a Lei de Registro Público brasileira. Possuem conteúdos e partes estranhas ao processo, pois a mencionada "auto restrição" se refere a outro cassino e não ao cassino ora embargado. Prova, inclusive, que em relação ao embargado, o embargante não possuía qualquer "auto restrição", seja lá o que isso quer dizer, pois a consequência da "auto restrição" também não restou demonstrada.

Soma-se a estas considerações ainda a alegação de desnecessidade de dilação probatória quanto à origem da dívida objeto de cobrança via

ação monitória, concluindo se tratar de matéria estritamente jurídica, a propiciar o julgamento conforme o estado do processo.

De fato, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de dispensar ao autor de ações monitórias a dedução e comprovação da causa debendi de títulos cuja satisfação é pleiteada. Todavia, essa mesma jurisprudência, atenta à necessidade de respeito ao contraditório, o qual é diferido porém não afastado ex lege, é igualmente assente quanto à possibilidade de inauguração do debate amplo quanto à origem da dívida, bem como suas eventuais nulidades originárias, com a necessidade de se assegurar ampla dilação probatória. Nesse sentido (sem destaques no original):

> PROCESSUAL CIVIL. **AÇÃO MONITÓRIA** . CHEQUE PRESCRITO. DOCUMENTO HÁBIL À INSTRUÇÃO DO PEDIDO. EMBARGOS. PROVA DE INEXISTÊNCIA DA CAUSA DEBENDI REVISÃO IMPOSSÍVEL NO ÂMBITO DO STJ. SÚMULA N. 7.
>
> I. A jurisprudência do STJ é assente em admitir como prova hábil à comprovação do crédito vindicado em ação monitória cheque emitido pelo réu cuja prescrição tornou-se impeditiva da sua cobrança pela via executiva.
>
> II. **Para a propositura de ações que tais é despicienda a descrição da causa da dívida. Todavia, opostos os embargos, abre-se amplo contraditório.** Descaracterizado o crédito mediante o cotejo probatório realização nas instâncias ordinárias, impossível o seu reexame nesta Corte, em razão do óbice do verbete n. 7 da Súmula do STJ.
>
> III. Recurso especial não conhecido.
>
> (REsp n. 471.392/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 2/6/2003, p. 303)

> AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - **AÇÃO MONITÓRIA** FUNDADA EM CHEQUES PRESCRITOS - EMBARGOS MONITÓRIOS PARA

DISCUSSÃO DA CAUSA DEBENDI - RECONHECIMENTO DA INEXIGIBILIDADE DOS TÍTULOS - DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSOESPECIAL POR INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA DA AUTORA/EMBARGADA.

1. "Em ação monitória fundada em cheque prescrito, ajuizada em face do emitente, é dispensável menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula" (REsp 1094571/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 04/02/2013, DJe 14/02/2013).

2. No entanto, **embora não seja exigida a prova da origem da dívida para admissibilidade da ação monitória fundada em cheque prescrito, nada impede que o emitente do título discuta, em embargos monitórios, a causa *debendi*.**

3. No caso concreto, o Juízo de primeiro grau admitiu a ação monitória, mas julgou procedentes os embargos monitórios, por entender não demonstrada a origem da dívida. Não pode esta Corte, pois, na via estreita do recurso especial, reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos para chegar a conclusão distinta, em razão do óbice do enunciado nº 7 da Súmula do STJ.4. Não cabe falar em autonomia de títulos prescritos, uma vez que, com a prescrição, desaparece a abstração decorrente do princípio da autonomia e opera-se a perda da cambiariedade do título.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no REsp n. 1.115.609/ES, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 25/9/2014)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. **AÇÃO MONITÓRIA** FUNDADA EM CHEQUE PRESCRITO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À MONITÓRIA SUSCITANDO A PERDA DA PRETENSÃO.POSSIBILIDADE. CHEQUES QUE EMBASAM A AÇÃO EMITIDOS ENTRE 30 DE

JULHO DE 2000 E 2 DE JANEIRO DE 2001, PARA PAGAMENTO DE MENSALIDADE ESCOLAR. AÇÃO AJUIZADA EM 12 DE MAIO DE 2005. DÉBITOS CONTRAÍDOS NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, QUE DISPUNHA SER ÂNUA A PRESCRIÇÃO.RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO, TANTO PELO ÂNGULO CAMBIÁRIO QUANTO DA OBRIGAÇÃO SUBJACENTE, REPRESENTADA PELOS TÍTULOS DE CRÉDITO. TEMAS ENFRENTADOS, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RESP 1.101.412/SP (SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973), SUFRAGANDO A MESMA TESE CONSUBSTANCIADA NA SÚMULA 503/STJ.

1. Por um lado, é bem de ver que, por ocasião do julgamento do REsp 1.101.412/SP (sob o rito do art. 543-C do CPC/1973), sufragando a mesma tese consubstanciada na Súmula 503/STJ [enunciado aprovado na mesma Sessão de julgamento], foi expressamente ressalvado que é fora de dúvida que não é o tipo de ação - de conhecimento em sua pureza oumonitória - utilizada pelo credor que define o prazo prescricional para a perda da pretensão e, sendo incontroverso que a ação foi ajuizada após o prazo das ações de natureza cambial, evidentemente a pretensão concerne ao crédito oriundo da obrigação causal (negócio jurídico subjacente); todavia, por se tratar de procedimento monitório, não é razoável exigir que o prazo (em abstrato) para ajuizamento dessa ação seja definido a partir da relação fundamental.

2. Por outro lado, **como no procedimento monitório há inversão do contraditório, por isso dispensável menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula de cheque prescrito**, o prazo prescricional para a ação monitória baseada em cheque sem eficácia executiva, é o de cinco anos previsto no artigo 206, § 5º, I, do CódigoCivil/2002 - a contar do dia seguinte à data de emissão estampada na cártula. Porém, **nada impede que o requerido, em embargos à monitória, discuta a causa *debendi***, cabendo-lhe a iniciativa do contraditório e o ônus da prova - mediante apresentação de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

3. Agravo interno não provido.

> (AgInt no REsp n. 1.452.757/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 18/10/2016)

Nesse mesmo sentido, milita Cândido Rangel Dinamarco, ao lembrar a natureza jurídica de ação declaratória incidental dos embargos monitórios, os quais são encerrados por sentença de mérito apta a fazer coisa julgada material, inviabilizando o debate posterior acerca da existência e validade do título (Instituições de direito processual civil, v. III, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 795-797). Por essa trilha, ao oferecer os embargos e ampliar o debate para abarcar o contexto fático que originou a dívida posta em juízo, impõe-se, a princípio, a abertura da via probatória, somente dispensável quando se tratar de questão de fato e de direito cuja produção de prova em audiência seja desnecessária ao prudente critério do juiz, nos termos do art. 330, II, do CPC/1973.

Assim, quanto à necessidade de produção de provas, a fim de demonstrar a ocorrência de cerceamento de defesa, admite-se a revisão por esta Corte Superior, exclusivamente, quando verificada que, a despeito do indeferimento de sua produção, a questão foi decidida a partir de aplicação de métodos decorrentes da inexistência de prova das alegações. Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. PRODUÇÃO DE PROVA. INDEFERIMENTO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CONSTATAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA.
>
> 1**. Configura-se cerceamento de defesa quando o juiz indefere a realização de prova requerida pela parte para comprovar suas alegações e julga antecipadamente a lide contrariamente a essa parte, fundamentando-se na ausência de provas** (AgRg no REsp 1408962/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, DJe 29/04/2016), tal como ocorrido.
>
> 2. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no AREsp n. 968.593/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 3/4/2017)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DANO AMBIENTAL. PROVA PERICIAL POSTERGADA PARA A FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. MATÉRIA DE NATUREZA FÁTICA, E NÃO APENAS DE DIREITO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. OFENSA AO ART. 330, I DO CPC. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Nos termos do art. 330, I do CPC, poderá ocorrer o julgamento antecipado da lide, mas somente quando a questão de mérito for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; essa situação não se evidencia nos presentes autos, em que se discute supostos danos ambientais pretéritos causados pela ora recorrida na bacia hidrográfica do Rio Paraíba do Sul.

2. **A matéria posta em exame possui natureza fática, e não meramente de direito, sendo o seu desate exigente de produção de provas, em especial a prova pericial, requerida desde a contestação, de maneira que a lide não comportaria o julgamento antecipado, sob pena de caracterização de cerceamento de defesa. Precedentes.**

3. Recurso especial da CSN provido para determinar o retorno dos autos à origem para realização da prova pericial.

4. Prejudicado os recursos especiais do MPF, do IBAMA e dos Defensores da Terra.

(REsp n. 1.603.035/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 31/3/2017)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL E

> NULIDADE DE ESCRITURA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL DA FALÊNCIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. NULIDADE PROCESSUAL RECONHECIDA.
>
> .....
>
> 4. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que **configura cerceamento de defesa a decisão que conclui pela improcedência do pedido por falta de prova e julga antecipadamente a lide.**
>
> 5. Na hipótese, verifica-se que o magistrado de piso julgou antecipadamente a lide, valendo-se do art. 330, I, do CPC/73, "por prescindir de maior dilação probatória" e por entender "suficiente para o julgamento antecipado da lide os documentos juntados pelas partes nestes autos", mas, por outro lado, acabou julgando improcedente o pedido formulado na demanda que objetivava a nulidade da permuta, por ausência de prova do direito alegado, caracterizando inarredável cerceamento de defesa.
>
> 6. Recurso especial provido.
>
> (REsp n. 1.554.361/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 15/3/2017)

No caso dos autos, embora a sentença e o acórdão não tenham fundamentado suas razões de decidir exclusivamente na ausência de provas, fica evidente que as conclusões quanto à matéria fática deduzida pelo recorrente foram alcançadas tão somente com apoio em máximas da experiência comum, questionáveis na hipótese dos autos.

Com efeito, quanto às questões fáticas em tela, assim fundamentou a sentença (e-STJ, fls. 322-323):

> Afasto, aqui, as alegações do autor de que, em primeiro lugar, teria assinado os documentos cansado, e mediante condição de poder revisá-los, eis que, inexistem quaisquer documentos aptos a comprovarem a existência de tal condição resolutiva; e, segundo, de que

> haveria outro documento semelhante, mas que se referisse à requerida. O autor afirma, em seus embargos, que "O Embargante foi convidado pelo Embargado para participar de um campeonato em março de 2011 (...)". **Restaria contraditório, entretanto, que tendo convidado o requerido a participar de um campeonato de jogos em seu estabelecimento, a primeira providência do requerente tenha sido justamente compeli-lo a assinar um termo que o impedisse de jogá-los.**

Também desprovida de sentido a afirmação de que "Como o Embargante foi convidado pelo Embargado para ser seu jogador exclusivo, ele, portanto, também teria que "fazer média" [realizar gastos no cassino], mas não ganharia nem perderia qualquer coisa com isso". **Ora, o objetivo em convidar indivíduos a realizar jogos em um cassinos é exatamente o de que eles realizem gastos no estabelecimento; dessa forma, não faria sentido que a primeira atitude do próprio cassino tenha sido evitar esses gastos, mediante uma self-restriction order.**

Por fim, cabe destacar que, caso o requerido tenha, de fato, assinado um documento idêntico referente à sociedade empresária requerente, consta à cláusula 3, na tradução juramentada, que "Concordo ainda que esta solicitação de autolimitação não obriga as (ilegível) da MGM Resort International a devolver nenhum recurso que eu tenha apostado antes ou após a data de início de vigência desta solicitação de autolimitação" (g. n.). Assim, mesmo que subsistente a auto-limitação, ela não obriga a requerente a devolver recursos eventualmente utilizados pelo autor.

O acórdão, por sua vez, manteve a conclusão do Juízo de primeiro grau com os seguintes fundamentos (e-STJ, fl. 522):

Nem é verossímil a tese de suposto convite gratuito da apelada, para que ele pudesse jogar gratuitamente em troca apenas de sua presença, como suposto chamariz para torneios de pôquer organizados naquele estabelecimento.

É comum que os cassinos norte-americanos realmente concedam a frequentadores habituais transporte gratuito e luxuosa hospedagem, dentre outras regalias. O objetivo, contudo, é pura e simplesmente obter retorno pelos gastos do jogador. Assim como, nos célebres dizeres do economista Milton Friedman, "não há almoço de graça", com maior razão não há diversão e luxo gratuitos. Os convites para figuração gratuita se limitam a personalidades muito famosas do que não é o caso.

De fato, nosso direito há muito se compraz com as presunções judiciais, entre as quais se disciplinou expressamente a utilização das regras de experiência comum ou técnicas, nos termos do art. 335 do CPC/1973. Entretanto, essas regras não são meios de prova, mas mero cimento utilizado para unir os indícios aos fatos essenciais do processo. Na lição de Dinamarco, "[c]onstituem processos de raciocínio dedutivo que levam a concluir que um fato aconteceu, quando se sabe que outro haja acontecido" (op. cit., p. 125). Porém, na medida em que não se realizam mediante a participação dos litigantes em contraditório, não são aptos, por si só, a substituir a atividade probatória provocada pelas partes, mormente quando se trata de matéria de fato, como no caso dos autos.

Ademais, é questionável a aplicação de máximas da experiência para deduzir a não ocorrência de fatos estranhos ao cotidiano do homem comum brasileiro. Não se pode ignorar que as regras de experiência têm sua essência ancorada em generalizações formadas no seio da sociedade e, portanto, manifestam o reconhecimento do juiz quanto a valores que circundam a vida ordinária da sociedade em que inserido, conceitos que variam substancialmente de acordo com o tempo e o espaço. Os fatos dos autos - convite para participação em campeonatos de poker organizados por cassinos internacionais - estão razoavelmente distantes da vida do homem médio brasileiro, especialmente por se tomar em consideração que nem sequer são fatos admitidos legalmente no Brasil.

Assim é que, embora o artigo 330 do CPC preconize que o Juiz possa conhecer diretamente do pedido, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência, entendo não ser este o caso dos autos. Além de a matéria posta em exame possuir natureza eminentemente fática, foi requerida a produção de prova oral e a recorrida não negou especificamente os fatos narrados pelo recorrente, embora tenha os tornado controvertidos por meio de sua argumentação, reiterando a validade dos documentos e a existência da dívida.

Neste caso, a prolação de sentença pelo Juízo de primeiro grau de forma antecipada, indeferindo as provas requeridas, para, após, julgar com respaldo exclusivo em máximas da experiência, feriu o direito do recorrente ao contraditório e à ampla defesa.

Com esses fundamentos, acompanho parcialmente o relator, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, pedindo sua mais respeitosa vênia, para dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de reconhecer tão somente que a presente lide não comporta julgamento antecipado, ante a necessidade de dilação probatória, tendo havido, portanto, a alegada ofensa ao artigo 330, I, do CPC.

É como voto.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO:

Eminentes Colegas, pedi vista dos autos em face da divergência entre os eminentes membros desta Terceira Turma em relação à possibilidade de cobrança, no Brasil, mediante ação aqui intentada, de dívida de jogo contraída em cassinolocalizado em país estrangeiro em que a atividade

é inegavelmente lícita e, em um segundo momento, superada a questão da impossibilidade jurídica do pedido, contrastaram-se os entendimentos acerca da ocorrência de cerceamento de defesa.

Em relação à primeira das questões, os Ministros Ricardo Cueva, relator, e Marco Aurélio Bellizze, consonam no sentido da possibilidade jurídica do pedido de cobrança, enquanto, de outro lado, a Ministra Nancy Andrighi e o Min. MouraRibeiro reconhecem a sua impossibilidade jurídica.

Tangente ao cerceamento de defesa, o eminente Ministro relator o afasta, primeiro, por reconhecer que a jurisprudência dominante nesta Corte Superior o tem por desnaturado quando a instância de origem analisa a alegação, superando-a com base na produção de outras provas no transcurso da ação, e, segundo, por entender atraído o enunciado 7/STJ.

Os demais integrantes, no entanto, identificam a impossibilidade do presente julgamento antecipado da lide em face dos relevantes argumentos, todos de fundo eminentemente fático, a merecerem melhor esclarecimento mediante dilação probatória.

Inauguro o voto pela questão prejudicial, qual seja, a existência ou não de impossibilidade jurídica do pedido.

Atento à moldura fática traçada pelas instâncias de origem, merece realce que o recorrente, servidor aposentado do Ministério Público de São Paulo, veio a ser cobrado, mediante a presente ação monitória ajuizada pela sociedade empresária Wynn Las Vegas LLC, por dívida contraída em cassino localizado na cidade de Las Vegas, no Estado de Nevada, nos Estados Unidos da América, no valor de U$ 1.000.000,00 (hum milhão de dólares), isso em conformidade com cinco "vales" emitidos pelo recorrente a totalizar U$ 1.040.000,00, sendo que deste total já teriam sido adimplidos U$ 40.000,00, segundo a inicial.

Em dupla conformidade, o juízo sentenciante, em julgamento antecipado, e o acórdão recorrido afirmaram o direito à cobrança do

referido crédito, isso com base no art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), fazendo aplicar as regras estrangeiras a disciplinarem a presente obrigação de pagar quantia certa, definindo-a como lícita e, ainda, plenamente representável mediante o que se denominou de vales/markers (com eficácia de cheques), alegadamente emitidos para a participação de torneio que ocorreria no cassino credor.

De pronto, manifesto aceder aos judiciosos votos do relator, Ministro Cueva, e do Ministro Bellizze no que tange à preliminar, reconhecendo a possibilidade jurídica da cobrança da dívida contraída em cassino norte americano mediante a presente ação monitória.

Antes da análise das normas de direito internacional privado, relembro que a pretensão de cobrança de dívidas de jogos não regulamentados no Brasil é destituída de ação de direito material e, assim, não poderia, consoante o art. 814 do CCB, ser exercitada, seja mediante execução de títulos emitidos para representá-las, seja mediante ação monitória ou mesmo ação ordinária.

Consubstanciam, pois, exemplo de débito sem responsabilidade, ou, como expõem os germânicos, obrigações em que presente o *shuld* , mas não o *haftung,* e, ainda, os romanistas, a reconhecerem a existência do *debitum* , mas não da*obligatio* .

Essa, sem dúvida, seria a solução, acaso, na espécie, diante das normas de direito internacional privado, as regras aplicáveis fossem as brasileiras e não as alienígenas.

Todavia, segundo o disposto no art. 9º da LINDB, é a legislação do Estado de Nevada, nos Estados Unidos, que qualificará e regerá as obrigações que lá se constituíram.

E, aqui, a controvérsia se concentra, especialmente, em face de o art. 17 da LINDB estabelecer que *"As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes".*

Consoante os votos dos e. Ministros Nancy Andrighi e Paulo Moura Ribeiro, a cobrança de dívida oriunda de jogo, por afrontar a ordem pública nacional ou, também, por se ter renunciado à aplicação das leis estrangeiras com a propositura da ação em solo brasileiro, argumento acolhido no voto do Min. Moura, afastaria a incidência das normas norte americanas, fazendo incidir a vedação prevista no ordenamento pátrio.

Não deixo de salientar que, dentre os assim denominados "jogos de azar", e, aqui, refiro-me não somente àqueles que possam ser levados a efeito em cassinos, mas também àqueles que são regulamentados no Brasil (do que o turfe e as loterias são exemplo), o jogo de pôquer, enquanto jogo de cartas, quiçá seja aquele que menos tenha por determinante a álea, ou, utilizando o termo vulgarizado, o elemento "azar".

Na concretização do tipo previsto no art. 50 da Lei de Contravenções Penais, o Decreto-Lei nº 3.688, estabeleceu o legislador da década de 1940, tipificar essa contravenção a conduta de: *"Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:"*. A concretização segura da hipótese legal dependeria, consoante o § 3º, estar-se diante de " *a) jogo em que o ganho e a perda dependem* ***exclusiva ou principalmente da sorte.***

Daniel Carnacchioni, no seu *Curso de Direito Civil, contratos em espécie* (1ª ed. em e-book, ed. RT, São Paulo, 2015, item 19.2), acerca dos jogos proibidos e tolerados endereça o seu entendimento nos seguintes termos:

> *Orlando Gomes, de forma precisa, ressalta a diferença entre o jogo proibido e aqueles jogos que caracterizam como obrigação natural:*
>
> *" O credor de dívida de jogo proibido não tem o direito de reter o que recebeu. A esse recebimento falta causa, precisamente porque o contrato é nulo de pleno direito. Por outro lado, embora imperfeita, porque desprovida de sanção, a obrigação natural tem um fim moral e seu suporte psicológico é a convicção de que deve ser cumprida porque assim manda*

a consciência. A prática de ato ilícito não pode gerar uma obrigação com semelhante finalidade, nem desperta o sentimento de que é desonroso o inadimplemento".

E arremata:

" A dívida oriunda de contrato de jogo proibido poderia ser repetida, por constituir enriquecimento sem causa. O pagamento seria indevido, por ter como causa contrato nulo"(Contratos, p. 529).

Por outro lado, há os jogos permitidos, que se subdividem em jogos tolerados e autorizados.

No jogo tolerado, há a denominada obrigação natural. Não há poder de exigibilidade da dívida por parte do credor, mas em caso de pagamento voluntário, este é considerado devido e, por isso, não dá ensejo à repetição. É o que dispõe o art. 814, § 2.º do CC:"O preceito contido neste artigo tem aplicação, ainda que se trate de jogo não proibido, só seexcetuando os jogos e apostas legalmente permitidos". O devedor, portanto, não tem o direito de repetição. Trata-se de obrigação natural.

Os jogos tolerados são aqueles que não dependem exclusivamente da sorte, mas também de certas habilidades dos jogadores e contendores. Não são autorizados e tampouco proibidos. É o caso dos jogos de carta que, de alguma forma, é cultural, em especial no Brasil. São jogos de divertimento, que o Estado não quer estimular, mas que também não faz qualquer repressão.

Não há disciplina jurídica sobre os seus efeitos e, por isso, seus créditos não podem ser exigidos, ainda que a dívida não seja ilegítima.

Portanto, os jogos tolerados originam obrigação natural, razão pela qual o contrato de jogo tolerado é lícito.

Nesse mesmo sentido, **Nelson Nery e Rosa Maria Nery** (*in Código Civil Comentado*, Ed. RT, comentário ao art. 814 do CCB):

> Classificação dos jogos e apostas. Autorizados: são os regulados por lei. Neles não se aplicam as regras do CC (CC 814 § 2.º). Permitidos: são os que consistem em mero passatempo ou diversão, havendo, porém, o risco de que se tornem vícios desastrosos, como alguns jogos de

> cartas que dependem de um misto de álea e estratégia. Não obrigam a pagamento. Proibidos: jogos de azar (LCP 50) e outros expressamente vedados por lei. Também não obrigam a pagamento (cf. Nery-Nery. instituições DC, v. III, n. 189, citando Caio Mário da Silva Pereira).

E, ainda, **Cláudio Luiz Bueno de Godoy** (*in Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenador Cezar Peluso. 20 ed. Barueri, SP: Manole, 2008, p. 840):

> Afinal, são distinguíveis os jogos proibidos, autorizados ou tolerados. Jogos ou apostas autorizados, como as loterias [Decreto-Lei 204/67], ou o turfe [Lei 7.294/84] , são lícitos e geram efeitos jurídicos normais, erigindo-se em obrigações perfeitas. É o que se prevê no § 2º, segunda parte, do preceito em exame [...]. Jogos ou apostas proibidos são, por exemplo, as loterias não autorizadas, como o jogo do bicho, ou os jogos de azar referidos pelo art. 50 da Lei das Contravenções Penais. Mas, há também os jogos tolerados, de menor reprovabilidade, em que o evento não depende exclusivamente do azar, mas igualmente da habilidade do participante, como alguns jogos de cartas. Por isso, a legislação não os proíbe, por considerá-los uma diversão sem maior proveito, mas pelo mesmo motivo não lhes emprestando a natureza de obrigação perfeita. Pois, como se expressa no Código Civil, no 'caput' e nos paragrafo do artigo o em comento, salvo se autorizados, os jogos e apostas não induzem obrigação coativa que possa ser juridicamente exigida, muito embora não caiba ao devedor que voluntariamente tenha pago dívida daí originária postular a repetição de quanto pagou, salvo se, como adiante se referirá, esse pagamento prejudicou menor ou interdito.

A par deste relevante argumento, se estaríamos ou não diante do tipo do art. 50 da Lei de contravenções, por ser jogo tolerado e não proibido, em face da obrigação provir de carteado, a dificuldade que remanesce do que nos autos está -impressionando o fundamento utilizado pelo eminente Ministro Cueva e referendado pelo Min. Bellizze - é a de que o Estado Brasileiro, paradoxalmente, acaba, ele próprio, por enfraquecer a sustentada nocividade dos jogos puramente de azar e, assim, a alegada violação da ordem pública, ao institucionalizar as loterias e o turfe, autorizando-os e regulando-os.

Aliás, a escalada de apostas em loterias no Brasil, que se evidencia mediante o crescimento geométrico das arrecadações noticiadas diuturnamente pela Caixa Econômica Federal, traduz sentimento coletivo no sentido da aceitação aos referidos jogos, ao contrário de identificar afronta à ordem pública, às liberdades individuais ou à pessoa humana.

O recorrente, na sua contestação, isso à fl. 111, ao discorrer de onde adviriam os referidos cinco vales cuja pretensa obrigação de pagar é, agora, objeto da presente ação monitória, reconhece que o seu hobby é jogar pôquer em lugares onde essa atividade é lícita.

Ora, é pessoa de destacados conhecimentos jurídicos, pois membro aposentado do Ministério Público Estadual de São Paulo, possui invulgar desenvoltura no comércio jurídico, inclusive internacional, e, ainda, plena ciência dos negócios por ele celebrados em solo estrangeiro, já que expressa ser seu hobby jogar pôquer e, especialmente, ter sido convidado a participar em torneio realizado em cassino situado no exterior.

Nesse panorama, pouco dialoga com a boa-fé objetiva, a conduta de se visitar estado soberano para lá, em conformidade com as leis deste outro país, contrair obrigação que, no sentir deste relator, não aberra ao senso comum, nem ao ordenamento jurídico brasileiro, e retornar ao Brasil deixando, alegadamente, de adimpli-la, e, ainda, tentar se escusar do seu pagamento mediante a alegação de uma pretensa impossibilidade de cobrança em solo brasileiro.

Essa conduta revela, de pronto, prática vedada pelo ordenamento, já que configura enriquecimento sem causa por parte do inadimplente.

Paira, ainda, atualmente, alguma dúvida acerca da tipicidade material do art. 50 da Lei de Contravenções Penais, isso pela ausência de maior

ofensividade da conduta, em face do princípio da proporcionalidade e, ainda, da aposição do direito penal como *ultima ratio* para a solução dos conflitos humanos.

No Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, tem-se, modo reiterado, afastado a tipificação material desta conduta, o que gerou o reconhecimento de repercussão geral por parte do Excelso Pretório acerca da questão, isso sob a pena do eminente Min. Luiz Fux, no RE 966.177/ RS, que ainda não fora objeto de julgamento.

Assim como o fizeram o relator e o Min. Bellizze, gizo que o conceito de ordem pública é fluido e se altera com o passar do tempo, estando vinculado aos valores do momento histórico em que se vive, isso com apoio na lição de Irineu Strenger, citada no voto do Min. Bellizze.

A lei não estabelece o conceito de ordem pública.

A sua aplicação, no entanto, mantém estreita atenção ao interesse público, seja da coletividade, seja da administração.

Essa é a orientação dos professores **Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery**, *in Manual de Direito Civil:*

> *O conceito de ordem pública é conceito legal indeterminado, que depende de concretização em cada caso que se apresenta ao Juiz. Mas, de modo geral, pode-se identificar a ordem pública com a presença de interesse público, quer no sentido primário, como* ***somatório dos interesses gerais da coletividade****, como também em sentido secundário, como o* ***interesse do ente público, seja da administração indireta ou direta.***

Relembram, ainda, estes notáveis civilistas, a lição de **Hely Lopes Meireles:**

> "O conceito de ordem pública não se restringe apenas à estabilidade das instituições, pois abrange e protege também os direitos individuais e a conduta lícita de todo cidadão, para a coexistência pacifica na comunidade. Tanto ofende a ordem pública a violência contra a coletividade ou contra

> as instituições em geral, como o atentado aos padrões éticos e legais de respeito à pessoa humana"(Hely Lopes Meirelles."Polícia de Manutenção da Ordem Pública e suas Atribuições" In: José Cretella Jr. (org.). Direito Administrativo da Ordem Pública, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 93).

O eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. em artigo acerca do recurso especial e as questões de ordem pública, publicado na Revista de Processo, vol. 132/2006, p. 273 - 288, também ressaltou, com base em vários pensadores do direito, esta dinamicidade do seu conceito, apresentando algumas muito apropriadas conclusões:

> *A partir da idéia de SATTA, para quem a ordem pública é um elemento fundante da ordem jurídica, posso dizer que o ordenamento existe para estabelecer uma ordenação da vida social. A ordem que resulta do sistema jurídico é a ordem pública, isto é, uma certa ordem que o Estado considera indispensável para a vida social.*
>
> ***Não é um conceito estático, mas dinâmico e externo, que varia conforme as circunstâncias de tempo e de lugar.*** *É conceito conjuntural, não é genérico nem absoluto. Assim, atualmente, a tutela da dignidade da pessoa humana é de ordem pública, e também o respeito ao meio ambiente, temas novos que agora podem ser considerados como determinantes de questões de ordem pública.* ***O que hoje não é, amanhã poderá sê-lo, como o número de filhos, a transgenia etc.***
>
> *Ordem pública pode servir a duas finalidades: (a) como um princípio que auxilia o intérprete na definição de leis ou de questões, a fim de estabelecer se elas são ou não de ordem pública; (b) como uma cláusula geral, expressão de valores jurídicos e metajurídicos, a qual autoriza o aplicador a formular uma norma concretizada para o caso, e com ela qualificar condutas, dizendo-as adequadas ou contrárias à ordem pública. Com ela o juiz pode eliminar certos direitos e impor obrigações: a ordem pública concede direitos e impõe limites às atividades dos indivíduos, sendo que certos comportamentos podem não infringir lei alguma, mas mesmo assim serem contrários à ordem pública.*
>
> *Como princípio e como cláusula geral, não se pode dizer a priori o que é e o que não é de ordem pública. Penso que o melhor caminho para nos aproximarmos do nosso*

objeto (ordem pública) é o método da" argumentação dialética moderna ", de que nos fala VIEHWEG.

Com alguns topoi ou lugares comuns - alguns deles arrolados por PERELMAN - e com os lugares específicos da ordem jurídica, recebidos como premissas adequadas ao exame de cada situação, poderemos conceituar o que seja lei de ordem pública, ou questão de ordem pública.

É o que me proponho a fazer a seguir.

Se o ordenamento jurídico pré-define o que é ordem pública, não há dificuldade para o intérprete, que dessa disposição apenas deve extrair os efeitos. Ocorre que nem sempre o legislador menciona que a nova lei é de ordem pública, ou que tais ou quais questões sejam de ordem pública. Surge então a dificuldade para a qualificação do objeto.

7. A Lei de Introdução ao Código Civil reza, no seu art. 17: As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Ao tratar do conceito de leis de ordem pública, BEVILÁQUA definiu:

São as que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera ***indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito***

Ao que acrescentou SERPA LOPES: "O seu característico principal é a inderrogabilidade: não pode ser afastada pela vontade do interessado".

No direito material, são arroladas como sendo de ordem pública ***as leis sobre a cidadania, o direito de família, os direitos da coletividade, as leis fiscais, etc.***

STRENGER, ao distinguir ordem pública interna de ordem pública internacional, explicou:

Uma lei é de ordem pública interna sempre que o acordo entre as partes não pode afastar suas conseqüências; sempre que estas são inarredáveis ainda que as partes diretamente interessadas no litígio o desejem.

MAXIMILIANO, na sua obra clássica, acentuou a importância do interesse público para a compreensão do tema:

Consiste no seguinte: entre as primeiras, o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o fim principal do preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo; e quando o preceito é de ordem privada sucede o contrário: só indiretamente serve o interesse público, à sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do indivíduo constitui o objetivo primordial. Os limites de uma e de outra espécie têm algo de impreciso. (...) **Consideram-se de ordem pública as disposições que se enquadram nos domínios do Direito Público; entram, portanto, naquela categoria as constitucionais, as administrativas, as penais, as processuais, as de polícia e segurança, e as de organização judiciária**

Escreveu TOLEDO sobre a lei de ordem pública:

Ordem pública é toda a **matéria relativa imediatamente ao interesse coletivo (e apenas mediatamente privado), de relevância social** *(e não somente para a regência das relações dos particulares entre si),* **voltada para a realização do bem comum**. *(...). Se, a partir da interpretação da lei mediante os cânones hermenêuticos da objetividade, da totalidade, da atualidade e da adequação, identifica-se que ela trata* **de matéria atinente não ao interesse privado imediatamente, mas é fundada em questões que atingem a toda a sociedade e cuja regulação é relevante para o bem estar de toda a coletividade, ela se apresenta, então, não como de ordem privada, mas de ordem pública.**

Essas lições todas, apesar de sua generalidade e de estarem preocupadas em distinguir normas de diferente natureza, fornecem dois indicativos que nos servem para a definição de questão de ordem pública no âmbito do juízo de admissibilidade do Recurso Especial: **a indisponibilidade e o interesse da sociedade.**

Na espécie, as obrigações objeto de cobrança, porque contraídas em país que as tem por lícitas, não representam violação a normas de interesse público, nem vilipendiam padrões éticos ou consubstanciam

desrespeito à pessoa humana, menos interessam à coletividade e mais ao interesse privado daqueles que podem vir a desenvolver algum transtorno ou vício.

Não decorreria, ademais, do ajuizamento da ação de cobrança no Brasil, a renúncia à aplicação das normas estrangeiras, no que acompanho os fundamentos articulados pelo relator no que concerne.

Concluindo, a presente obrigação é regida pela lei alienígena, na forma do art. 9º da LINDB, afastada a vedação trazida no art. 17 da LINDB, razão por que tenho por presente a possibilidade jurídica do pedido.

Examino, agora, a alegação de cerceamento de defesa.

A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de se evitar, tanto quanto possível, invadir na percepção alcançada pela instância de origem acerca da necessidade ou não de produção de provas, isto, por evidente, em face do quanto estatuído no enunciado 7/STJ.

Na espécie, o cerceamento de defesa fora fundamentado, no recurso de apelação, em face da necessidade de investigação acerca das sérias objeções à constituição dos referidos vales, da adoção de meios fraudulentos, mediante a sua adulteração (prova pericial), e, ainda, à existência de erro, fraude e dolo na sua assinatura (prova oral).

A coleta de testemunhos e depoimentos dos representantes do cassino demandante e, ainda, dos dirigentes dos outros cassinos de Las Vegas postulada deveria, ainda, buscar esclarecer o alcance ou não da self-restriction ao cassinorecorrido, pois, segundo alegou-se no referido recurso, o Wynn teria obrigado o recorrente a assinar propalado documento de autorrestrição, remetendo-o a todos os cassinos, e, maliciosamente, retendo o instrumento referente ao seu próprio cassino.

A sentença objeto do referido apelo considerou inócuas as provas postuladas.

Pouco convincente, inicialmente, que o autor, pessoa com um destacado trânsito nas questões jurídicas, tivesse equivocadamente assinado, só por estar alegadamente cansado, documentos que pudessem, como sustentado, comprometê-lo sobremaneira, impingindo-lhe o pagamento de dívida não efetivamente contraída ou retirando-lhe, sem assim o querer, a possibilidade de participar de jogos realizados em outros cassinos.

A tese, em si, em face dos demais fatos comprovados e da realidade em si dos litigantes, que há muito transita naquele país participando de jogos como o presente, não sustentaria a dilação probatória pretendida, consubstanciada na coleta de testemunhos, pois o, à época vigente, art. 130 do CPC/73, permitia o indeferimento de provas que se revelassem inócuas ou desnecessárias para a solução da causa, e essa percepção, entendo, adentra o que o enunciado 7/STJ exclui da apreciação desta Corte Superior.

Em relação à adulteração do documento, tenho que a sentença, novamente, mostrou-se escorreita, revelando-se inadmissível extravasar o que ali asseverou sem que se adentre em matéria fático-probatória.

A sustentada adulteração dos vales em relação a qual se postulou realizar prova pericial diria, consoante os julgados na origem, com a data aposta nos documentos.

Ora, sobre ela o juízo asseverou que não haveria interesse em se produzir prova pericial, pois não só os títulos previam essa possibilidade, como a legislação vigente naquele Estado estrangeiro permitiria o posterior preenchimento dos títulos em questão.

A propósito:

> *Também afirma o autor que o documento teria sido adulterado.*
>
> ***Ocorre que tal alegação cinge-se à data nele aposta, a qual, segundo o requerido, teria sido preenchida unilateralmente pelo requerente.***
>
> *Trata-se, entretanto, de* ***possibilidade abarcada pelo Estado de Nevada,*** *a qual afirma no artigo 463.368 (2), que pessoa autorizada "pode preencher o instrumento conforme seja necessário para que o instrumento seja apresentado para pagamento", e com o qual o autor expressamente concordou, eis que no próprio corpo do título de crédito consta que o requerente "* ***autorizo[a] o favorecido a completar qualquer dos seguintes itens faltantes neste instrumento: o nome do favorecido; quaisquer valores faltantes;*** *data (...)" (g. n.).*
>
> *Por fim, note-se que a data aposta aos documentos (14/03/2011) é compatível com o relato do próprio requerente, eis que afirma que chegou a Las Vegas no dia 10/03/2011 (fl. 111). Quanto aos demais elementos dos documentos, apenas impugnando-os especificamente poderia haver sua análise e acolhida por esse juízo.*

Por outro lado, acerca das referidas" self-restrictions ", asseverou o magistrado (fl. 322 e-STJ):

> *Ocorre, em primeiro lugar, que o documento acostado nos autos, um instrumento de adesão ao sef-limit acces program (programa de acesso autolimitado) não faz nenhuma referência ao cassino da requerente.*
>
> *Com efeito, trata-se de um mecanismo utilizado nos Estados Unidos da América em que o próprio jogador, mediante manifestação de vontade, autoriza estabelecimentos de jogo a limitarem seu acesso, de forma que ele não possa utilizar-se de seus serviços.*
>
> ***Essa disposição, entretanto, só é válida para aqueles cassinos que nela constam: no caso, "MGM Resort Aria, Beau Rivage-Biloxi, Mississippi, Bellagio, Circus Circus, Circus Circus, Reno, Nevada, Excalibur, Gold Strike Casino-Jean, Nevada, Gold Strike Casino-Tuica, Mississippi, Luxor, Mandalay Bay, MGM Grand Detroit, MGM Grand Las Vegas, The Mirage, Monte Carlo, New York New York, Railroad Pass e Slots-A-Fun", como consta da cláusula 1 do instrumento*** *(fl. 213).*

Ou seja, o documento a corroborar a existência de uma autorrestrição abrange uma série de cassinos norte americanos, mas não o cassino recorrido.

Impressionou-me esse fato, pois, se é verdade que o recorrente possui trânsito antigo nos Estados Unidos em eventos como o presente, já se tendo inclusive, nos idos de 2003, tentado a sua citação mediante carta rogatória para pagamento de dívida contraída no cassino Trump Taj Mahal Casino Resort, no Estado de Nova Jersei, ocasião em que o STF inicialmente deferira o pedido e, em sede de agravo regimental, retratara-se dessa decisão, isso na CR 10.416, seria plausível que entidades do ramo de jogos de azar naquele país se resguardassem de situações como a presente.

O valor, ademais, de U$ 1.000.000,00 é abastança elevado, mesmo para os padrões norte americanos, recomendando uma mais ampla discussão acerca do contexto em que concedido esse crédito ao recorrente.

Não aberra, finalmente, a alegação de que estaria ele a participar de torneio de pôquer e, para isso, teriam sido a ele concedidos créditos "fictos", alegação que, entendo, não seria solvida apenas mediante a apresentação de provas documentais e não poderia, como ocorrera, ser rejeitada no acórdão recorrido apenas pela sua inverossimilhança (fl. 522 e-STJ).

O procedimento monitório embargado ordinarizara-se, passando a admitir a produção de qualquer espécie probatória e, ainda, toda a sorte de argumentos impeditivos, modificativos e extintivos do direito de crédito objeto de cobrança, impondo-se, assim, que se reabra a instrução do processo a fim de que se viabilize a demonstração dos argumentos defensivos plausíveis que se voltaram a questões eminentemente fáticas.

Ante o exposto, acompanho o voto do eminente relator em relação à possibilidade jurídica do pedido, mas dele divirjo em relação

ao cerceamento de defesa, reconhecendo a sua ocorrência na espécie, razão por que voto no sentido do parcial provimento ao recurso especial, determinando que se reabra a instrução do processo.

É o voto.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Suspensão de Liminar Ou Antecipação de Tutela n. 4005362-76.2017.8.24.0000, da Capital
Autor: Município de Florianópolis
Proc. Município: Diogo Nicolau Pitsica (OAB: 13950/SC) e outro
Réu: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Promotora: Anelize Nascimento Martins Machado (Promotora)
Interesda.: Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis FLORAM
Advogada: Martina S. Thiago Jardim (OAB: 23445/SC) e outro
Relator(a): Desembargador Alexandre d'Ivanenko

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

O Município de Florianópolis, com fundamento no art. 4º da Lei n. 8.437/92, ingressou com incidente de suspensão dos efeitos da antecipação de tutela deferida, em parte, pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital, nos autos da Ação Civil Pública n. 0902140-11.2016.8.24.0023, que sustou os efeitos das Resoluções Municipais ns. 001/2004, 003/2004 e 002/2005 e das Portarias Municipais ns. 002/2006, 007/2006 e 011/2006, e determinou o imediato retorno dos servidores designados por estes atos normativos para o exercício da função de Fiscal do Meio Ambiente aos respectivos cargos de origem, com a consequente exclusão de quaisquer adicionais ao desempenho dessa função à remuneração (pp.11-17).

Justificou, para tanto, que a decisão objurgada "exterpiou do Executivo Municipal quase a totalidade dos fiscais da Floram (28 dos

33), que há mais de 15 anos exerciam referida função por força de lei, portaria e regulamentos próprios" (p. 1), o que teria o condão de paralisar a atividade de fiscalização da Fundação do Meio Ambiente de Florianópolis – FLORAM e causar dano efetivo e concreto para a fauna e flora do Município.

Argumentou que o "desmonte imediato" do quadro de Fiscais do Meio Ambiente do Município atinge diretamente o interesse público primário, mormente a saúde, a segurança ambiente e a economia pública.

Ponderou que, embora já tenha ocorrido concurso público válido para preenchimento dos cargos de Fiscal do Meio Ambiente, encontra-se impossibilitado de chamar os aprovados neste momento, em razão de ter extrapolado o total de despesa com pessoal previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, além de constatar queda acentuada na arrecadação fiscal e tributária.

Obtemperou que o Plano Diretor de Urbanismo do Município (Lei n. 482/2017) previu que 60% do território possui condicionantes ambientais para sua ocupação (principalmente Áreas de Preservação Permanente – APP), de modo que a interrupção do serviço de fiscalização poderá ocasionar dano irreparável ao meio ambiente.

Por fim, apontou que a fiscalização do meio ambiente da FLORAM lavrou cerca de 650 autos de infração e efetuou aproximadamente 80 operações de demolição de construções irregulares, em 2016, dando respaldo à necessidade de manutenção, ainda que temporária, da atuação dos servidores designados para atuarem na fiscalização ambiental do Município.

Instruiu a petição inicial com documentos (pp.10-141).

Vieram-me, então, conclusos os autos para decisão.

RELATADOS, DECIDO.

Como é cediço, o pedido de suspensão de antecipação de tutela é prerrogativa do Poder Público em juízo, cujo fundamento de validade encontra respaldo no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Dispõe o art. 12, § 1º, da Lei n. 7.347/1985:

> Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.
>
> § 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

Na mesma linha é a redação do art. 4º da Lei n. 8.437/1992:

> Art. 4º. 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 pública.

A propósito, Hely Lopes Meirelles, ao tratar da suspensão de segurança ou sustação da eficácia de decisão judicial prolatada contra o Poder Público (art. 12 da Lei 7.347/85; art. 4º da Lei 8.437/92; art. 15 da Lei 12.016/2009), preleciona que:

> [...] Sendo a suspensão da liminar ou dos efeitos da sentença uma **providência drástica e excepcional**, só se justifica quando a decisão possa afetar de tal modo a **ordem pública, a economia, a saúde ou qualquer outro interesse da coletividade**, que aconselhe a sua sustação até o julgamento final do mandado (*Mandado de segurança e ação popular*. 10ª ed. Ampl. São Paulo: RT, 1985, p. 55 sem destaque no original).

Marcelo Abelha Rodrigues explica que "o objeto de julgamento desse incidente é a verificação se há o risco potencial de grave lesão entre a decisão proferida e os interesses públicos tutelados pelo incidente" (*Suspensão de Segurança. Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 134-135).

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que "o reconhecimento de lesão grave aos valores protegidos pelo art. 15 da Lei n. 12.016, de 2009, exige um juízo mínimo acerca da decisão judicial" (AgRg na SS 2.585/BA, rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, j. 29-8-2012), de tal sorte que a ofensa à ordem, à saúde, à segurança e à economia será tão grande quanto o for a probabilidade de reforma do ato judicial.

Tal compreensão tem a chancela do Supremo Tribunal Federal, para quem "neste tipo de processo, esta nossa Casa de Justiça não enfrenta o mérito da controvérsia, **apreciando-o, se for o caso, lateral ou superficialmente**" (Suspensão de Liminar n. 623, rel. Min. Ayres Britto, j. 10-7-2012 sem destaque no original).

Por sua vez que, é importante ressaltar que, por não comportar dilação probatória, o incidente de suspensão deve vir acompanhado de prova pré-constituída, sob pena de rejeição liminar.

Nesse contexto, observa-se que o requerimento formulado neste incidente de suspensão dos efeitos de decisão judicial tem como fundamento potencial dano à coletividade, mais especificamente o interesse público primário consubstanciado nos efeitos decorrentes do imediato retorno dos servidores designados pelas Resoluções Municipais ns. 001/2004, 003/2004 e 002/2005 e pelas Portarias Municipais ns. 002/2006, 007/2006 e 011/2006 para o exercício da função de Fiscal do Meio Ambiente aos respectivos cargos de origem.

Segundo o Município, tal medida, adotada pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital, nos autos da Ação Civil Pública n. 0902140-

11.2016.8.24.0023, teria o condão de esvaziar o setor de fiscalização da FLORAM, na medida em que 28 dos 33 servidores lá lotados seriam atingidos pela decisão atacada, de tal sorte que o Município estaria alijado de fiscalização ambiental.

Desde logo antecipe-se que os argumentos articulados pelo Municípios são convincentes e capazes de autorizar a suspensão dos efeitos da decisão judicial, na forma da legislação de regência.

Com efeito, sem adentrar no mérito da causa principal (se ilegal ou não a manutenção dos servidores públicos no exercício da atividade de fiscalização, sem ocuparem o cargo) não se pode desconsiderar que o imediato retorno dos servidores públicos atingidos pela decisão aos seus cargos de origem tem potencial lesivo de inviabilizar o serviço de fiscalização ambiental do Município, ferindo de morte o princípio da continuidade do serviço público.

Haverá, sem dúvida, o esvaziamento do setor fiscalizatório da FLORAM, porquanto apenas 5 dos 33 servidores até então lotados na fiscalização ambiental ocupam efetivamente o cargo de Fiscal do Meio Ambiente.

Nesse sentido, tem-se caracterizado o *periculum in mora* inverso, em que o tempo sem fiscalização ambiental será extremamente prejudicial não só ao Município, mas principalmente à coletividade.

Urge destacar que, a despeito já ter finalizado o concurso público para preenchimento dos cargos de Fiscal de Meio Ambiente, não é novidade a situação financeira e fiscal que atravessa a grande maioria das administrações municipais Brasil a fora. Prova disso são os demonstrativos contábeis trazidos aos autos que apontam que o Município já extrapolou o limite prudencial e máximo com despesa de pessoal (atualmente está com 57% da receita corrente líquida tomada com despesa de pessoal, enquanto o limite máximo é de 54%), a teor do previsto na Lei Complemente n. 101/00 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

É de rigor, nessa esteira, observar a necessidade de inclusão das despesas decorrentes da criação de novos cargos e da respectiva contratação na Lei de Diretrizes Orçamentária e na Lei Orçamentária Anual, conforme estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Na verdade, tem-se a convicção de que seja esse o argumento central e mais plausível para o deferimento da medida liminar de suspensão dos efeitos da decisão judicial atacada. Ora, em que pese todos os argumentos de fundo trazido pelo Ministério Público na demanda principal, não se ignora que a nova gestão municipal assumiu recentemente com muita despesa herdada e pouca receita. Tanto é assim que, embora esteja no prazo de validade o concurso público para preenchimento dos cargos de Fiscal do Meio Ambiente, o Município deveras não tem condições de convocar os aprovados, por óbice da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme acima referido.

Qual a solução, então?

Seria razoável permitir que nesse período que Município ficasse desguarnecido de agentes fiscalizadores do meio ambiente local? Se está impossibilitado de contratar, porque já ultrapassou em muito o gasto com pessoal, parece que se levada a efeito a decisão judicial em questão, a fiscalização do meio ambiente municipal estará a cargo de 5 fiscais, apenas.

Não se olvide que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (art. 225, "caput" da CRFB/88).

Parece intuitivo que, diante do quadro fático delineado nestes autos, a fiscalização do meio ambiente corre sérios riscos. É importante lembrar que grande parte do Município de Florianópolis está circunscrito em zona de preservação ambiental, demandando constante fiscalização do órgão Municipal.

E a partir daí decorrem diversos danos à coletividade, como se pode facilmente prever. Cite-se, por exemplo, as construções irregulares, tão divulgadas na mídia, no bairro Ingleses; as ligações clandestinas de dejetos que poluem os rios e tornam as praias impróprias para banho. Tudo isso incube aos fiscais de meio ambiente da FLORAM. São, portanto, evidentes os graves danos à segurança ambiental, à ordem administrativa e à economia pública que a ausência de fiscalização na área ambiental traz à coletividade e ao Município.

Além disso, há de se ponderar que os servidores públicos que atualmente estavam exercendo a fiscalização do meio ambiente foram designados por portaria há mais de 10 anos, de maneira que sua substituição por efetivos pode ocorrer de modo progressivo, a fim de não ferir de morte a fiscalização do meio ambiente local.

Desse modo, entende-se como configurados os pressupostos delineados na legislação de regência (art. 12 da Lei 7.347/85; art. 4º da Lei 8.437/92; art. 15 da Lei 12.016/2009), de modo a autorizar o deferimento da liminar almejada.

Pelo exposto, satisfeitos os requisitos legais, DEFIRO a medida liminar postulada, para suspender a eficácia da decisão antecipatória proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital, nos autos da Ação Civil Pública n. 0902140-11.2016.8.24.0023.

Comunique-se o Juízo de origem.

Intimem-se.

Florianópolis, 24 de março de 2017.

Alexandre d'Ivanenko
Relator

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Pedido de Providências n. 2016.900033-2
Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil

> PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. SINDICATO DOS OFICIAIS DE JUSTIÇA E AVALIADORES. PRETENDIDA ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO N. 6/2011, PARA POSSIBILITAR O RECEBIMENTO DOS VALORES DE DILIGÊNCIAS RECOLHIDOS PELAS PARTES ANTES DO CUMPRIMENTO DO RESPECTIVO MANDADO JUDICIAL. RESOLUÇÃO N. 153/2012 DO CNJ INAPLICÁVEL À HIPÓTESE. GARANTIA DE RECEBIMENTO ANTECIPADO APENAS NOS FEITOS DEFLAGRADOS PELA FAZENDA PÚBLICA, MINISTÉRIO PÚBLICO OU BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. NORMA ANTERIOR, DO ART. 356 DO CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE SC C/C ART. 1º DA RESOLUÇÃO 11/06 – CM, QUE HÁ MUITO PREVÊ GRATIFICAÇÃO DE 20% SOBRE OS VENCIMENTOS DOS OFICIAIS DE JUSTIÇA PARA ATUAR EM PROCESSOS DAS VARAS CRIME, FAZENDA PÚBLICA E QUE ENVOLVEM INTERESSES DE MENORES. MONTANTE RECEBIDO MENSALMENTE PELOS SERVIDORES, DESTINADO ÀS DILIGÊNCIAS QUE RECLAMAM O CUSTEIO ANTECIPADO. PLEITO DE ANTECIPAÇÃO GERAL DE VALORES INVIÁVEL. PARECER CONTRÁRIO DA ASSESSORIA DE CUSTAS DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA. INDEFERIMENTO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Pedido de Providências n. 2017.900033-2, em que é requerente Sindicato dos Oficiais de Justiça e Avaliadores de SC - SINDOJUS:

O CONSELHO DA MAGISTRATURA decidiu, por unanimidade, indeferir o pedido.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr.

Desembargador Torres Marques e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Sérgio Antônio Rizelo, Sérgio Roberto Baasch Luz, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta e Jaime Ramos.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Ivens José Thives de Carvalho.

Florianópolis, 8 de maio de 1017.

Sérgio Izidoro Heil
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de providências no qual é requerente Sindicato dos Oficiais de Justiça e Avaliadores de SC - SINDOJUS, objetivando "alterar a Resolução n. 6/2011 – CM para antecipar aos Oficiais de Justiça e Oficiais de Justiça e Avaliadores os valores de diligências recolhidos pelas partes, de modo que os servidores recebam tais numerários antes do cumprimento do respectivo mandado judicial" (fl. 3).

Sustenta que, de acordo com a Resolução n. 153/2012, do Conselho Nacional de Justiça, "os tribunais devem estabelecer procedimentos para garantir o recebimento antecipado do valor necessário para o custeio de diligência nos processos em que o pedido seja formulado pela Fazenda Pública, Ministério Público ou beneficiário da assistência judiciária gratuita, pelo oficial de justiça". Diz que, muito embora referida resolução trate de processos específicos, a antecipação dos valores deve ser aplicada a todos os processos em que houver o recolhimento de diligências.

Alega, ainda, que: tal medida irá possibilitar maior controle e registro das diligências recebidas e eliminará a vinculação das diligências

ao mandado; tem havido corriqueiras falhas no processamento das custas recolhidas que impedem que os valores cheguem ao servidor.

Encaminhados os autos à Assessoria de Custas da Corregedoria-Geral da Justiça, esta se manifestou pelo indeferimento do pedido (fls. 6/7).

Os autos vieram conclusos.

VOTO

O Sindicato dos Oficiais de Justiça e Avaliadores de Santa Catarina – SINDOJUS pretende alterar a Resolução n. 6/2011 – CM, a fim de possibilitar o recebimento dos valores de diligências antes do cumprimento do respectivo mandado judicial.

Instada a se manifestar a respeito de tal pedido de providências, sobretudo no tocante a eventuais dificuldades enfrentadas pelos Oficiais de Justiça para recebimento dos valores das diligências, a Assessoria de Custas da Corregedoria-Geral de Justiça esclareceu o seguinte:

> O procedimento para expedição de mandado obriga o Servidor do Cartório a reservar o valor da condução recolhida ao Oficial de Justiça, sem ela não é possível emitir mandado. Portanto, o SAJ/PG somente permite expedir mandado, após reservar o valor da condução ao Oficial de Justiça, exceto nos casos das isenções legais (justiça gratuita, fazenda pública do Estado de Santa Catarina, ações penais públicas, etc), em que o sistema possui outra configuração.
>
> Após o cumprimento do mandado, a Central de Mandados ou Cartório, dependendo da situação da Comarca, confirma a reserva e a quantia é depositada na conta bancária do Oficial de Justiça que cumpriu o mandado toda quinta-feira.
>
> A respeito, segue em anexo a Orientação CGJ n. 43, que trata do assunto.
>
> Deste modo, o SAJ/PG está configurado de forma a garantir ao Oficial de Justiça o recebimento da condução, após o cumprimento do mandado.

> **No mais, eventuais falhas podem existir, pois nenhum sistema está livre de problemas, não só na questão das conduções, mas em todo o processo eletrônico em si (Cartório, Contadoria, Distribuição, Gabinete do Magistrado), as quais são equacionadas com a maior brevidade possível pela DTI em conjunto com a SOFTPLAN.**
>
> **Destaca-se que requerimentos do SINDOJUS-SC pedindo o recebimento da condução de maneira antecipada são corriqueiros. Isso porque, desde abril/2011, deixou de ocorrer o rateio de conduções entre os oficiais de justiça. Referida prática garantia a eles o recebimento de todas as conduções que eram recolhidas pelos interessados quinzenalmente, situação que gerava o crédito de quantias consideráveis em suas contas bancárias, sem a necessidade de cumprir o mandado. Inclusive, ainda há mandados das Comarcas a serem expedidos que dizem respeito a época em que os rateios eram realizados.**
>
> **Assim sendo, em virtude de mencionada mudança, a reclamação que estão recebendo a menor é constante, pois agora a importância é creditada por mandado cumprido e não pelo valor global que as partes recolhem na quinzena. Isto significa que as quantias depositadas não alcançarão as somas antes creditadas pelo rateio.** (fl. 6, grifo nosso).

De acordo com as informações supra, antes da entrada em vigor da Resolução n. 6/2011, que modificou os procedimentos para recolhimento de valores relativos à antecipação de conduções, bem como a forma de ressarcimento aos servidores que cumpriram mandados, havia quinzenalmente o rateio de todos os montantes recolhidos pelas partes em favor dos oficiais de justiça da respectiva comarca, independentemente do cumprimento dos mandados judiciais.

Contudo, após o advento da Resolução n. 6/2011, todos os recolhimentos relacionados à antecipação de conduções aos oficiais de justiça, que antes eram depositados em contas individuais de cada comarca, passaram a ser realizados centralizadamente em conta-corrente

específica, administrada pela Diretoria de Orçamento e Finanças deste Tribunal de Justiça. E o repasse de valores passou a ser realizado aos servidores somente após o cumprimento do mandado, estando o SAJ/PG programado neste sentido, conforme Orientação n. CGJ n. 43, inexistindo quaisquer falhas significativas no sistema (fls. 8/32).

A pretendida alteração da Resolução n. 6/2011-CM não encontra qualquer amparo na Resolução n. 153/2012 do CNJ, pois esta determina, em seu art. 1º, que "os tribunais devem estabelecer procedimentos para garantir o recebimento antecipado do valor necessário para o custeio de diligência nos processos em que o pedido seja formulado pela Fazenda Pública, Ministério Público ou beneficiário da assistência judiciária gratuita, pelo oficial de justiça". E esta Corte, há muito, prevê no art. 356 do Código de Divisão e Organização Judiciárias, gratificação de diligência sobre o vencimento para os Oficiais de Justiça com exercício nas Varas do Crime, da Fazenda Pública e naqueles processos que envolvem interesses de menores (art. 1º da Resolução 11/2006 – CM).

Logo, antes mesmo da entrada em vigor da Resolução n. 153/2012 do CNJ, as providências lá descritas, em regra, já estavam sendo realizadas por este Tribunal, que garante aos seus servidores gratificação mensal, justamente para o custeio de diligências oriundas de processos nos quais o recolhimento de valores não é realizado.

Desta feita, a irresignação do SINDOJUS – SC contra a Resolução n. 6/2011, no intuito de voltar a antecipar valores para custeio de diligências independente do cumprimento do mandado não merece guarida.

Voto pelo indeferimento do pleito.

ÓRGÃO ESPECIAL

Direta de Inconstitucionalidade n. 9143624-86.2015.8.24.0000, de Tribunal de Justiça
Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUSCITADA A ILEGITIMIDADE DO PREFEITO MUNICIPAL E DO PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES PARA COMPOR O POLO PASSIVO DA LIDE. INSUBSISTÊNCIA. AUDIÊNCIA DOS ÓRGÃOS E AUTORIDADES DOS QUAIS EMANOU O ATO NORMATIVO. IMPOSIÇÃO LEGAL (ART. 12 DA LEI ESTADUAL 12.069/01). PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO CARACTERIZADO PELA INEXISTÊNCIA DE PARTES. ALEGADA A PERDA DO OBJETO DA AÇÃO ANTE A EDIÇÃO DA LEI ORDINÁRIA MUNICIPAL N. 3.586/2011. INOCORRÊNCIA. NORMA IMPUGNADA NÃO REVOGADA PELA SUPERVENIENTE. PRELIMINARES AFASTADAS. LEI MUNICIPAL QUE CRIA FUNDO ATINENTE A ÓRGÃO INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL E INSTITUI TRIBUTO NA ESPÉCIE "TAXA" PARA CUSTEAR SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA ESTATAL (CORPO DE BOMBEIROS MILITAR). IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADE QUE POR SER PRESTADA DE FORMA GENÉRICA, DIRIGIDA À TODA COLETIVIDADE (SERVIÇO *UTI UNIVERSI*), DEVE SER SUSTENTADA POR MEIO DE IMPOSTOS. SEGURANÇA PÚBLICA INCLUÍDA ENTRE O ROL DE DEVERES DO ESTADO E GARANTIA DOS CIDADÃOS. USURPAÇÃO, ADEMAIS, DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DO ESTADO PARA REGULAMENTAR A MATÉRIA. ATIVIDADE DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR VINCULADA AO PODER ESTADUAL E SUBORDINADA AO GOVERNADOR DO ESTADO. VÍCIOS MATERIAL E FORMAL PLENAMENTE VERIFICADOS. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 107 E 125, II, DA CARTA ESTADUAL INCONTESTE. PRECEDENTES DESTA CORTE. PEDIDO

JULGADO PROCEDENTE.

1. A atividade do bombeiro militar encontra-se inserida no âmbito da segurança pública e é prestada de forma genérica, isto é, para toda a coletividade, não sendo possível distinguir quem dela usufrui diretamente, por tratar-se de um serviço à disposição de todo e qualquer cidadão. Logo, por ser a segurança pública um dever do Estado, exercida para preservação da ordem e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, essa atividade só pode ser sustentada por meio de impostos e não por taxas que, sabidamente, pressupõem a prestação de um serviço público específico e divisível.

2. *"Carece o Município de competência para legislar sobre a criação de fundo destinado a custear órgão integrante da administração estadual, bem como para instituir taxa com o intuito de remunerar a prestação de serviço público prestado pelo Estado"* (ADI n.º 2006.036319-9, Des. Sérgio Paladino).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade n. 9143624-86.2015.8.24.0000, da comarca de Xaxim em que é Requerente Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Requeridos Prefeito do Município de Xaxim e Câmara de Vereadores do Município de Xaxim.

O Órgão Especial decidiu, por unanimidade, afastar as preliminares e, no mérito, julgar procedente o pedido.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Ricardo Fontes, Des. Salim Schead dos Santos, Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Des. Jaime Ramos, Des. Alexandre d'Ivanenko, Des. Lédio Rosa de Andrade, Des. Jorge Schaefer Martins, Des. Sérgio Izidoro Heil, Des. Jânio Machado, Des. Raulino Jacó Brüning, Des. Ronei Danielli, Des. Ricardo Roesler, Des. Rodrigo Collaço, Des. Pedro Manoel Abreu, Des. Newton Trisotto, Des. Luiz Cézar Medeiros, Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Des. Fernando Carioni, Des. Torres Marques e Des. Rui Fortes .

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2017.

Desembargador Marcus Tulio Sartorato
Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com base no artigo 85, incisos III e VII, da Constituição Estadual, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, objetivando inquinar a Lei Complementar n. 12/2003, do Município de Xaxim, por contrariedade ao art. 50, § 2º, I, ao art. 108 e ao art. 125, II, da Carta Estadual.

Sustenta, em síntese, que a legislação impugnada ostenta vício material, porquanto institui taxas de exame de projetos para segurança contra sinistros e de vistorias para sustentar atividades que são tipicamente de segurança pública e que não se confundem com "serviço público específico e divisível", estes sim possíveis de serem financiados por taxas, a teor do art. 125, II, da Constituição do Estado. Assevera, ainda, que o diploma em questão também padece de vício formal, visto que adentrou em matéria de competência normativa do Estado, porquanto criou fundo destinado a custear órgão integrante da Administração Estadual (Polícia Militar) e diretamente subordinado ao Chefe do Poder Executivo Estatal. Por conta disso, requer a concessão de medida cautelar a fim de suspender os efeitos da legislação atacada e, ao final, a declaração da inconstitucionalidade do normativo invocado.

Conquanto notificado, o Presidente da Câmara de Vereadores deixou transcorrer *in albis* o prazo para prestar informações (fl. 23).

O Procurador-Geral do Município, em petição firmada também pelo Prefeito Municipal, apresentou "contestação", na qual suscita, preliminarmente, a ilegitimidade passiva dos "requeridos" e a carência de ação ante a superveniência da Lei n. 3.586/2011. No mérito, sustenta a constitucionalidade da lei combatida (fls. 29/35).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra da ilustre Procuradora Vera Lúcia Ferreira Copetti, reiterou o pedido inicial, para que seja declarada inconstitucional a lei impugnada (fls. 44/58).

VOTO

1. Tendo sido adotado o rito abreviado previsto no art. 12 da Lei Estadual n. 12.069/2001, passa-se à análise direta das preliminares e do *meritum causae*.

2. Preliminarmente, pelo Procurador-Geral do Município, foi suscitada a ilegitimidade passiva dos "requeridos". Contudo, não lhe assiste razão.

Conforme afirma o próprio subscritor, "*o processo de ação direta de inconstitucionalidade é objetivo, não há meio de se discutir qualquer direito subjetivo violado criador de pretensão e, por isso mesmo, não possui partes*" (fl. 30). Justamente por isso, os órgãos e autoridades das quais emanou a lei impugnada foram notificados apenas para prestar informações, nos estritos termos do art. 12 da Lei Estadual n. 12.069/2001.

Sem maiores digressões, tendo em vista a manifesta impertinência da tese, afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

3. Não merece prosperar, da mesma forma, a carência de ação suscitada ante a superveniência da Lei 3.586/11.

Por oportuno, acerca da questão, anotou em seu parecer a Ilustre Procuradora Vera Lúcia Ferreira Copetti (fls. 47/52):

> Ainda, acerca da alegada perda do objeto da Ação por falta de interesse processual, entende-se que a edição da Lei n. 3.586, de 31 de maio de 2011, do Município de Xaxim, não importou na revogação tácita da Lei Complementar Municipal n. 12/2003, cuja constitucionalidade ora se questiona, já que este fenômeno só ocorre quando a lei posterior regular inteiramente a matéria tratada na anterior ou trouxer regramentos incompatíveis com esta, *ex vi* do art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.
>
> Veja-se que a Lei Complementar Municipal n. 12/2003, ora impugnada, estabelece, em síntese, várias regras de segurança contra sinistros em edificações, cria o Fundo Municipal de Reequipamento do Corpo de Bombeirosdo Município de Xaxim – FUNREBOM e institui a "Taxa de Exame de Projetos para Segurança contra Sinistros" e a "Taxa de Vistorias de Segurança contra Sinistros", possuindo a seguinte formatação:
>
> (...)
>
> A Lei Municipal n. 3.586/2011, por seu turno, limita-se, basicamente, a autorizar o Poder Executivo de Xaxim a firmar convênio com o Estado de Santa Catarina, por meio do Corpo de Bombeiros Militar, para a execução de serviços de prevenção, combate a sinistros e outros direcionados aos bombeiros, o que, além de se tratar de uma autorização legislativa de prerrogativa que já é inerente ao Poder Executivo e que encontra amparo no art. 137, §3º da Constituição Estadual, que reproduz o disposto no art. 241 da Constituição Federal, não tem o condão de substituir a norma objeto desta ADI para efeito de extinção do processo sem julgamento do mérito.

De fato, a Lei Ordinária Municipal n.º 3586/2011 apenas autoriza o Poder Executivo Municipal a firmar convênio com o Estado de Santa Catarina para a execução do serviço de Bombeiros, dispondo que os recursos arrecadados serão depositados no Fundo Municipal de Reequipamento do Corpo de Bombeiros Militar – FUNREBOM, o que

não implica em revogação – sequer tácita – da Lei que criou o referido Fundo, pelo que se afasta a preliminar.

3. O Órgão Ministerial pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal Complementar n.º 12/2003, do Município de Xaxim, que "*dispõe sobre a segurança contra sinistros em edificações, cria o fundo municipal de reequipamento do Corpo de Bombeiros – FUNREBOM, e dá outras providências*". Argumentou que tal normativo, além de usurpar a competência legislativa estadual sobre a matéria, instituiu taxas para sustentar atividades que só poderiam ser tributadas através de impostos, já que não constituem "*serviço público específico e divisível*". Para tanto, alegou a violação do art. 125, II, da Constituição do Estado.

Para efetiva elucidação da controvérsia, imperioso transcrever, primeiramente, o art. 145, II, da Constituição Federal:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
>
> I - [...]
>
> II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;
>
> III - [...].

O tributarista Luciano Amaro também tece relevantes comentários sobre o assunto e que merecem destaque nesse julgado:

> As taxas de serviço têm por fato gerador uma atuação estatal consistente na execução de um serviço público, específico e divisível, efetivamente prestado ou posto à disposição do contribuinte (CF, art. 145, II).
>
> [...]

> Assim como as taxas de polícia só se justificam pelo exercício regular do poder de polícia na esfera de competência própria, só é legítima a taxa de serviço se este se insere no âmbito da competência do ente político tributante (CTN, art. 80).
>
> **Serviços divisíveis, diz o Código Tributário Nacional, são aqueles suscetíveis de ser fruídos isoladamente por cada usuário. Serviços indivisíveis (como a defesa do território nacional) não comportam taxação.** Já o serviço jurisdicional, sendo divisível, ao permitir que cada usuário dele se utilize isoladamente, enseja a cobrança de taxa (custas) de cada indivíduo que solicitar do Estado a prestação jurisdicional, assumindo o contribuinte (em relação jurídica de diversa natureza) o direito de reembolso pela outra parte, se vitorioso.
>
> É ocioso dizer que os serviços, sobre serem divisíveis, precisam ser específicos para que se sujeitem a taxação. **Os serviços gerais ou indivisíveis (como a gestão patrimonial do Estado, a defesa do território, a segurança pública, etc.) são financiáveis com a receita de impostos, e não com taxas de serviço, pois configuram atividades que o Estado desenvolve em atenção a toda a coletividade, sem visar a este ou àquele indivíduo, sendo irrelevante saber se tais atividades são ou não específicas.** Já no caso dos serviços que ensejam a cobrança de taxa, sua necessária divisibilidade pressupõe que o Estado os destaque ou especialize, segregando-os do conjunto de suas tarefas, para a eles vincular a cobrança de taxas. A partir do momento em que o Estado se aparelha para executar o serviço, está atendida a exigência de "especificação". Se (específico embora) o serviço for indivisível, descabe taxá-lo; se divisível, a taxa pode ser instituída. Ou seja, o que importa é a divisibilidade, e não a especificidade do serviço (in Direito Tributário Brasileiro. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 33-34, grifou-se).

Na hipótese, a Lei impugnada instituiu taxas como forma de captação de receitas. Ocorre que a atividade do corpo de bombeiros militar encontra-se inserida no âmbito da segurança pública e é prestada de forma genérica, isto é, para toda a coletividade, não sendo possível distinguir quem dela usufrui diretamente, por tratar-se de um serviço à disposição de todo e qualquer cidadão. Logo, por ser a segurança

pública um dever do Estado, exercida para preservação da ordem e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, essa atividade só pode ser sustentada por meio de impostos e não por taxas que, como visto, pressupõem a prestação de um serviço público específico e divisível.

Por oportuno, ressalta-se o disposto no art. 105 da Constituição Estadual:

> Art. 105. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, e exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
>
> I – Polícia Civil;
>
> II – Polícia Militar;
>
> III – Corpo de Bombeiros Militar;
>
> IV – Instituto Geral de Perícia.
>
> §1º - A lei disciplinará a organização, a competência, o funcionamento e os efetivos dos órgãos responsáveis pela segurança pública do Estado, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

Em situações análogas à presente, o Supremo Tribunal Federal já assentou:

> Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 2º e Tabela V, ambos da Lei 6.010, de 27 de dezembro de 1996, do Estado do Pará. Medida Liminar. Em face do artigo 144, *caput*, inciso V e parágrafo 5º, da Constituição, sendo a segurança pública, dever do Estado e direito de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através, entre outras, da polícia militar, essa atividade do Estado só pode ser sustentada pelos impostos, e não por taxa, se for solicitada por particular para a sua segurança ou para a de terceiros, a título preventivo, ainda quando essa necessidade decorre de evento aberto ao público. Ademais, o fato gerador da taxa em questão não caracteriza sequer taxa em razão do exercício do poder de polícia, mas taxa pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos

e divisíveis, o que, em exame compatível com pedido de liminar, não é admissível em se tratando de segurança pública. Ocorrência do requisito da conveniência para a concessão da liminar. Pedido de liminar deferido, para suspender a eficácia *ex nunc* e até final julgamento da presente ação, da expressão "serviço ou atividade policial militar, inclusive policiamento preventivo" do artigo 2º, bem como da Tabela V, ambos da Lei 6.010, de 27 de dezembro de 1996, do Estado do Pará (ADI-MC/PA, Min. Moreira Alves).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.084, DE 29.12.2000, DO ESTADO DO CEARÁ. INSTITUIÇÃO DE TAXA DE SERVIÇOS PRESTADOS POR ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA. ATIVIDADE QUE SOMENTE PODE SER SUSTENTADA POR IMPOSTOS. PRECEDENTES. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE (ADIN n.º 2.424/CE, Min. Gilmar Mendes).

E do corpo do referido voto, extrai-se:

A matéria discutida nestes autos foi objeto de percuciente análise desta Corte, por último, na ADIN n. 1.942, de relatoria do Ministro Moreira Alves. Tal como assente no aludido precedente, São Paulo só pode ser sustentada pelos impostos, e não por taxa, se for solicitada por particular para sua segurança ou para a de terceiros, a título preventivo, ainda quando essa necessidade decorre de evento aberto ao público (ADI (MC) 1942, DJ 22.10.1999). Tal como anotado no parecer da Procuradoria-Geral da República essa orientação já havia sido expressa na Rp 992-AL, relatada por Thompson Flores (DJ 1º/07/1980).

Também em relação à modalidade de contra-prestação pelo exercício do poder de polícia, não há como preservar o modelo legislativo cearense. É que, como anota o parecer da Procuradoria-Geral da República, "não se pode conceber a instituição de taxa que tenha por fundamento o poder de polícia exercido por órgãos da Administração **compreendidos na noção de segurança pública**, reitere-se, 'dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, (...) exercida a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio', a teor do art. 144, *caput*, do Estatuto Fundamental" (fls. 103).

Nesses termos, o meu voto é pela procedência da ação.

Este Tribunal não diverge do referido entendimento, senão vejamos:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR N. 63/2010 - ESTIPULAÇÃO DE NORMAS DE SEGURANÇA CONTRA SINISTRO E A CRIAÇÃO DO FUNDO DE REEQUIPAMENTO DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR - VÍCIOS DE ORDEM FORMAL E MATERIAL - COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL PARA DISCIPLINAR ACERCA DO FUNREBOM - MÁCULA VERIFICADA - ESTIPULAÇÃO DE TAXAS PARA CUSTEAR ESSE FUNDO - IMPOSSIBILIDADE - ATIVIDADE UTI UNIVERSO - INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 2º A 14 DA NORMA EM COMENTO, DEMAIS ARTIGOS QUE NÃO APRESENTAM QUALQUER VÍCIO, POIS ESTÃO DENTRO DA COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DO MUNICÍPIO - MATÉRIA QUE JÁ FOI OBJETO DE EXAME POR ESSE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PORQUANTO O MUNICÍPIO DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ, EM 2002, HAVIA EDITADO A LEI COMPLEMENTAR N. 14 QUE VERSAVA SOBRE IDÊNTICO ASSUNTO, CONSOANTE SE VERIFICA NA ADI N. 2005.031019-5 - EDIÇÃO DE OUTRA LEI COMPLEMENTAR, PORÉM COM AS MESMAS MÁCULAS - PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.033991-9, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. José Volpato de Souza)

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIDO VÍCIO FORMAL E MATERIAL DA LEI MUNICIPAL N. 955/04, DE URUBICI, QUE CRIOU O FUNDO DE REEQUIPAMENTO DO CORPO DE BOMBEIROS DA ORGANIZAÇÃO DE BOMBEIROS MILITAR EM URUBICI E TAXAS PARA O SEU FOMENTO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL PARA LEGISLAR ACERCA DO CORPO DE

BOMBEIROS MILITAR. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE TAXAS PARA CUSTEAR SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA. ATIVIDADE TIPICAMENTE SUSTENTADA POR IMPOSTOS. BITRIBUTAÇÃO. OFENSA AOS ARTIGOS 144, § 6º E 145, INCISO II DA CF; 105, 108 E 125, INCISO II DA CE. PRECEDENTES DO PLENÁRIO (ADIN n. 2005.007821-1, ADIN n. 2007.009873-8 E ADIN n. 2006.021051-3). PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INCIAL. (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.031711-9, de Urubici, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO - PRELIMINAR REJEITADA - LEIS NS. 1.841/1999, 1.943/2000 E 2.632/2006 DO MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ, QUE DISPÕEM SOBRE A SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIOS EM EDIFICAÇÕES E CRIAM O FUNDO MUNICIPAL DE REEQUIPAMENTO DO CORPO DE BOMBEIROS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA SEDIADO NO MUNICÍPIO ACIMA MENCIONADO - LIMINAR CONCEDIDA E REFERENDADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL PLENO, SUSPENDENDO OS SEUS EFEITOS ATÉ O JULGAMENTO FINAL DA AÇÃO - REVOGAÇÃO DE TAIS NORMAS PELA EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR N. 001/2008 - PERDA DE OBJETO INOCORRENTE - ADITAMENTO FORMULADO PELO AUTOR PARA INCLUSÃO DESTA E DAS DEMAIS LEIS NO OBJETO DA AÇÃO, POR VEICULAR ESTA ÚLTIMA AS MESMAS INCONSTITUCIONALIDADES DAS NORMAS REVOGADAS - DEFERIMENTO - INSURGIMENTO MANIFESTADO PELO MUNICÍPIO ATRAVÉS DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO REGIMENTAL, AO FINAL DESPROVIDO POR ESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO - JULGAMENTO CONJUNTO DE TODAS AS LEIS IMPUGNADAS - POSSIBILIDADE - FLAGRANTE EXISTÊNCIA DE VÍCIO FORMAL E MATERIAL - ARTIGOS 108, 50, § 2º, I E 125, II, DA CARTA ESTADUAL - APLICAÇÃO À HIPÓTESE, DO ARTIGO 12 DA LEI N. 12.069/2001 - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

(Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2008.060298-7, de Balneário Camboriú, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE CONCENTRADO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO CECCON – INOCORRÊNCIA – DELEGAÇÃO DE FUNÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA A MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU – POSSIBILIDADE – EXEGESE DO ART. 125 DA CF; ART. 85, INC. III, DA CE; ART. 93 DA LOMPSC E ART. 29 DA LOMP.

[...];

4. TAXA DE SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIOS E TAXA DE SEGURANÇA OSTENSIVA CONTRA DELITOS – LEIS ESTADUAIS N. 7.541/88 E 12.064/01 – SERVIÇO PÚBLICO UTI UNIVERSI – ATIVIDADE QUE DEVE SER SUSTENTADA POR IMPOSTO – COMPETÊNCIA PARA INSTITUIR FUNDOS ATINENTES A ÓRGÃOS INTEGRANTES DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL – COMPETÊNCIA DO GOVERNADOR DO ESTADO – VÍCIOS MATERIAIS DE INCONSTITUCIONALIDADE – APRECIAÇÃO DO MÉRITO – INTELIGÊNCIA DO ART. 12 DA LEI 12.069/01 – PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS.

"Os tributos de Segurança contra incêndios e segurança ostensiva contra delitos, à toda evidência, não se enquadram nos moldes legais referentes às taxas, uma vez que concernem a serviço uti universi, e não uti singuli. Noutras palavras, os requisitos da especificidade não é obedecido, pois não se consegue distinguir os contribuintes que usufruem do benefício de segurança pública dos que dele não usufruem" (TJSC-MS n.1988.067637-4).

Por ser a segurança pública dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, essa atividade só pode ser

> sustentada por meio de imposto e não por taxa (ADI n.º 2005.007821-1, Des. Mazoni Ferreira).
>
> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU. REJEIÇÃO.
>
> [...]
>
> LEI MUNICIPAL QUE CRIOU FUNDO ATINENTE A ORGÃO INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL E INSTITUIU TRIBUTO PARA CUSTEAR SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO PELO ESTADO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA NORMATIVA ESTADUAL. TAXA DE PREVENÇÃO CONTRA INCÊNDIO. SERVIÇO PÚBLICO UTI UNIVERSI. ATIVIDADE QUE DEVE SER CUSTEADA POR IMPOSTOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.
>
> Carece o Município de competência para legislar sobre a criação de fundo destinado a custear órgão integrante da administração estadual, bem como para instituir taxa com o intuito de remunerar a prestação de serviço público prestado pelo Estado.
>
> A atividade de segurança pública é função estatal de destinação geral e impessoal, logo, não pode ser sustentada por taxa, que exige a prestação de serviço público específico e divisível (ADI n.º 2006.036319-9, Des. Sérgio Paladino).

Portanto, inconteste a inconstitucionalidade dos tributos instituídos pela Lei Complementar Municipal n.º 12/2003, visto que insuscetível a cobrança de taxas para o custeio de serviços inerentes ao Corpo de Bombeiros Militar.

4. Constatada a flagrante inconstitucionalidade material da legislação ora impugnada é de se reconhecer, igualmente, a inconstitucionalidade formal nela existente.

A Lei Municipal n.º 12/2003, que instituiu o FUNREBOM criou, na verdade, um fundo visando angariar receita destinada a órgão da Administração Pública Estadual, o que, por certo, também é inviável, já que cabia ao Poder Estadual competente editar tal regulamentação.

Destarte, seja por vício material ou por vício formal, a declaração de inconstitucionalidade da Lei impugnada, em seu inteiro teor, é medida que se impõe.

5. Ante o exposto, vota-se no sentido de afastar as preliminares e, no mérito, julgar procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar n.º 12/2003, do Município de Xaxim.

Direta de Inconstitucionalidade n. 9143618-79.2015.8.24.0000, de Tribunal de Justiça
Relator: Des. Newton Trisotto

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI QUE DISPÕE SOBRE O SERVIÇO DE TÁXI NO MUNICÍPIO DE PALHOÇA. IMPUGNAÇÃO AOS ARTS. 26, IX, PARTE FINAL, 64 E 65 DA LEI N. 1.758/2003. TRANSFERÊNCIA DA PERMISSÃO PARA EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO SEM O DEVIDO PROCESSO LICITATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOA-LIDADE E OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO. AFRONTA AO ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 137, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PRETENSÃO JULGADA PROCEDEN-TE.

Por força do disposto no art. 175 da Constituição da República, *"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"***,** dentre os quais está compreendido o de transporte individual de passageiros.

Conforme consolidada jurisprudência (STF: AgRgRE n. 412921, Min. Ricardo Lewandowski; ADI n. 3.521, Min. Eros Grau; TJSC: ADI n. 2010.025686-6, Des. Fernando Carioni; ADI n. 2014.031557-1, Des. Ricardo Fontes; ADI n. 2012.029924-0, Des. Sérgio Roberto Baasch Luz; ADI n. 2009.050307-7, Des. Marli Mosimann Vargas), viola o "princípio da licitação" lei que, ao dispor sobre "serviço de táxi": I) autoriza, em situações excepcionais, que o permissionário ceda ou transfira *"a permissão outorgada ou a 'Licença de Tráfego' do veículo"*; II) mantém *"pelo prazo de 15 (quinze) anos" as "atuais autorizações e/ou permissões que estiverem com o prazo vencido e aquelas que*

> *estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior"*; III) permite a *"transferência da permissão"*, ainda que "com o objetivo exclusivo de sua regularização" (Lei n. 1.758/2003, do Município de Palhoça, arts. 26, inc. IX, 64 e 65).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade n. 9143618-79.2015.8.24.0000, da Comarca de Tribunal de Justiça () em que é/são Requerente(s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Requerido(s) Prefeito do Município de Palhoça e outro:

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, julgar procedente a pretensão do autor e declarar inconstitucionais a expressão "exceto nos casos previstos em lei ou casos excepcionais mediante autorização expressa da Diretoria de Trânsito" contida na parte final do inc. IX do art. 26, bem como os arts. 64 e 65 da Lei n. 1.758, de 18 de novembro de 2003, do Município de Palhoça.

O julgamento, realizado no dia 15 de fevereiro de 2017, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Rui Fortes, Marcus Túlio Sartorato, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Lédio Rosa de Andrade, Jorge Schaefer Martins, Sérgio Izidoro Heil, Jânio Machado, Raulino Jacó Brüning, Ronei Danielli, Ricardo Roesler, Rodrigo Collaço e Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 10 de maio de 2017.

Desembargador Newton Trisotto
RELATOR

RELATÓRIO

O **Ministério Público do Estado de Santa Catarina** intentou "*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*" objetivando que sejam declarados inconstitucionais o *"art. 26, inciso IX, relativamente à expressão 'exceto nos casos previstos em lei ou casos excepcionais mediante autorização da Diretoria de Trânsito'", e os "arts. 64 e 65, todos da Lei n. 1.758, de 18 de novembro de 2003, do Município de Palhoça, por violação ao art. 137, § 1º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, que guarda consonância com o art. 175, caput, da Constituição Federal"*.

Assevera, em síntese, que:

– *"O Município de Palhoça, ao possibilitar a transferência direta, a qualquer título, da permissão outorgada para exploração do serviço municipal de táxi, e manter essa outorga pelo prazo de quinze anos, prorrogável por igual período, incidiu em ofensa ao princípio da obrigatoriedade de licitação"*.

– *"Não pode o Estado escolher livremente o concessionário ou o permissionário de seus serviços, sob pena de violar a regra da licitação, bem como os princípios da igualdade e da moralidade que lhe são inerentes, já que, dessa forma, estar-se-ia beneficiando determinadas pessoas em detrimento do princípio da primazia do interesse público e indo de encontro aos objetivos do processo licitatório"*.

– *"Ao manter por quinze anos as permissões já concedidas, vencidas ou que vigoram por prazo indeterminado, e permitir que sejam prorrogadas por igual lapso temporal, o legislador municipal, em afronta à determinação constitucional, autoriza a prestação do serviço municipal de táxi, por determinado período, de forma precária (sem licitação), em descompasso com a Lei Maior"*.

– *"A transferência direta (sem licitação) das permissões à meeira e/ou aos herdeiros do permissionário falecido ou considerado inválido, autorizada pelo art. 65, § 2o, da Lei n. 1.758/2003, do Município de Palhoça, permite que a execução desse serviço público seja realizada, continuamente, por um grupo familiar, como se fosse um direito transferível por herança, estabelecendo-lhes, assim, um privilégio, em detrimento dos demais interessados na prestação do mencionado serviço público"*.

– "Ainda que a Política Nacional de Mobilidade Urbana (§§ 1o a 3o do art. 12-A da Lei Federal n. 12.587/2012, incluídos pela Lei Federal n. 12.865/2013) autorize a transferência direta a terceiros da outorga do direito de exploração do serviço de táxi, bem como o seu trespasse aos sucessores legítimos do outorgado, em caso de falecimento deste, como se fosse um direito sucessório a ser assegurado nos moldes dos arts. 1.829 e seguintes do Código Civil (Lei n. 10.406/2002), em atenção aos preceitos constitucionais é necessária a realização de licitação para que seja outorgada ou transferida a permissão do direito de exploração de serviços de táxi, a qual não pode ocorrer de forma automática ou discricionária".

Tão somente o Prefeito e o Procurador-Geral do Município de Palhoça defenderam as normas impugnadas. O Presidente da Câmara de Vereadores quedou silente. Disseram aqueles, conjuntamente:

> "[...]
>
> 8 – Como já esclarecido anteriormente, o artigo 26, inciso IX, da Lei Municipal nº 1.758/2003 estabelece que o permissionário da licença de tráfego (táxi) não poderá ceder ou transferir a que título for, a referida transferência de licença, exceto nos casos previstos em lei ou em casos excepcionais mediante autorização expressa da diretoria de trânsito.
>
> 9 – Ocorre que a permissão de licença é um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, razão pela qual o Poder Público pode conceder ou revogar a qualquer tempo, desde que observada a legalidade e o interesse público.
>
> 10 – E somente em casos excepcionais, em que a autoridade competente observa a existência de interesse público, que a transferência é autorizada, mediante ato administrativo devidamente fundado.
>
> 11 – Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência:
>
> AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. CONDOMÍNIO SOBRE UM VEÍCULO TÁXI. AVERBAÇÃO JUNTO À EPTC. 'É consabido que a concessão para o uso de placa de táxi é um ato discricionário da

administração pública, podendo a mesma ser transferida para a viúva ou os herdeiros menores do agravado. Assim, embora não seja de fato viável a alienação da aludida permissão concedida pelo poder público é possível a sua transferência. Agravo monocraticamente provido.' (TJ/RS – Agravo de Instrumento n. 70036501591, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Guinther Spode, Julgado em 16/12/2011).

12 – Mas isso não quer dizer que a autoridade competente tem um 'cheque em branco' para autorizar a transferência da licença de tráfego, mas que este pode excepcionalmente e por fundado interesse público, autorizar essa transferência, notadamente para que os usuários que tanto necessitam desse serviço não sofram prejuízos.

13 – Além disso, o Município de Palhoça concorda que a concessão de licença de tráfego deva, doravante, ser objeto de prévio processo licitatório, em razão de se tratar da prestação de um serviço personalíssimo e relevante.

14 – Tanto isso é verdade, que o Município está estudando e planejando o edital a ser publicado nos próximos meses para licitar a concessão de serviço de tráfego, ao qual será dada ampla publicidade.

15 – Inclusive, Excelências, essa situação está prevista expressamente no artigo 6º e seguintes da Lei Municipal n° 1.758/2003.

16 – Veja-se:

Artigo 6º – Os interessados na exploração do serviço de Táxi submeter-se-ão a processo de licitação pública (modalidade concorrência) a ser elaborado e coordenado pela Prefeitura Municipal, após os estudos necessários à sua realização.

Artigo 7º – Todo e qualquer veículo autorizado à exploração do serviço de Táxi deverá ter uma licença de tráfego expedida pela Diretoria de Trânsito do município, contendo, entre outros, os seguintes documentos:

[...]

> Artigo 8º – O processo de licitação, visando a outorga das permissões, obedecerá aos princípios prescritos na Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações posteriores (Lei de Licitações e Contratos).
>
> 17 – Entretanto, desde a publicação da Lei Municipal em questão no ano de 2003, as administrações anteriores nada fizeram para licitar a prestação e exploração de serviço de táxi, questão que está sendo estudada pela administração atual e será resolvida até o próximo ano".

Requereram, ao final, que "*seja julgada improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade*" (fls. 25/29).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça reiterou os fundamentos e requerimentos deduzidos na petição inicial (fls. 32/42).

VOTO

01. Transcrevo os preceptivos legais impugnados e os constitucionais tidos por violados:

> **– Lei n. 1.758/2003, do Município de Palhoça:**
>
> *"Art. 26 Sem prejuízo das obrigações e responsabilidades prescritas nesta Lei, obriga-se, ainda, o Permissionário:*
>
> [...]
>
> *IX – não ceder ou transferir, seja a que título for, a permissão outorgada ou a 'Licença de Tráfego' do veículo, exceto nos casos previstos em lei ou casos excepcionais mediante autorização expressa da Diretoria de Trânsito;*
>
> [...]
>
> *Art. 64* ***As atuais autorizações e/ou permissões que estiverem com o prazo vencido e aquelas que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, serão mantidas pelo prazo de 15 (quinze) anos a contar da data da presente Lei.***

Parágrafo Único – O contrato de Adesão de Permissão assegurará o direito de prorrogação por igual período, nos termos do § 5º, do art. 4º, desta Lei, desde que observadas e cumpridas as exigências nela prescritas.

Art. 65 ***O permissionário poderá, a contar da data de publicação desta lei, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, mediante requerimento devidamente justificado a Diretoria de Trânsito, efetuar a transferência da permissão, com o objetivo exclusivo de sua regularização.***

§ 1º A transferência de que trata o 'caput' deste artigo será permitida apenas por uma vez, e desde que o permissionário sucessor preencha os requisitos estabelecidos nesta Lei.

§ 2º A transferência da permissão será assegurada a meeira e/ou herdeiros, no caso de falecimento ou invalidez, comprovado judicialmente".

– Constituição da República:

"Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

– Constituição do Estado de Santa Catarina:

"Art. 137 Ao Estado incumbe a prestação dos serviços públicos de sua competência, diretamente ou mediante delegação.

§ 1º A delegação, se for o caso e nos termos da legislação vigente, será precedida de licitação".

02. Para o Supremo Tribunal Federal, "*a prorrogação não razoável de concessão de serviço público ofende a exigência constitucional de que ela deve ser precedida de licitação pública*" (AgRgRE n. 412.921, Min. Ricardo Lewandowski; ADI n. 3.521, Min. Eros Grau).

Nessa linha e em casos similares ao *sub judice*, esta Corte tem decidido:

– *"Afronta a exigência constitucional de prévia licitação a lei que permite a manutenção e prorrogação de autorizações e permissões para exploração do serviço de táxi sem que se realize o devido certame licitatório"* (ADI n. 2010.025686-6, Des. Fernando Carioni).

– *"A outorga de concessão dos serviços de táxi, portanto, como não poderia deixar de ser, deve obedecer a prévio processo licitatório, sob pena de violação aos princípios da moralidade e da isonomia"* (ADI n. 2014.031557-1, Des. Ricardo Fontes).

– *"Não há como permitir a alguém que transfira diretamente serviço público que lhe foi delegado. Além de obstar a igualdade de condições aos que querem prestar o serviço e deveriam fazê-lo perante à Administração Pública, a ausência de licitação diminui o controle e a fiscalização da municipalidade, ensejando o esbulho do trabalho humano, bem como a má qualidade do serviço prestado. Caracteriza agressão à Constituição Estadual (art. 112, V), portanto, sob a perspectiva material, a transferência direta do serviço público de transporte individual de passageiros, à míngua da observância dos princípios constitucionais supramencionados"* (ADI n. 2012.029924-0, Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

– *"O ordenamento jurídico não abre espaço para a permissão de serviço público sem o prévio procedimento licitatório; ao contrário, a convalidação de tal ato sem observância das formalidades exigidas pela Administração Pública (que, frise-se, deve compromisso maior com os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência), vem de encontro à finalidade constitucional conferida ao regime da licitação pública, que visa propiciar igualdade de condições e oportunidades para todos os que querem contratar obras e serviços com a Administração, além de atuar como fator de transparência e moralidade dos negócios públicos. Desta feita, se a licitação é condição para conferir direito à permissão, torna-se impossível admitir a possibilidade de transferência da permissão para a exploração de táxi sem prévia anuência do órgão permitente, bem como do procedimento devido, sob pena de violação não só ao princípio que assegura igual oportunidade aos que desejam contratar com o Poder Público, mas*

também à finalidade da seleção" (ADI n. 2009.050307-7, Des. Marli Mosimann Vargas).

– *"Toda e qualquer outorga de permissão para exploração do serviço de transporte individual de passageiros, serviço público que é, deve ser precedida de regular licitação, sob pena de malferir-se os princípios que norteiam a Administração Pública. 'A licitação é um instrumento jurídico para a realização dos valores fundamentais e a realização concreta de fins impostos à Administração', diz Marçal Justen Filho (in: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 43), razão pela qual, sendo ela uma garantia dos administrados, jamais pode ser obviada como passo indispensável à permissão. Sem a licitação, diga-se, a outorga é nula, tornando-se passível de anulação inclusive pela via administrativa. A compra e venda particular de tal outorga afasta a indispensável realização de licitação, acabando com a possibilidade de concorrência em condições de igualdade entre os postulantes à prestação do serviço público. Nestes moldes, além de vulnerar o princípio da impessoalidade, manifestação do princípio da isonomia, ao qual a Administração Pública deve tributar obediência, a ausência de licitação impossibilita o controle dos atos administrativos, a ferir o princípio republicano. Não há, portanto, como permitir que a norma mencionada afaste a indispensabilidade de licitação e abra espaço para a negociação particular da permissão para exploração do serviço de transporte individual"* (ADI n. 2009.050306-0, Des. Sérgio Izidoro Heil).

As ementas são autoexplicativas. Nada lhes é necessário acrescentar.

À luz desses precedentes, é forçoso concluir que assiste razão ao autor; que a pretensão deve ser acolhida, *in totum*.

03. À vista do exposto, declaro inconstitucional a expressão "*exceto nos casos previstos em lei ou casos excepcionais mediante autorização expressa da Diretoria de Trânsito*", contida na parte final do inc. IX do art. 26, bem como inconstitucionais os arts. 64 e 65, todos da Lei n. 1.758, de 18 de novembro de 2003, do Município de Palhoça.

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 9130641-55.2015.8.24.0000, de Caçador
Relator: Des. Fernando Carioni

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS N. 592/2012 E 593/2012 DO MUNICÍPIO DE MACIEIRA. NORMA DE INICIATIVA PARLAMENTAR. ALTERAÇÃO DE CONTRATOS DE PERMISSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS FIRMADOS ENTRE O PREFEITO MUNICIPAL E AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO. DISPOSIÇÃO SOBRE ISENÇÃO DE PAGAMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO AO USO DO IMÓVEL. GESTÃO DE BENS PÚBLICOS. FUNÇÃO TIPICAMENTE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA HARMONIA E DA INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES. VÍCIO FORMAL RECONHECIDO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.
>
> Afronta o princípio de independência e da harmonia dos Poderes consagrado no artigo 32 da Constituição Estadual, o ato normativo, de origem parlamentar, que modifica contrato de permissão de uso de bem público firmado entre o prefeito municipal e a pessoa jurídica de direito privado, na medida em que compete ao executivo dispor sobre a gestão do patrimônio público.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 9130641-55.2015.8.24.0000, da comarca de Caçador (1ª Vara Cível), em que é Requerente Prefeito do Município de Macieira e Requerido Presidente da Câmara Municipal de Macieira:

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade das Leis n. 592 e 593, de 26 de novembro de 2012, do município de Macieira, com efeitos *ex tunc*. Custas legais.

Presidiu a sessão, realizada no dia 3 de maio de 2017, com voto, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, e dela participaram os Exmos. Srs. Des. Rui Fortes, Marcus Túlio Sartorato, César Abreu, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Cid Goulart, Jaime Ramos, Lédio Rosa de Andrade, Jorge Schaefer Martins, Sérgio Izidoro Heil, Rejane Andersen, Jânio Machado, Ronei Danielli, Rodrigo Collaço, Altamiro de Oliveira, Rodolfo C.R.S. Tridapalli, Vera Lúcia Ferreira Copetti, Pedro Manoel Abreu, Newton Trisotto, Luiz Cézar Medeiros e Sérgio Roberto Baasch Luz. Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Aurino Alves de Souza.

Florianópolis, 8 de maio de 2017.

Fernando Carioni
RELATOR

RELATÓRIO

O Prefeito do município de Macieira propôs ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, contra as Leis n. 592 e 593, de 26 de novembro de 2012, por violação aos arts. 1º, 32, 110, 111, 120 e 121 da Constituição do Estado de Santa Catarina.

As leis impugnadas possuem o seguinte teor:

> **Lei n. 592, de 26 de novembro de 2012.**
>
> PARA AUTORIZAR A ALTERAÇÃO NO CONTRATO DE PERMISSÃO DE USO E COMPROMISSO DE IMÓVEL PÚBLICO REFERENTE AO PROCESSO NR. 51/2002 DA CIDADE DE MACIEIRA/SC, ABATEDOURO E COMÉRCIO DE CARNES ROSSI LTDA. ME.
>
> A CÂMARA MUNICIPAL DE MACIEIRA, ESTADO DE SANTA

CATARINA, NO USO DE SUAS ATRIBUIÇÕES, ETC...

APROVA:

Art. 1º Fica autorizado à municipalidade a alteração do contrato de concessão de direito real de uso e compromisso 51/2002 no que tange à cláusula terceira, quanto ao compromisso de pagamento do valor de R$ 200,00, ao concedente.

Art. 2º A alteração consiste na isenção do pagamento dos valores pertinentes às competências vencidas e vincendas, com base na isenção anteriormente concedida, estabelecendo-se em definitivo a isenção do pagamento de quando então o permissionário deverá retornar os pagamentos.

Parágrafo único. A alteração do instrumento contratual acima referido se deve aos investimentos devidamente comprovados pelo concessionário, realizados no imóvel que ficarão encravados e incorporados ao patrimônio municipal.

Parágrafo segundo.A documentação de comprovação dos investimentos realizados no imóvel se encontra anexa ao presente projeto de lei, e ficarão fazendo parte integrante do mesmo para todos os fins, principalmente para comprovar que o investimento realizado supera os valores das competências devidas até o final do contrato.

Art. 3º A presente alteração visa a manutenção dos serviços prestados pelo concessionário, assim como a geração de empregos aos munícipes, e economia ao município.

Art. 4º A finalidade da alteração visa atender aos interesses sociais e fundamentais dos munícipes e em contra partida os princípios que regem a administração pública.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Lei n. 593, de 26 de novembro de 2012.

PARA AUTORIZAR A ALTERAÇÃO NO CONTRATO DE PERMISSÃO DE USO E COMPROMISSO DE IMÓVEL PÚBLICO REFERENTE AO PROCESSO NR. 51/2002 DA CIDADE DE MACIEIRA/SC, SPANI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MADEIRAS LTDA. ME.

A CÂMARA MUNICIPAL DE MACIEIRA, ESTADO DE SANTA CATARINA, NO USO DE SUAS ATRIBUIÇÕES, ETC...

APROVA:

Art. 1º Fica autorizado à municipalidade a alteração do contrato de concessão de direito real de uso e compromisso 51/2002 no que tange à cláusula terceira, quanto ao compromisso de pagamento do valor de R$ 200,00, ao concedente.

Art. 2º A alteração consiste na isenção do pagamento dos valores pertinentes às competências vencidas e vincendas, com base na isenção anteriormente concedida, estabelecendo-se em definitivo a isenção do pagamento de quando então o permissionário deverá retornar os pagamentos.

Parágrafo único. A alteração do instrumento contratual acima referido se deve aos investimentos devidamente comprovados pelo concessionário, realizados no imóvel que ficarão encravados e incorporados ao patrimônio municipal.

Parágrafo segundo.A documentação de comprovação dos investimentos realizados no imóvel se encontra anexa ao presente projeto de lei, e ficarão fazendo parte integrante do mesmo para todos os fins, principalmente para comprovar que o investimento realizado supera os valores das competências devidas até o final do contrato.

Art. 3º A presente alteração visa a manutenção dos serviços prestados pelo concessionário, assim como a geração de empregos aos munícipes, e economia ao município.

> Art. 4º A finalidade da alteração visa atender aos interesses sociais e fundamentais dos munícipes e em contra partida os princípios que regem a administração pública.
>
> Art. 5º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Sustenta, em linhas gerais, que as normas padecem de vício de inconstitucionalidade formal, uma vez disporem sobre matéria de iniciativa reservada ao prefeito municipal – orçamento do poder executivo, renúncia tributária e organização administrativa (modificação de contrato de permissão de uso de bem público).

Enfatiza que as leis padecem de vício formal, porquanto, a despeito das disposições expressas da Lei Orgânica do Município, as normas de iniciativa parlamentar não foram encaminhadas ao poder executivo para sanção ou veto, no que descumpriu com o competente processo legislativo.

Menciona, ainda, afronta ao art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000) e ao art. 73, § 10, do Código Eleitoral (Lei n. 9.504/1997).

Requer, diante desse contexto, a concessão de medida cautelar, com a imediata suspensão da eficácia das leis impugnadas. E, ao final, a procedência do pedido para que seja declarada a inconstitucionalidade das Leis n. 592 e 593, de 26 de novembro de 2012, do município de Macieira.

Pelo Relator, foi determinado o processamento da ação na forma do art. 12 da Lei Estadual n. 12.069/2001, com a notificação do Presidente da Câmara de Vereadores para prestar informações e do Procurador-Geral do Município para oferecer a defesa das normas impugnadas, os quais, embora intimados, deixaram de se manifestar.

Encaminhados os autos a douta Procuradoria-Geral de Justiça, requereu ela a intimação do Presidente da Câmara de Vereadores para

apresentar cópia integral dos Projetos de Leis Municipais n. 01/2012 e n. 02/2012, bem como fosse intimado o Prefeito de Macieira para regularizar sua representação processual ou subscrever a inicial.

Atendida a solicitação do *Parquet*, peticionaram o Prefeito do Município de Macieira e o Presidente da Câmara de Vereadores.

Em seguida os autos retornaram à douta Procuradoria-Geral de Justiça onde constatou que os projetos de leis colacionados pelo Presidente da Câmara de Vereadores deram ensejo as duas normas que em nada se relacionam com aquelas impugnadas na presente demanda. Verificou, ainda, que o Presidente daquela Casa Legislativa não prestou as informações pertinentes e tampouco defendeu as lei atacadas, razão pela qual foi determinada a notificação do Procurador da Câmara de Vereadores do município de Macieira para que defendesse a constitucionalidade dos atos normativos questionados.

Em resposta, o Procurador-Geral da Câmara Municipal sustentou a inépcia da inicial, em razão da não declinação do valor da causa, e a nulidade da citação da Câmara de Vereadores. E, por fim, defende a constitucionalidade das normas impugnadas.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Durval da Silva Amorim, que se manifestou pela procedência do pedido para que fossem declaradas inconstitucionais as Leis n. 592/2012 e 593/2012, do município de Macieira, por violação ao art. 32 da Constituição Catarinense.

Este é o relatório.

VOTO

Pretende o requerente ver declarada a inconstitucionalidade das Leis n. 592 e 593, de 26 de novembro de 2012, do município de Macieira, de iniciativa do poder legislativo, ao argumento de que os atos normativos

padecem de vícios formais, na medida em que adentram em matéria de iniciativa privativa do chefe do poder executivo.

Acrescenta, ainda, que as leis questionadas afrontam o art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), o art. 73, § 10, do Código Eleitoral (Lei n. 9.504/1997) e o processo legislativo disciplinado na Lei Orgânica do município de Macieira.

De início, destaca-se que não cabe o exame da inconstitucionalidade das leis em foco, sob o aspecto da suposta violação à Lei de Responsabilidade Fiscal, ao Código Eleitoral e à Lei Orgânica do município.

Isso porque, o controle normativo abstrato, via ação direta, se dá frente ao texto constitucional. A violação de dispositivos infraconstitucionais constitui mera ilegalidade, não servindo de parâmetro para a aferição da constitucionalidade dos atos normativos.

Feita a devida ressalva, merecem ser afastadas as questões preliminares suscitadas pelo Procurador-Geral da Câmara Municipal de Macieira, quais sejam, inépcia de petição inicial por ausência de indicação do valor da causa e nulidade da citação da câmara de vereadores.

É que, como bem pontuou o Excelentíssimo representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, *"a ação direta de inconstitucionalidade tem o objetivo máximo de preservar a ordem constitucional vigente em uma ação que tutela o interesse público, regida no Estado de Santa Catarina pela Lei Estadual n. 12.069/2001. Desta feita, não há que se atribuir valor à causa, bem como não há partes compondo os polos da ação, razão pela qual inexiste o ato de citação, mas sim a notificação para que, nos termos da Constituição da República, a autoridade envolvida promova a defesa da norma impugnada"* (fls. 239-240).

Quanto ao mérito, tem-se que as lei municipais impugnadas se destinam, em síntese, a autorizar a alteração nos contratos de permissão de uso de bens públicos firmados com pessoas jurídicas de direito privado (Abatedouro e Comércio de Carnes Rossi Ltda. ME e Spani Indústria e

Comércio de Madeiras Ltda. ME), ficando os permissionários isentos do pagamento da contraprestação pelo uso dos imóveis à municipalidade.

Com efeito, a gestão dos bens públicos é ato tipicamente administrativo, competindo ao administrador público e situando-se no âmbito do seu poder discricionário.

Nesse diapasão, *"em sentido estrito, a administração dos bens municipais compreende unicamente a sua utilização e sua conservação segundo a destinação natural ou legal de cada coisa, e em sentido amplo abrange também a alienação dos bens que se revelarem inúteis ou incovenientes ao domínio público como, ainda, a aquisição de novos bens necessários ao serviço público local. O administrador do Município – o prefeito – tem, portanto, o poder de utilização e o dever de conservação dos bens municipais. [...] O Município administra seus bens segundo as regras do direito público e as normas administrativas que editar, aplicando-se-lhes supletivamente os preceitos de direito privado"* (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 317).

Por esses motivos, o doutrinador, com propriedade, conclui que *"cabe ao prefeito a administração dos bens municipais, respeitada a competência do presidente da Câmara apenas quanto aos utilizados nos serviços de Edilidade"* (*op. cit.* p. 319).

Outrossim, tem-se que as formas administrativas para o uso especial de bem público por particulares constituem-se em autorizações de uso, permissões de uso, concessões de uso e concessão de uso como direito real resolúvel. A permissão de uso de bem público *"é o ato unilateral, precário e discricionário quanto à decisão de outorga, pelo qual se faculta a alguém o uso de um bem público"* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 919).

Na espécie, como já esclarecido, os atos normativos, de iniciativa parlamentar, destinam-se a modificar os contratos de permissão de uso de imóveis públicos, que haviam sido convencionados entre o prefeito municipal e duas pessoas jurídicas de direito privado.

Ocorre que, se cumpre ao executivo gerir o patrimônio imóvel do município, caracterizam-se como inconstitucionais por vício de iniciativa as normas impugnadas, na medida em que o legislativo não poderia ter realizado a modificação dos contratos de permissão de uso de bens públicos que haviam sido firmados pelo prefeito municipal.

Diante desse contexto, tem-se que as normas impugnadas ferem o princípio da independência e harmonia dos Poderes, consagrado pelo *caput* do art. 32 da Constituição Estadual, que determina: *"São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário"*.

Discorrendo acerca do tema, José Nilo de Castro salienta que *"a dinâmica do Estado exige o respeito ao princípio da divisão dos Poderes para sobrevivência do próprio Estado. É que a função administrativa ou executiva é inconfundível com a função legislativa ou judicial. O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. As atribuições de cada Poder são explicitadas no ordenamento jurídico-constitucional. E a explicitação concernente traduz limitação a que se cingem os Poderes constituídos, a despeito de sua harmonia respectiva. Assim, a lei, resultado da ação da função legislativa, tem seu domínio próprio. O regulamento e os atos administrativos, resultado da ação da função executiva, possuem o seu, como os da jurisdição se encontram cantonados em províncias próprias e indevassáveis"* (*Direito municipal positivo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 56).

Ricardo Cunha Chimenti, por sua vez, leciona:

> Para que o exercício do poder não induza ao arbítrio e ao abuso, deve ser observado o princípio da lealdade constitucional. De acordo com Canotilho e Vital Moreira, a lealdade constitucional "compreende duas vertentes, uma positiva outra negativa. A primeira consiste em que diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possível. A segunda determina que os titulares dos órgãos do Poder devem respeitar-se mutuamente

> e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou desconsideração grosseira. Na verdade nehuma cooperação insitucional será possível sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade do Estado (*statesmanship)"*.
>
> [...]
>
> A separação dos Poderes, portanto, não impede que, além de sua função típica (preponderante), cada um exerça atipicamente (de forma secundária) funções aparentemente atribuídas com exclusividade a outro. A regra é a indelegabilidade de funções de um Poder para outro. Quando admite a delegação, a Constituição Federal o faz de forma expressa (*Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37-38).
>
> Do escólio de José Afonso da Silva:
>
> *A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados (Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 110).

Desse modo, de acordo com o pensamento de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, para ocorrer a interferência de um poder na função de outro não irá se tratar *"de uma permissão genérica para que um poder interfira no funcionamento de outro quando bem entenda, nem de existência de subordinação entre eles, mas sim de procedimentos específicos estabelecidos expressamente no próprio texto da Constituição, destinados a assegurar a harmonia e o equilíbrio entre os poderes"* (*Direito constitucional descomplicado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. p. 385).

Destarte, há violação ao princípio da independência e da harmonia entre os Poderes contemplado na Constituição Estadual, na medida em

que a gestão dos bens públicos é função tipicamente administrativa e cumpre ao poder executivo sua execução.

Sobre o tema, já se manifestou este Tribunal de Justiça:

> À função administrativa é ínsita a gestão dos bens públicos, pelo que compete privativamente à administração pública dispor a respeito da utilização deles. Em assim sendo, a exigência de prévia edição de lei autorizadora pelo Poder Legislativo para que somente após o Poder Executivo possa realizar licitação com vistas à cessão do uso do bem público a particulares, revela-se de todo despropositada, consubstanciando-se em verdadeira afronta ao princípio da separação dos Poderes (TJSC, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.051926-3, da Capital, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 15-9-2010).

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI N. 9.104/2012, DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS - DESTINAÇÃO DE COTAS DE FUTURAS ÁREAS DE CONCESSÕES COMERCIAIS PÚBLICAS PARA COMERCIANTES AMBULANTES CADASTRADOS NA PREFEITURA MUNICIPAL DE FLORIANÓPOLIS - **LEI DE ORIGEM PARLAMENTAR - INVASÃO DE INICIATIVA LEGISLATIVA PRIVATIVA DO PREFEITO - INTERFERÊNCIA NA ORGANIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE BENS PÚBLICOS - VÍCIO FORMAL DE ORIGEM** [...].
>
> É inconstitucional a lei municipal, de iniciativa parlamentar, que destina, mediante procedimento licitatório, cota de futuros espaços comerciais públicos aos comerciantes ambulantes cadastrados na Prefeitura Municipal. Primeiro, por ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes e por vício de iniciativa, haja vista que o Poder Legislativo, no exercício de sua atribuição tipicamente normativa, não pode apresentar projeto de lei que interfira na administração do município, porque a iniciativa de leis de natureza eminentemente administrativa é competência privativa do Prefeito (TJSC, Direta de

> Inconstitucionalidade n. 9128523-09.2015.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 21-9-2016) (grifei).

Por essas razões, forçoso reconhecer o vício formal e, por conseguinte, declarar a inconstitucionalidade da Leis n. 592 e 593, de 2012, do município de Macieira.

Acrescenta-se, por derradeiro, que o município de Macieira possui disciplina específica em sua Lei Orgânica quanto à competência para a permissão de uso dos bens públicos. Vejamos:

Art. 58. Compete privativamente ao Prefeito:

[...]

X – permitir ou autorizar o uso de bens municipais, por terceiros, com prévia autorização legislativa.

Observa-se assim, que as leis impugnadas, além de afrontarem os ditames constitucionais, não se encontram em consonância com a disciplina normativa existente no âmbito municipal.

Ante o exposto, julga-se procedente o pedido para, com efeitos *"ex tunc"*, declarar a inconstitucionalidade das Leis n. 592 e 593, de 26 de novembro de 2012, do município de Macieira.

Este é o voto.

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Agravo n. 8000008-02.2017.8.24.0000/50000, de Itajaí
Relatora: Desembargadora Substituta Hildemar Meneguzzi de Carvalho

AGRAVO INTERNO (ARTIGO 1.021 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEFERIU LIMINAR PARA DETERMINAR AO MUNICÍPIO DE ITAJAÍ QUE SE ABSTIVESSE DE EMITIR LICENÇAS AMBIENTAIS AUTORIZANDO EMPREENDIMENTOS COM PISO SUBTERRÂNEO DIANTE DA AUSÊNCIA DE LEI MUNICIPAL QUE REGULAMENTE O USO DO SUBSOLO.

ALEGADA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. MATÉRIA NÃO TRATADA NA DECISÃO MONOCRÁTICA IMPUGANADA. AFRONTA AO ART. 1.021, §1º. RECURSO NÃO CONHECIDO NESTE PONTO.

PARECERES DA DEFESA CIVIL E DA FUNDAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE ITAJAÍ – FAMAI NO SENTIDO DE EXISTÊNCIA DE GRAVE AMEAÇA AO MEIO AMBIENTE EM DECORRÊNCIA DE TAIS OBRAS. POSSIBILIDADE DE CONTAMINAÇÃO DO LENÇOL FREÁTICO EM VIRTUDE DE PRÁTICA DE REBAIXAMENTO DO SOLO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

AUSÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES. ENTENDIMENTO PACIFICADO NAS CORTES SUPERIORES DE LICITUDE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA GARANTIA DE APLICAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS ESSENCIAIS.

DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE E DESPROVIDO.

> *Da mesma sorte, em se cuidando de ação civil pública direcionada contra a Administração Pública, objetivando a implementação de políticas públicas, o STF tem entendimento consolidado no sentido de ser lícito ao Poder Judiciário "determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes".*
>
> (REsp 1150392/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo n. 8000008-02.2017.8.24.0000/50000, da comarca de Itajaí Fazenda Pública, Ex Fiscais, Ac Trabalho e Reg Púb em que é Agravante Município de Itajaí e Agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Câmara Civil Especial decidiu, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nesta extensão, negar-lhe provimento, bem como fixar a multa pecuniária no patamar de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa (NCPC, art. 1.021, § 4º). Custas legais.

O julgamento realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Jaime Ramos, com voto, e de participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Gerson Cherem II.

Florianópolis, 29 de junho de 2017.

Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Relatora

RELATÓRIO

Município de Itajaí, devidamente qualificado, interpôs agravo interno contra decisão monocrática de minha relatoria que deferiu o pedido de

antecipação de tutela e determinou que *"o município de Itajaí se abstenha de aprovar empreendimentos com rebaixamento do lençol freático até elaboração de estudo e regulamentação do uso do subsolo"*.

Em suas razões recursais, o agravante sustenta, em resumo, que a ação civil pública não é meio processual adequado para impor ao poder executivo municipal obrigação de encaminhar projeto de lei ao poder legislativo.

Argumenta que, a determinação pelo poder judiciário de que a administração municipal regule a matéria objeto do certame ofende o princípio da separação dos poderes consagrado pela Constituição Federal e interfere indevidamente no processo legislativo.

Assevera que existem regras e normas técnicas a serem observadas para a aprovação de empreendimento com utilização de subsolo e o rebaixamento do lençol freático. Afirma que não foi comprovado nenhum dano ao lençol freático, tratando-se de mera possibilidade.

Aduz que a realização de estudo de impacto no subsolo em toda área do município seria extremamente despendioso, tendo em vista a área territorial do município, 289km² (duzentos e oitenta e nova quilômetros quadrados).

Requerem, pois, o conhecimento do recurso e a extinção do processo sem resolução de mérito diante da impropriedade do meio processual adotado pelo Ministério Público. Alternativamente, o provimento do recurso para atribuir efeito suspensivo à decisão prolatada e, posteriormente, a confirmação da liminar e consequente reforma a decisão monocrática. Subsidiariamente requer que, caso não entenda procedentes seus argumentos, que a determinação de análise de subsolo aplique-se apenas à região costeira.

Apresentadas as contrarrazões pelo agravado nas fls. 31/58, o qual pugnou pela manutenção da decisão combatida, ascenderam os autos.

Este é o relatório.

VOTO

Devidamente preenchidos os requisitos de admissibilidade recursal, conheço do recurso interposto.

O agravante requer a extinção do processo sem resolução de mérito diante da impropriedade do meio processual adotado pelo Ministério Público. Aponta que o tema deveria ter sido tratado através de mandado de injunção e não ação civil pública.

Todavia, a inadequação da via eleita pelo órgão ministerial não é passível de análise no presente momento processual, pois que, conforme o disposto no Código de Processo Civil/2015:

> Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.
>
> § 1º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada.

Logo, deixo de conhecer o recurso interposto deste ponto.

O mesmo ocorre em relação ao apontamento de suposta afronta ao princípio da separação dos poderes prevista constitucionalmente, vez que não foi objeto de análise em decisão anterior.

Na extensão que se conhece do recurso, busca o agravante a reforma da decisão monocrática de minha relatoria que concedeu o pedido de antecipação de tutela formulado pelo Ministério Público.

Razão, contudo, não lhes assiste.

Isto porque, conforme bem retratado na decisão monocrática de fls. 24/30, a concessão da medida liminar foi embasada nos pareceres técnicos emitidos pelo órgão ambiental municipal, que é inclusive o responsável por emitir as licenças ambientais discutidas no presente certame, e da Defesa Civil, todos apontando para a possibilidade de graves

danos ambientais resultantes da prática de construção de pavimentos no subsolo no município de Itajaí.

O agravante aponta que:

> [...] os fundamentos utilizados são demasiadamente carentes de comprovação e fundamentação, tratando-se de mera possibilidade apontada por meio de relatórios da defesa civil e da Fundação Municipal do Meio Ambiente de Itajaí, os quais, igualmente devemos dizer, são desprovidos de comprovação técnica e científica para o caso concreto.

Todavia, ouvida-se o recorrente que são ambos órgãos responsáveis pela tutela ambiental do município. Espera-se, portanto, serem aptos para a produção de relatórios e pareceres responsáveis e profissionais referentes ao assunto. Importa ressaltar que, justamente por ser o responsável pela emissão das licenças ambientais municipais, como apontado, a expectativa é de amplo conhecimento na matéria. O fato da Administração Municipal colocar em xeque o parecer emitido pela FAMAI faz com que se questione também as licenças ambientais emitidas na mesma situação, o que causa perplexidade e evidencia ainda mais a necessidade de elaboração de estudo de impacto ambiental a fim de se verificar a real situação do solo do município antes de serem autorizados novos empreendimentos.

Ademais, no que se refere a suposta precariedade do laudo apontada pelo agravante, tem-se que no caso de dúvidas, aplica-se o princípio da precaução com o propósito de salvaguardar a proteção do meio ambiente, vez que o dano ao patrimônio ou a ausência de lucro pode ser facilmente revertida, enquanto que a contaminação do lençol freático jamais poderá ser desfeita.

A propósito, colaciona-se o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CANA-DE-AÇÚCAR. QUEIMADAS. ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DA

LEI N. 4771/65. DANO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. QUEIMA DA PALHA DE CANA. EXISTÊNCIA DE REGRA EXPRESSA PROIBITIVA. EXCEÇÃO EXISTENTE SOMENTE PARA PRESERVAR PECULIARIDADES LOCAIS OU REGIONAIS RELACIONADAS À IDENTIDADE CULTURAL. INAPLICABILIDADE ÀS ATIVIDADES AGRÍCOLAS INDUSTRIAIS.

1. O princípio da precaução, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92 (ratificada pelo Brasil), a ausência de certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente.

2. A situação de tensão entre princípios deve ser resolvida pela ponderação, fundamentada e racional, entre os valores conflitantes. Em face dos princípios democráticos e da Separação dos Poderes, é o Poder Legislativo quem possui a primazia no processo de ponderação, de modo que o Judiciário deve intervir apenas no caso de ausência ou desproporcionalidade da opção adotada pelo legislador.

3. O legislador brasileiro, atento a essa questão, disciplinou o uso do fogo no processo produtivo agrícola, quando prescreveu no art. 27, parágrafo único da Lei n. 4.771/65 que o Poder Público poderia autoriza-lo em práticas agropastoris ou florestais desde que em razão de peculiaridades locais ou regionais.

4. Buscou-se, com isso, compatibilizar dois valores protegidos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, o meio ambiente e a cultura ou o modo de fazer, este quando necessário à sobrevivência dos pequenos produtores que retiram seu sustento da atividade agrícola e que não dispõem de outros métodos para o exercício desta, que não o uso do fogo.

5. A interpretação do art. 27, parágrafo único do Código Florestal não pode conduzir ao entendimento de que estão por ele abrangidas as atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas, ou seja, exercidas

> empresarialmente, pois dispõe de condições financeiras para implantar outros métodos menos ofensivos ao meio ambiente.
>
> Precedente: (AgRg nos EDcl no REsp 1094873/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009).
>
> 6. Ademais, ainda que se entenda que é possível à administração pública autorizar a queima da palha da cana de açúcar em atividades agrícolas industriais, a permissão deve ser específica, precedida de estudo de impacto ambiental e licenciamento, com a implementação de medidas que viabilizem amenizar os danos e a recuperar o ambiente, Tudo isso em respeito ao art. 10 da Lei n. 6.938/81. Precedente: (EREsp 418.565/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 29/09/2010, DJe 13/10/2010).
>
> Recurso especial provido.
>
> (REsp 1285463/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 06/03/2012)

Dessa forma, diante da eminente ameaça de grave dano ambiental em decorrência das práticas de instalação de pavimentos subterrâneos no município de Itajaí, bem como da ausência de estudo que comprove o contrário, é medida que se impõe a aplicação do princípio da precaução e a consequente a manutenção da suspensão de emissão de licenças ambientais para tais empreendimentos.

O recorrente ainda alega que a decisão proferida afronta o princípio da separação de poderes, *verbis*:

> Qualquer imposição de obrigação de formulação e encaminhamento de projeto de lei para regulamentar o uso do subsolo urbano, advindo de condenação imposta pelo poder judiciário, contraria frontalmente o princípio constitucional da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, pois afronta a competência privativa, dos poderes Executivo e Legislativo, no tocante à iniciativa do processo legislativo e aprovação das leis.

Todavia, a decisão monocrática impugnada limita-se a determinar a suspensão da emissão de licenças até que haja o devido estudo de impacto do subsolo em decorrência da construção de pavimentos subterrâneos e a devida legislação que regule o uso do subsolo do município.

Observe-se, não se determinou ao Município de Itajaí que procedesse à elaboração de lei que regulamente o uso do subsolo. Tão somente suspendeu a emissão de licenças até que haja a referida lei. Caso o município entenda não ser necessária a elaboração de legislação nesse sentido, será de livre escolha dos Poderes Executivo e Legislativo assim proceder, desde que se abstenham de emitir licenças ambientais para tais obras.

Nesse sentido, a concessão da medida liminar apenas atentou para a preservação do meio ambiente, que se encontra ameaçado, sendo necessária tal medida protetiva diante do quadro relatado nos autos.

Nesse sentido:

> AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA CONTRA A MUNICIPALIDADE. CONJUNTO HABITACIONAL IMPLANTADO ÀS MARGENS DE CURSO D'ÁGUA. DEGRADAÇÃO DE BACIA FLUVIAL E DE AUSÊNCIA DE SISTEMA DE REDE COLETORA DE ESGOTO SANITÁRIO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRETENSÃO AUTORAL QUE VISA CONFORMAR POLÍTICA PÚBLICA COM A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRECEDENTES DO STF. ART. 267, VI, DO CPC. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO.
>
> 1. A promoção da ação civil pública, com o objetivo de conformar a implantação de políticas públicas com a proteção do meio ambiente, encontra previsão no próprio texto constitucional (art. 129, II e III, da CF), por isso se revelando, na espécie, inadequada a aplicação do art. 267, VI, do CPC, sob o argumento da ausência de possibilidade jurídica

do pedido.

2. Como explica HUGO NIGRO MAZZILLI, "A ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Público possa questionar políticas públicas, quando do exercício de suas funções no zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição" (A defesa dos interesses difusos em juízo. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 141).

3. Em caso assemelhado ao presente, a Primeira Turma do STJ decidiu que "O Ministério Público detém legitimidade ativa para o ajuizamento de ação civil pública que objetiva a implementação de políticas públicas ou de repercussão social, como o saneamento básico ou a prestação de serviços públicos" (AgRg no AREsp 50.151/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 16/10/2013), ao passo que sua Segunda Turma, também em tema análogo, assentou que "A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário" (REsp 1.041.197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 16/09/2009). Nesse mesmo rumo, a Excelsa Corte assentou que "Mostra-se consentâneo com a ordem jurídica vir o Ministério Público a ajuizar ação civil pública visando ao tratamento de esgoto a ser jogado em rio. Nesse caso, não cabe cogitar da impossibilidade jurídica do pedido e da extinção do processo sem julgamento do mérito."(RE 254.764/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 18/2/2011).

4. **Da mesma sorte, em se cuidando de ação civil pública direcionada contra a Administração Pública, objetivando a implementação de políticas públicas, o STF tem entendimento consolidado no sentido de ser lícito ao Poder Judiciário "determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes"** (AI 739.151 AgR, Rel.ª Ministra ROSA WEBER, DJe 11/06/2014 e AI 708.667 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe 10/04/2012), cuja compreensão, não há negar, afasta, no presente caso, o argumento relativo à impossibilidade jurídica dos pedidos formulados pelo Parquet autor.

> 4. Recurso especial do Ministério Público catarinense provido.
>
> (REsp 1150392/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016)

Respeita-se os argumentos e fundamentos do agravante.

Contudo, é importante salientar que a decisão que concedeu tutela de urgência somente seria reformada se fossem demonstrados os requisitos necessários para tanto, tais como elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano, os quais não estão evidenciados.

Inclusive, conforme ressaltou o agravado em sua contraminuta de fls. 31/58:

> Desde logo, deve-se registrar que o Município de Itajaí simplesmente ignora a sua obrigação constitucional (art. 225 da CF/88) de promover a defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, pois, de um lado, à fl.5 do presente agravo, entende como "plausível e até mesmo louvável" o pleito do Ministério Público e, de outro, não apresenta nenhuma alternativa para uma gravíssima situação noticiada, pasme, pela sua própria fundação do meio ambiente, preferindo se apegar apenas à forma para, solenemente, deixar de regular as edificações e o uso do subsolo, que se mostram cada vez mais impactantes justamente pela ausência de parâmetros.

Deste modo, a medida liminar deve ser mantida.

Ante o exposto, vota-se para conhecer parcialmente recurso de agravo interno e, nesta extensão, negar-lhe provimento.

Em conformidade com o artigo 1.021, § 4º, do NCPC e considerando que a insurgência se constitui manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, vota-se também pelo arbitramento de multa pecuniária no patamar de 2% do valor atualizado da causa.

Este é o voto.

Agravo Regimental n. 0025251-21.2016.8.24.0000/50000, de Blumenau

Relator: Desembargador Artur Jenichen Filho

> AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERE A LIMINAR DE TUTELA ANTECIPADA RECURSAL SOB O FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE *PERICULUM IN MORA*. MANUTENÇÃO. AÇÃO MANDAMENTAL DE ORIGEM QUE BUSCA SUSPENSÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO ABERTO PARA DECLARAR A CADUCIDADE DO CONTRATO DE TRANSPORTE COLETIVO FIRMADO ENTRE AS PARTES, SOB O FUNDAMENTO DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. CONTRATO EMERGENCIAL FIRMADO APÓS TAL DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DESTE. *PERICULUM IN MORA* INVERSO. PREJUÍZO À POPULAÇÃO RECONHECIDO PELA PRÓPRIA RECORRENTE.
>
> SUSPENSÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PROFERIDOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. NÃO ACOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PERICULUM IN MORA NO PONTO. AUSENTE PRETENSÃO DE SUSPENSÃO DO CONTRATO DE EMERGÊNCIA FIRMADO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRESTADORA DO SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO SE VERIFICA PERIGO QUE JUSTIFIQUE A CONCESSÃO DA LIMINAR PRETENDIDA. EVENTUAL PREJUÍZO CAUSADO POR ATO ILÍCITO PRATICADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE DEVE SER BUSCADO EM VIA PRÓPRIA.
>
> DECISÃO LIMINAR QUE DEVE SER MANTIDA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO (ART. 1.021, § 2º, DO CPC) NÃO EXERCIDO.
>
> RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental n. 0025251-21.2016.8.24.0000/50000, da Comarca de Blumenau 1ª Vara

da Fazenda Acidentes do Trab e Reg Público em que são Agravantes Consórcio Siga e outros e Agravados Prefeito do Município de Blumenau e outros.

A Câmara Civil Especial decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento e aplicar a multa de 1% sobre o valor da causa. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Presidente Jaime Ramos e Hildemar Meneguzzi de Carvalho.

Florianópolis, 23 de fevereiro de 2017.

Desembargador Artur Jenichen Filho
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (art. 1.021 do CPC) interposto por Consórcio Siga e outros contra decisão proferida por este Relator, na qual se indeferiu a concessão de tutela antecipada recursal pela parte agravante, ora recorrente.

Pretendia esta a concessão de tutela antecipada recursal para determinar imediatamente: a) a suspensão do Decreto n. 10.870; b) a nulidade da decisão administrativa do Prefeito Municipal; a nulidade do relatório final do processo CETCU n. 001/2015 elaborada pela Comissão Especial da Prefeitura Municipal de Blumenau; d) o desmembramento do processo administrativo CETCU n. 001/2015, para apuração das causas da intervenção e descumprimento contratual em processos distintos com nova instrução, nos termos dos artigos 33 caput e 38, § 2º respectivamente da Lei Federal n. 8.987/95, com prévio cumprimento das disposições do artigo 38, § 3º, da mesma Lei, e tudo com respeito ao contraditório e ampla defesa.

A liminar requerida fora indeferida ante a ausência de *periculum in mora*.

Nas razões recursais do presente recurso de agravo interno, reitera a parte recorrente a existência de periculum in mora (fls. 124-133).

Intimada a parte agravada - ora recorrida - para apresentar contrarrazões, esta, em suas razões, afirma que não há periculum in mora que justifique a concessão da medida pretendida (fls. 525-534).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Narcísio G. Rodrigues (fls. 591-597), no qual opina pelo desprovimento do recurso.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Primeiramente, necessário consignar que faz-se inviável a análise dos documentos juntados às fls. 88-120, visto que acerca destes o juízo *a quo* não se manifestou, de modo que tal prática, nesta via de cognição, configuraria supressão de instância e, com isso, violação ao duplo grau de jurisdição.

No mais, com as manifestações apresentadas pela parte recorrida, bem como pelo douto representante do *parquet*, apenas reitera-se a inexistência de *periculum in mora* para a concessão da medida liminar nos moldes requeridos pela parte recorrente.

Nas razões apresentadas no recurso de agravo de instrumento a própria parte recorrente reconhece que faz-se inviável a anulação, ou mesmo suspensão, do contrato de emergência firmado entre a parte

recorrida e outra empresa de transporte coletivo, visto que este não pode ser cessado.

Ademais, diferente fosse verificaria-se verdadeiro *periculum in mora* inverso, visto que ao determinar-se a cessação do contrato firmado haveria prejuízo relevante ao Município de Blumenau, ora recorrida, e principalmente à população do local que ficaria, ao menos temporariamente, sem transporte coletivo à disposição.

Em relação aos pedidos relacionados à suspensão dos atos administrativos emitidos pelo recorrido e anulação de determinados atos, não constato *periculum in mora*.

Isso porque, como exposto, não se pretende a suspensão do contrato de urgência firmado pelo município recorrido, sendo que, no mais, qualquer modificação no processo administrativo poderá ser feita a tempo e a modo, caso se demonstre de forma robusta – a fim de afastar a presunção de legitimidade dos atos administrativos – a existência de máculas que os comprometam.

Entendo que qualquer prejuízo advindo de eventual ato ilícito praticado pela parte recorrida deve ser reparado em ação própria, a tempo e modo. Assim, inviável a suspensão do contrato emergencial, bem como inexistente *periculum in mora* que justifique a suspensão dos atos administrativos emanados por representantes do município recorrido, notadamente ao se considerar a célere via escolhida pelo recorrente na origem (mandado de segurança).

Deste modo, em observância ao disposto no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil ("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"), ante a improcedência unânime, a aplicação da referida multa é medida impositiva.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso interposto e negar-lhe provimento e, de ofício, condenar os agravantes ao pagamento de multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

Este é o voto.

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

Apelação Cível n. 0018029-50.2013.8.24.0018
Relator: Desembargador Substituto Carlos Roberto da Silva

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES. AFASTAMENTO.

INSURGÊNCIA DO AUTOR. ALEGADOS PREJUÍZOS NA ATIVIDADE PESQUEIRA EM RAZÃO DA CONSTRUÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA FOZ DO CHAPECÓ. DANOS AMBIENTAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ART. 14, § 1º, DA LEI N. 6.938/81. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. CABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. PROVAS PERICIAL E DOCUMENTAL INDICADORAS DA INOCORRÊNCIA DOS PREJUÍZOS SUSTENTADOS. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A IMPLANTAÇÃO DO EMPREENDIMENTO E OS ALEGADOS DANOS SUPORTADOS PELOS PESCADORES. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

"Esquadrinhando-se a documentação carreada, especialmente o laudo pericial (fls. 856/909), verifica-se que não há provas de que a construção e as atividades da Usina Hidrelétrica Foz do Chapecó extrapolaram os limites impostos pelo Poder Público para o seu funcionamento, de molde a interferir ilegalmente na atividade pesqueira na região. Ou seja, inexiste comprovação de conduta ilícita da ré capaz de engendrar a indenização requerida pelo autor. Aliás, sequer foi demonstrado que os danos efetivamente ocorreram (...). Nesse pensar, conclui-se que malogrou o autor em comprovar os efetivos danos alegados, porque o perito indicou a viabilidade da atividade pesqueira, mesmo após a implantação da

> hidrelétrica. Outrossim, eventuais prejuízos à ictiofauna foram também imputados à pesca predatória e ao lançamento de dejetos nas águas sem o devido tratamento, afastando a responsabilidade da demandada" (TJSC, Apelação Cível n. 0001446-32.2011.8.24.0059, de São Carlos, rel. Des. Gerson Cherem II, j. 26-1-2017).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0018029-50.2013.8.24.0018, da comarca de Chapecó (4ª Vara Cível), em que é Apelante Claudiomiro Leonardi e Apelada Foz do Chapecó Energia S/A.

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. João Batista Góes Ulysséa, presidente com voto, e a Exma. Desa. Subs. Bettina Maria Maresch de Moura.

Chapecó, 30 de janeiro de 2017.

Carlos Roberto da Silva
RELATOR

RELATÓRIO

Claudiomiro Leonardi interpôs recurso de apelação contra sentença que, na ação de indenização por danos materiais e morais por ele ajuizada, julgou improcedentes os pedidos inaugurais (fls. 274-280).

Em suas razões recursais (fls. 285-288), sustenta, em síntese, que a construção da usina hidrelétrica importará, "pelo menos por certo tempo" (fl. 286), na redução da atividade pesqueira no Rio Uruguai, em razão da

"flagrante alteração do ambiente, podendo se esperar uma variação na estrutura da comunidade de peixes no trecho da montante" (fl. 286).

Assevera a ocorrência de redução qualitativa e quantitativa do pescado, com ênfase para as espécies de caráter migratório de grande porte, que possuem maior valor comercial para os pescadores. Como consequência, afirma a ocorrência de perda de rendimentos daqueles que ali pescam, o que aduz ser passível de indenização pecuniária.

Postula, ao final, a reforma da sentença de primeiro grau e a procedência dos pedidos iniciais.

Nas contrarrazões (fl. 295-323), a apelada, preliminarmente, postula o não conhecimento do apelo, em razão da não impugnação específica dos fundamentos da sentença pelo recorrente, o que viola o princípio da dialeticidade.

Quanto ao mérito recursal, resumidamente, afirma a inocorrência de nexo causal entre a alegação de redução da pesca no Rio Uruguai e a construção da usina hidrelétrica, bem como a ausência dos requisitos necessários para caracterizar a responsabilidade civil.

Após, ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio de parecer da Procuradora de Justiça Gladys Afonso, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso, vindo então os autos conclusos para julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que, na ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada pelo apelante, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

I. Da preliminar suscitada em contrarrazões:

A apelada sustenta que houve ofensa ao princípio da dialeticidade nas razões recursais, ao argumento de que o apelante não impugnou especificamente todos os fundamentos da sentença recorrida.

Sobre o tema, colhe-se da lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

> Conforme entendimento consolidado da doutrina e da jurisprudência, deve a parte, ao recorrer, expor com objetividade os motivos de seu inconformismo, demonstrando as razões de fato e de direito do interesse recursal, homenageando o princípio da dialeticidade, de acordo com o qual: exige-se que todo recurso seja formulado por meio de petição na qual a parte, não apenas manifeste sua inconformidade com o ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada. Na verdade, trata-se de princípio ínsito a todo processo, que é essencialmente dialético (*Curso de direito processual civil*, 6ª ed, vol. 3. Salvador: Podium, 2008, p. 60).

Dito isso, adianta-se a conclusão de que a prefacial não merece acolhimento.

Da leitura das razões recursais é possível verificar que o apelante elucidou, de forma suficiente, os motivos de fato e de direito pelos quais entende que a sentença objurgada deve ser modificada, em consonância com o art. 514, II, do Código de Processo Civil de 1973. Ademais, nota-se que a apelada conseguiu exercer o contraditório e a ampla defesa, não havendo qualquer prejuízo para sua manifestação.

Ressalta-se, por fim, que, em atenção ao princípio da primazia da resolução de mérito, é dispensável o acolhimento de questões preliminares quando o julgamento de mérito for favorável à parte a quem aproveitaria o acolhimento daquelas arguições, conforme se verá adiante (CPC/2015, art. 488).

Por tais razões e adiantando-se que o presente julgamento caminhará no sentido de se manter a improcedência dos pedidos iniciais, deve ser afastada a preliminar suscitada em contrarrazões.

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se da apelação interposta.

II. Do mérito recursal:

A controvérsia reside em apurar a responsabilidade da apelada pelos danos supostamente causados em razão da construção da Usina Hidrelétrica Foz do Chapecó, que teria prejudicado a atividade pesqueira na região.

Primariamente, convém ressaltar que este Relator comunga com o posicionamento majoritário adotado por esta Câmara Especial, a exemplo dos Excelentíssimos Desembargadores Substitutos Luiz Felipe Schuch (Apelações Cíveis n. 0001464-53.2011.8.24.0059, 0000645-48.2013.8.24.0059 e 0002917-34.2011.8.24.0043) e Hildemar Meneguzzi de Carvalho (Apelações Cíveis n. 0500088-04.2013.8.24.0059, 0001923-55.2011.8.24.0059, 0001463-68.2011.8.24.0059 e 0001462-83.2011.8.24.0059), no sentido de reconhecer a improcedência dos pedidos indenizatórios, conforme se passa a apreciar.

Pois bem. Lembra-se que a apelada, na qualidade de concessionária de serviço público, que constrói, instala e explora usina hidrelétrica, responde objetivamente pelos danos causados a terceiros, conforme dicção do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, *in verbis*:

> Art. 37, § 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 o mesmo rumo, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), aplicável à hipótese, adota a responsabilidade

objetiva do agente quanto aos danos causados ao meio ambiente e a terceiros, consoante dispõe o art. 14, § 1º:

> Sem obstar à aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade (...).

E o art. 225, § 2º, da Carta Magna, é taxativo no tocante ao dever do causador-poluidor em reparar os danos ambientais:

> § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Sob este prisma, oportuna a referência à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> A legislação de regência e os princípios jurídicos que devem nortear o raciocínio jurídico do julgador para a solução da lide encontram-se insculpidos não no códice civilista brasileiro, mas sim no art. 225, § 3º, da CF e na Lei 6.938/81, art. 14, § 1º, que adotou a teoria do risco integral, impondo ao poluidor ambiental responsabilidade objetiva integral. Isso implica o dever de reparar independentemente de a poluição causada ter-se dado em decorrência de ato ilícito ou não, não incidindo, nessa situação, nenhuma excludente de responsabilidade. Precedentes (AgRg no REsp 1.412.664/SP, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 11-2-2014, DJe 11-3-2014 – grifo nosso).

Assim, competindo à apelada a assunção dos riscos inerentes à implantação do empreendimento UHE Foz do Chapecó e em razão da responsabilidade civil objetiva que lhe é atribuída, esta responde pelos prejuízos que eventualmente causar a terceiros no desempenho de suas atividades, bastando para tanto a prova do dano e do nexo de causalidade entre esse e a sua conduta, seja ela comissiva ou omissiva.

Essa comprovação dos elementos da responsabilidade civil, em regra, incumbe à parte que sustenta o fato constitutivo de seu direito, conforme estabelece o art. 333, I, do CPC/1973.

Todavia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado pela inversão do ônus probatório em demandas envolvendo danos ambientais, de modo a aplicar o princípio da precaução e, por conseguinte, transferir para a concessionária o encargo de provar que a sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, *in casu* concreto, aos pescadores do Rio Uruguai.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. REDUÇÃO DA PRODUÇÃO PESQUEIRA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO. DISSÍDIO NOTÓRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES. (...) 4. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região. 5. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial a fim de determinar o retorno dos autos à origem para que, promovendo-se a inversão do ônus da prova, proceda-se a novo julgamento (AgRg no AREsp 206.748/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 27-2-2013 – grifo nosso).

No caso em tela, da análise das provas encartadas no caderno processual, sobretudo a pericial, ressoa evidente a ausência de nexo causal entre a implantação da mencionada usina hidrelétrica e os alegados prejuízos na atividade pesqueira desempenhada pelo apelante.

Embora a instalação da UHE Foz do Chapecó possa ter causado impactos ambientais, como uma eventual diminuição de peixes no Rio Uruguai, não há evidências de que esta circunstância tenha ocorrido exclusivamente em razão da implantação do empreendimento.

Nesse aspecto, o perito foi taxativo: "A atividade de pesca na área objeto da perícia já apresentava declínio antes da construção da UHE Foz do Chapecó" (fl. 224), indicando outros fatores que interferem na mortandade/diminuição da quantidade de peixes, a exemplo da pesca predatória (quesitos n. 5 e 6, fls. 216-219) e da poluição hídrica, decorrentes de dejetos da suinocultura e de efluentes urbanos (quesito n. 7, fls. 219-220).

No tocante à prática da pesca predatória, colhe-se do laudo pericial (fls. 216-219):

> A pesca predatória existe e com bastante frequência, pescadores são flagrados mais de uma vez pescando no Rio Uruguai, tornando-se reincidentes neste delito. Chegam até a Polícia Militar Ambiental do Estado de Santa Catarina diversas denúncias de pesca no rio Uruguai e seus efluentes em especial o rio Chapecó. No entanto, a pesca ocorre principalmente abaixo do vertedouro e em especial na área de segurança demarcada por boias colocadas pela UHE Foz do Chapecó. Observa-se também a pesca predatória na extensão do Rio Uruguai e Rio Chapecó, para onde os peixes de correnteza como Dourados e Curimbatá estão migrando em busca de águas corrediças e de alimento e devido ao rio Chapecó possuir menor profundidade e largura tornam-se presas fáceis aos pescadores que estendem redes que muitas vezes atravessam o rio de lado a lado.
>
> [...]
>
> A pesca predatória afeta diretamente a qualidade do pescado, principalmente quanto ao tamanho dos peixes e disponibilidade do peixe no rio, o que prejudica os pescadores profissionais (Figura 04).
>
> Além disso, através dos Relatórios de Pesca Predatória disponibilizados pela Foz do Chapecó, inclusive no período da piracema, nos anos de 2011, 2012, 2013, 2014 e 2015, pode-se verificar o grande número de apreensões de apetrechos de pesca, embarcações e flagrantes realizados pela Polícia Ambiental de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul.

> [...]
>
> Frequentemente também são noticiados por meio de jornais os registros dessas ocorrências, bem como informações complementares. Adicionalmente, destaca-se que durante a perícia do dia 27/4/2015, foi visualizado através dos vídeos das câmeras de monitoramento da UHE Foz do Chapecó, a ocorrência de pesca ilegal próximo ao vertedouro e à casa de força.

No que diz respeito à poluição ambiental no Rio Uruguai, ao ser indagado sobre a influência dos dejetos decorrentes da suinocultura e de efluentes urbanos na composição da ictiofauna, o *expert*, à fls. 219-220, elucida que:

> Sim, a suinocultura, essencial para a economia de muitos municípios do oeste catarinense, tem contribuído para o desencadeamento de problemas ambientais, marcadamente, em relação aos recursos hídricos nos rios Uruguai e Chapecó. O aumento da matéria orgânica nestes rios, assim como a alteração de parâmetros de qualidade importantes para a vida dos peixes como oxigênio dissolvido, pH entre outros, afeta de forma direta e indireta as diferentes populações de peixes presentes na região. Há resultados que apontam o impacto da suinocultura na bacia do rio Chapecó conforme verificado nos estudos de Assis e Muratori (2007). Poluição hídrica por dejetos de suínos: um estudo de caso na área rural do município de Quilombo, Santa Catarina. Revista eletrônica Geografar, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 42-59.
>
> Outros estudos como o do Ternus et al (2011) também mostraram o impacto dos efluentes urbanos na qualidade da água dos rios. (Influência da urbanização sobre a qualidade da água na bacia do alto Rio Uruguai no oeste de Santa Catarina, Brasil. [...].
>
> A poluição acima descrita, afeta a atividade de pesca. Essa poluição afeta diretamente a composição da ictiofauna, favorecendo as espécies detritívoras e generalistas que tem uma maior tolerância a eventuais condições adversas de qualidade de água. É reconhecida pela população e pelos órgãos de controle ambiental, a poluição gerada pela agroindústria e pelos efluentes urbanos, principalmente na região a jusante do empreendimento.

Ademais, imperioso ressaltar que a implantação da usina hidrelétrica não inviabilizou a pesca no Rio Uruguai, conforme também esclarecido na prova pericial, que concluiu que "quantitativamente os dados de captura de peixes antes e depois do enchimento do reservatório são semelhantes e demonstram no geral um baixo estoque pesqueiro (ver Laudo Técnico do Monitoramento da Produtividade Pesqueira Mensal – Rio Uruguai, datado de janeiro de 2012 e elaborado pelo Instituto de Goio-en)" (fl. 215).

Afora isso, o exame técnico deu conta que a pesca ainda é considerada economicamente viável, mesmo que a atividade pesqueira se concentre a montante da barragem. Veja-se:

> A quantidade e diversidade de peixes no local não inviabilizará a pesca profissional. Acredita-se que os pescadores conseguirão utilizar o reservatório para manter sua atividade. No entanto, devido à alteração na composição da comunidade de peixes comumente observada nestes novos ambientes, a pesca deverá ser direcionada para outras espécies, que são mais abundantes em ambientes represados, como as traíras, o jundiá, o pintado-amarelo e outras espécies de menor porte, como os lambaris e mandis. Essa tendência tem sido verificada para outros reservatórios instalados na calha do alto rio Uruguai.
>
> Mesmo que os locais de alegada pesca se concentrem a montante da barragem, destaca-se que a jusante da barragem da UHE Foz do Chapecó, a presença do rio Chapecó pode viabilizar a manutenção da atividade reprodutiva dos peixes nativos do rio Uruguai. Alguns estudos desenvolvidos na região ressaltam a importância deste rio como local de reprodução de diferentes espécies de peixes (fl. 222).

Portanto, demonstra-se que a atividade pesqueira se mantém como fonte de lucro para os profissionais da área mesmo com a construção da barragem, mormente pela interferência do Rio Chapecó como efluente, o qual viabiliza a manutenção da atividade reprodutiva dos peixes do Rio Uruguai.

Ademais, como bem gizado na sentença recorrida, a "pesca não cessará em virtude do empreendimento implementado pela ré, tampouco haverá a diminuição a ponto de impossibilitar a continuidade do exercício da atividade profissional" (fl. 279).

Assim, a atividade pesqueira deve ser adaptada a uma nova realidade imposta não só pela construção da usina hidrelétrica, mas também por outros fatores já mencionados pelo *expert,* a exemplo da pesca predatória que vem se intensificando nos últimos anos e da liberação de dejetos provenientes da agroindústria.

Diante de todos os fatores que envolvem a situação em apreço, conclui-se que não se encontram preenchidos os requisitos legais configuradores do dever de indenizar, considerando principalmente a ausência de elementos mínimos que permitam a apuração do nexo de causalidade entre os danos experimentados pelo apelante na atividade pesqueira – e estes, por sua vez, também não estão plenamente identificados – e a instalação da UHE Foz do Chapecó.

A uma porque, conforme já fundamentado, a diminuição de peixes já estava ocorrendo em momento anterior ao empreendimento, mormente em virtude degradação ambiental (suinocultura, indústria e esgoto doméstico) e pesca predatória. A duas, porque a atividade pesqueira, com a ressalva de adaptação à nova realidade, ainda é considerada fonte de lucro para os pescadores profissionais da região.

Em casos análogos, esta Corte de Justiça já decidiu:

> EMBARGOS INFRINGENTES - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DECISÃO NÃO UNÂNIME EM APELAÇÃO CÍVEL - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA E SUA RELAÇÃO COM A MORTANDADE DE PEIXES NO RIO URUGUAI - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - NEXO CAUSAL ENTRE A ESCASSEZ DE PEIXES E A CONSTRUÇÃO DA BARRAGEM NÃO EVIDENCIADO - CONCORRÊNCIA DE FATORES COMO PESCA PREDATÓRIA E AUSÊNCIA DE CHUVAS - DEVER

DE INDENIZAR NÃO EXISTENTE - DECISÃO COLEGIADA MANTIDA - RECURSO - REJEIÇÃO. Em se tratando de ato lícito, praticado pela administração em benefício da coletividade e em atendimento ao interesse geral, a atividade administrativa delegada à embargada de fechamento das comportas, necessárias à implantação da hidrelétrica de Itá sobre o leito do Rio Uruguai, sem causar dano anormal ou especial, não gera direito à indenização pela diminuição da atividade pesqueira, ainda que tenha havido morte ou escassez temporária de peixes. (Embargos Infringentes n. 2005.007683-9, de Chapecó, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 11-05-2005).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA E SENTENÇA "EXTRA PETITA". INOCORRÊNCIA. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PEÇA RECURSAL AVENTADA EM CONTRA-RAZÕES. PREFACIAIS RECHAÇADAS. DANOS MORAIS DECORRENTES DA IMPLANTAÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA DE ITÁ. PREJUÍZO À ATIVIDADE PESQUEIRA. NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DA RÉ E O ALEGADO DANO NÃO DEMONSTRADO. RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DESTA CORTE. RECURSO PRINCIPAL PROVIDO. I - Improcedem as alegações de cerceamento de defesa e julgamento "extra petita" quando a sentença, embora utilizando argumentos diversos daqueles deduzidos na peça inaugural, decide a lide nos limites em que foi proposta e com base nas provas carreadas as autos. II - Não há falar-se em inépcia da peça recursal porquanto qualificação das partes se faz na peça inaugural e na resposta, sendo desnecessária a repetição em sede recursal. III - Indemonstrado o nexo causal entre a construção da usina hidrelétrica e o alegado prejuízo à atividade pesqueira desenvolvida no rio em que ela foi instalada, não há como acolher-se o pleito indenizatório, máxime quando existem indícios de que a diminuição do número de peixes está condicionada a outros fatores, entre eles a pesca predatória praticada pelos próprios pescadores da região. (Apelação Cível n. 2005.031900-7, de Chapecó, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 15-05-2007).

> ADMINISTRATIVO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA QUE TERIA PREJUDICADO A ATIVIDADE PESQUEIRA NA REGIÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA NÃO CONFIGURADA "Ausente o nexo de causalidade entre a mortandade de peixes no Rio Uruguai e a construção da hidrelétrica de Itá, a improcedência do pedido de indenização por danos advindos da dificuldade no exercício da atividade pesqueira é medida que se impõe, mormente se verificada a existência de pesca predatória, ausência de chuvas e poluição da água na região" (AC n. 2003.015777-8, Des. Wilson Augusto do Nascimento). (Apelação Cível n. 2005.024251-7, de Chapecó, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. 18-11-2008).

Por fim, reforça-se, porque importante, que a concessionária apelada atuou em atenção aos padrões de conduta que se lhe impunham, instalando a usina hidrelétrica, cuja utilidade pública dispensa maiores digressões, nos termos da licença obtida e dentro da esfera de licitude.

Ainda, a apelada tem providenciado a execução de projetos para a neutralização dos impactos ambientais que notoriamente advieram com a instalação do empreendimento, de acordo com todas as exigências contidas na Licença Prévia n. 147/2002 (fls. 133-137), e nas Licenças Ambientais de Instalação n. 284/2004 e de Operação n. 949/2010 (*vide* anexo dos documentos complementares).

Vale registrar também que a apelada elaborou, dentre outros, os Laudos técnicos de "Monitoramento da Produtividade Pesqueira Mensal", relatório técnico do "Programa 7 – Monitoramento Limnológico e de Qualidade das Águas" e "Estudos anuais dos efeitos da obra da UHE Foz do Chapecó sobre a comunidade de peixes" (*vide* anexo dos documentos complementares).

Tem-se, ainda, o denominado "Programa de Apoio aos Pescadores da Foz do Chapecó", instituído pela apelada e aplicado desde 28-1-2010, que objetiva "além de criar condições de manutenção da atividade

pesqueira, fornecer novas alternativas de renda e melhoria de vida ao público formado por famílias que residem no trecho do rio Uruguai situado entre a futura barragem e casa de força da Usina Foz do Chapecó e que, de alguma forma, alegam vínculo com a atividade pesqueira como fonte de renda" (*vide* anexo dos documentos complementares).

O próprio laudo pericial menciona as medidas de prevenção, mitigação e compensação dos efeitos ambientais negativos providenciadas pela concessionária apelada, com a adoção de vários programas, dentre os quais se destacam os já referidos Programa de Monitoramento da Produtividade Pesqueira Mensal e Programa de Apoio aos Pescadores, além do Termo de Cooperação Técnica 002/09 firmado com o Ibama e a FCE, visando à recomposição da ictiofauna do Rio Uruguai (fl. 223).

Corroborando a inexistência de ilicitude nas atividades perpetradas pela apelada na instalação da usina hidrelétrica, que observou os detalhados critérios impostos pelo órgão ambiental, esclarecedor é o julgamento proferido pelo Grupo de Câmaras de Direito Civil desta Corte:

> EMBARGOS INFRINGENTES. EXEGESE DO ART. 530 DO CPC. SUPOSTA NECESSIDADE DE EQÜIVALÊNCIA ENTRE ARGÜIÇÕES RECURSAIS E FUNDAMENTOS DO VOTO VENCIDO. DESPROPÓSITO. PRELIMINAR REJEITADA. RESPONSABILIDADE CIVIL. IMPLANTAÇÃO DA HIDRELÉTRICA DE ITÁ. AVENTADA MORTANDADE DE PEIXES NA ÉPOCA DA PIRACEMA, COM OS DANOS À ICTIOFAUNA PERPETUADOS NO TEMPO. INVESTIDA CONFRONTANTE COM O PLEXO PROBATÓRIO. ESTUDOS DE IMPACTO AMBIENTAL APRECIADOS E CHANCELADOS PELOS ÓRGÃOS AMBIENTAIS COMPETENTES. REALIZAÇÃO DE MEDIDAS TÉCNICAS EUFEMIZANDO A DANOSIDADE IMPOSTA À ICTIOFAUNA LOCAL. EFICÁCIA ATESTADA POR PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA DE PROVA DE CAUSALIDADE, AINDA QUE CONCORRENTE, ENTRE O FECHAMENTO DAS COMPORTAS E A ATUAL ESCASSEZ DE PEIXES. FORÇA DETERMINANTE ASSACÁVEL A FATORES EXTERNOS.

EMBARGOS CONHECIDOS E IMPRÓVIDOS. Em sede de embargos infringentes, "Não fica o órgão ad quem adstrito aos motivos porventura invocados no voto vencido: embora não lhe seja lícito ultrapassar as raias deste, pode dar provimento aos embargos, acolhendo outros argumentos que não os utilizados para lastrear, no julgamento da apelação ou da ação rescisória, o pronunciamento minoritário, inclusive algum unanimemente repudiado ali. Quando o dispositivo sob exame limita a embargabilidade 'à matéria objeto da divergência', refere-se à extensão possível da impugnação; não às razões que hajam levado qualquer membro (ou quaisquer membros) do corpo julgador a dissentir da maioria." (J.C. Barbosa Moreira. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. V, arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 1981, págs. 601/602). A sociedade concessionária de uso de bem público, cujos projetos e obras de implantação de barragens para fins de exploração de potenciais hidráulicos, uma vez analisados pelos órgãos ambientais competentes para o gerenciamento da outorga sustentável do uso dos recursos hídricos, restem aprovados e licenciados, não responde perante particulares pelos danos normais invariavelmente previstos em tais estudos e chancelados pela administração no exercício do juízo de proporcionalidade entre a tutela ambiental e o interesse público na instauração da hidrelétrica. Poder-se-ia excogitar de responsabilização em casos de execução desconforme a licença ou de danos anormais, nenhures previstos, exsurgindo, nesses casos, a ilicitude no proceder. Não sendo, porém, a hipótese, e adotando a concessionária, em atenção às instâncias ambientais, providências no sentido de eufemizar os danos impostos à ictiofauna local, com eficácia atestada por prova técnica, esmaece a responsabilidade que pescadores ribeirinhos lhe tencionam imputar por conta do fechamento autorizado das comportas, com reduções no volume e vazão de água no trecho da bacia hidrográfica à jusante da barragem e as implicações que daí naturalmente decorreriam à ictiofauna. Tal inferência se fortifica na constatação de que a escassez de peixes é gradativa e assacável, antes, a fatores outros, como a turbidez causada pela erosão laminar em terras cultivadas, o aumento de efluentes nocivos provenientes das indústrias de processamento de celulose, a criação de suínos às margens dos rios, com lançamentos de dejetos, e a pesca obscura na época da piracema. Ausente ilicitude no proceder conforme a autorização, contidos os danos, e falecendo nexo causal,

> sequer concorrente, entre a implantação da hidrelétrica e as vicissitudes da ictiofauna local, não prevalece o voto vencido. (Embargos Infringentes n. 2004.033241-1, de Chapecó, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 13-07-2005).

Recentemente, a Primeira Câmara de Direito Civil novamente abordou a questão e manteve igual posicionamento:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E LUCROS CESSANTES. RECURSO DO AUTOR. ATIVIDADE DE PESCA SUPOSTAMENTE PREJUDICADA PELA CONSTRUÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA FOZ DO CHAPECÓ. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA NÃO ANALISADA EM PRIMEIRO GRAU. SENTENÇA CITRA PETITA. NULIDADE, CONTUDO, NÃO DECRETADA. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO. CAUSA MADURA. POSSIBILIDADE DE EXAME DA MATÉRIA PELO TRIBUNAL. EXEGESE DO ART. 1.013, § 3º, DO NOVO CPC. LAUDO PERICIAL DETALHADO E CONCLUSIVO. PRELIMINAR RECHAÇADA. ALMEJADA INDENIZAÇÃO DIANTE DA INVIABILIDADE DA PESCA NA REGIÃO ATINGIDA PELO EMPREENDIMENTO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EXEGESE DO ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE PROVA QUANTO AO NEXO CAUSAL E À RESPONSABILIDADE DA DEMANDADA PELO EVENTO DANOSO. ATO ILÍCITO INDEMONSTRADO (ART. 333, I, DO CPC/73). PRETENSÃO AFASTADA (Apelação Cível n. 0001446-32.2011.8.24.0059, de São Carlos, rel. Des. Gerson Cherem II, j. 26-1-2017).

Não bastasse, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal em desfavor do IBAMA e da apelada, em reexame necessário concluiu que "o Poder Judiciário só poderia interferir, determinando a adequação ou substituição das medidas adotadas, se estivesse patente alguma ilegalidade, algum dano evidente ao meio ambiente ou às comunidades atingidas pelo empreendimento.

No entanto, a instrução probatória não logrou êxito em comprovar tal situação. Ao contrário, há indícios de que as medidas adotadas foram as mais adequadas ao caso concreto" (RNC n. 5000930-57.2010.4.04.7202/SC, rel. Des. Fed. Luís Albeto D'Azevedo Aurvalle, j. 21-7-2015).

Por conseguinte, diante dos argumentos acima mencionados, por não haver nexo causal entre a construção da UHE Foz do Chapecó e os danos alegados pelo apelante, a improcedência dos pedidos iniciais é medida que se impõe.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0001259-31.2010.8.24.0068, de Seara
Relator: Des. Subst. Luiz Felipe Schuch

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE AUTORA. LEI MUNICIPAL QUE IMPOSSIBILITA O DESMEMBRAMENTO DE ÁREA INFERIOR A 200 M². DESNECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO, SENÃO AQUELES PREVISTOS PARA AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DE PROPRIEDADE POR USUCAPIÃO. PREVALÊNCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL SOBRE A NORMA MUNICIPAL. APLICAÇÃO DA LEI SOB A ÓTICA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DO DIREITO À MORADIA. TEMA PACIFICADO NA JURISPRUDÊNCIA, INCLUSIVE EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SENTENÇA CASSADA. CAUSA NÃO MADURA PARA JULGAMENTO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Por força da lei civil e princípios constitucionais garantidores do direito à aquisição da propriedade, e desde que preenchidos todos os requisitos necessários ao reconhecimento da usucapião, não há falar em impossibilidade jurídica do pedido em razão da área usucapienda ser inferior ao previsto na política urbanística Municipal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0001259-31.2010.8.24.0068, da comarca de Seara Vara Única em que é Apelante Idelga Laura Bohn e Apelados Adelino Techio e outro.

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, no sentido de cassar a sentença objurgada e determinar o retorno dos autos à primeira instância para regular processamento. Custas legais.

O julgamento, realizado em 20 de março de 2017, foi presidido pelo Desembargador João Batista Góes Ulysséa, com voto, e dele participou o Desembargador Substituto José Maurício Lisboa.

Funcionou como representante do Ministério Público a Procuradora de Justiça Eliana Volcato Nunes.

Chapecó, 22 de março de 2017.

Luiz Felipe Schuch
Relator

RELATÓRIO

Acolho o relatório da sentença de fls. 69-73, de lavra do Magistrado Rafael Germer Condé, por contemplar precisamente o conteúdo dos presentes autos, *ipsis litteris*:

> IDELGA LAURA BOHN, qualificada nos autos, ajuizou a presente ação de usucapião em face de ADELINO TECCHIO e NEUSA TECCHIO, igualmente qualificados, objetivando usucapir parte do imóvel registrado no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Seara, matriculado sob nº 3.335, alegando exercer, há mais de 20 anos, a posse mansa, pacífica e ininterrupta sobre referido imóvel.
>
> Foram citados por editais os confinantes e eventuais interessados (fls. 33, 34) e intimados, via postal, os representantes das Fazendas Públicas da União, do Estado e do Município (fls. 43, 46 e 60).
>
> O Município manifestou expressamente o desinteresse no imóvel usucapiendo (fls. 37/38).
>
> Citados, os réus, em nome de quem o imóvel se encontra registrado, apresentaram contestação às fls. 48/52, arguindo, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, sustentaram a inexistência dos requisitos indispensáveis à concessão da usucapião, postulando a improcedência da ação. Anexou documentos.

O Ministério Público manifestou-se às fls. 61/62.

Houve réplica à contestação às fls. 66/68.

Ressalto que o Juiz singular, baseado em limites mínimos para parcelamento de solo contido na legislação do município de Seara, julgou improcedente o pleito inicial, nos seguintes termos:

> Ante o exposto, na forma do art. 269, I, do CPC, JULGO IMPROCEDENTE o pedido deduzido na presente ação de usucapião manejada por IDELGA LAURA BOHN, em face de ADELINO TECHIO e NEUSA TECHIO, resolvendo o mérito da demanda.
>
> Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, suspensa, todavia, a exibilidade das verbas, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50, em razão da concessão da Assistência Judiciária Gratuita (fl. 29).
>
> Expeça-se certidão de URH'a ao Assistente Judiciário nomeado à fl. 11.
>
> Em nada sendo pleiteado pelas partes e transcorrido o prazo recursal, certifique-se e arquive-se, promovendo-se as baixas nos registros.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, a requerente interpôs o presente recurso de apelação objetivando, em síntese, a preponderância do art. 183 da Constituição Federal sobre as exigências da lei municipal, de forma a reconhecer a aquisição do imóvel pela usucapião urbana.

Contrarrazões às fls. 98-101.

O Ministério Público, em parecer de lavra da Procuradora de Justiça Hercília Regina Lemke, opinou pelo desprovimento do recurso. (fls. 108-119)

É o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade

De início, assinalo que, não obstante a existência de outros feitos mais antigos no acervo de processos distribuídos a este Relator, a apreciação do presente recurso em detrimento daqueles distribuídos há mais tempo não significa violação ao disposto no art. 12, *caput*, do novo Código de Processo Civil, tendo em vista a exceção contida no § 2º, VII, primeira parte, do mesmo dispositivo legal.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela autora em face de sentença que julgou improcedente o pedido exordial, porquanto a Lei Municipal n. 543/86 de Seara vedaria o desmembramento em área inferior a 200 m² (duzentos metros quadrados).

Inconformada, a apelante busca a reversão do julgamento da causa, com a declaração do domínio e a propriedade sobre o imóvel objeto da demanda.

2. Do recurso de apelação

A recorrente pugna a prevalência dos ditames constitucionais sobre os da lei municipal, sob o argumento de que *"é indiscutível em todas as esferas do Poder Judiciário que a Constituição Federal é suprema. Em caso de conflito de leis, a norma constitucional será superior àquela infraconstitucional que verse sobre o tema."* (fl. 79).

Com razão a apelante.

Não se desconhecem os posicionamentos contrários a respeito do tema debatido nos autos em comento, e que embasaram o entendimento do julgador singular.

Contudo, de se observar que possíveis irregularidades na área que se pretende usucapir, mormente aquelas referentes ao parcelamento do solo urbano, não podem ser óbice ao reconhecimento da aquisição originária da propriedade.

Com efeito, preenchidos todos os requisitos constitucionais necessários ao reconhecimento da usucapião, inaplicável a tese de querer afastá-lo em razão da área usucapienda ser inferior à prevista na política urbanística municipal, desde que, evidentemente, não esteja explícita a má-fé daquele que a requer simplesmente com o fim de burlar a legislação.

O tema, inclusive, foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral:

> Recurso extraordinário. Repercussão geral. Usucapião especial urbana. Interessados que preenchem todos os requisitos exigidos pelo art. 183 da Constituição Federal. Pedido indeferido com fundamento em exigência supostamente imposta pelo plano diretor do município em que localizado o imóvel. Impossibilidade. A usucapião especial urbana tem raiz constitucional e seu implemento não pode ser obstado com fundamento em norma hierarquicamente inferior ou em interpretação que afaste a eficácia do direito constitucionalmente assegurado. Recurso provido.
>
> 1. Módulo mínimo do lote urbano municipal fixado como área de 360 m2. Pretensão da parte autora de usucapir porção de 225 m2, destacada de um todo maior, dividida em composse.
>
> 2. Não é o caso de declaração de inconstitucionalidade de norma municipal.
>
> 3. Tese aprovada: preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote).
>
> 4. Recurso extraordinário provido. (RE n. 422.349/RS. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 29/4/2015).

De sua vez, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA. REQUISITOS DO ART. 183 DA CF/88 REPRODUZIDOS NO ART. 1.240 DO CCB/2002. PREENCHIMENTO. PARCELAMENTO DO SOLO URBANO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ÁREA INFERIOR. IRRELEVÂNCIA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DECLARATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL. RE Nº 422.349/RS. MÁXIMA EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL.
>
> 1. Cuida-se de ação de usucapião especial urbana em que a autora pretende usucapir imóvel com área de 35,49 m².
>
> 2. Pedido declaratório indeferido pelas instâncias ordinárias sob o fundamento de que o imóvel usucapiendo apresenta metragem inferior à estabelecida na legislação infraconstitucional que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e nos planos diretores municipais.
>
> 3. O Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE nº 422.349/RS, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, fixou a tese de que, preenchidos os requisitos do artigo 183 da Constituição Federal, cuja norma está reproduzida no art. 1.240 do Código Civil, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote).
>
> 4. Recurso especial provido."(REsp n. 1.360.017/RJ Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 5/5/2016).

> RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO RURAL CONSTITUCIONAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL. MÓDULO RURAL. ÁREA MÍNIMA NECESSÁRIA AO APROVEITAMENTO ECONÔMICO DO IMÓVEL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA

DA NORMA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREVISÃO DE ÁREA MÁXIMA A SER USUCAPIDA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE ÁREA MÍNIMA. IMPORTÂNCIA MAIOR AO CUMPRIMENTO DOS FINS A QUE SE DESTINA A NORMA.

1. A propriedade privada e a função social da propriedade estão previstas na Constituição Federal de 1988 dentre os direitos e garantias individuais (art. 5.º, XXIII), sendo pressupostos indispensáveis à promoção da política de desenvolvimento urbano (art. 182, § 2.º) e rural (art. 186, I a IV).

2. No caso da propriedade rural, sua função social é cumprida, nos termos do art. 186 da CF/1988, quando seu aproveitamento for racional e apropriado; quando a utilização dos recursos naturais disponíveis for adequada e o meio ambiente preservado, assim como quando as disposições que regulam as relações de trabalho forem observadas.

3. A usucapião prevista no art. 191 da Constituição (e art. 1.239 do Código Civil), regulamentada pela Lei n. 6.969/1981, é caracterizada pelo elemento posse-trabalho. Serve a essa espécie tão somente a posse marcada pela exploração econômica e racional da terra, que é pressuposto à aquisição do domínio do imóvel rural, tendo em vista a intenção clara do legislador em prestigiar o possuidor que confere função social ao imóvel rural.

4. O módulo rural previsto no Estatuto da Terra foi pensado a partir da delimitação da área mínima necessária ao aproveitamento econômico do imóvel rural para o sustento familiar, na perspectiva de implementação do princípio constitucional da função social da propriedade, importando sempre, e principalmente, que o imóvel sobre o qual se exerce a posse trabalhada possua área capaz de gerar subsistência e progresso social e econômico do agricultor e sua família, mediante exploração direta e pessoal - com a absorção de toda a força de trabalho, eventualmente com a ajuda de terceiros.

5. Com efeito, a regulamentação da usucapião, por toda legislação que cuida da matéria, sempre delimitou apenas a área máxima passível de ser usucapida, não a área mínima, donde concluem os estudiosos do tema,

que mais relevante que a área do imóvel é o requisito que precede a ele, ou seja, o trabalho realizado pelo possuidor e sua família, que torna a terra produtiva e lhe confere função social.

6. Assim, a partir de uma interpretação teleológica da norma, que assegure a tutela do interesse para a qual foi criada, conclui-se que, assentando o legislador, no ordenamento jurídico, o instituto da usucapião rural, prescrevendo um limite máximo de área a ser usucapida, sem ressalva de um tamanho mínimo, estando presentes todos os requisitos exigidos pela legislação de regência, parece evidenciado não haver impedimento à aquisição usucapicional de imóvel que guarde medida inferior ao módulo previsto para a região em que se localize.

7. A premissa aqui assentada vai ao encontro do que foi decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em conclusão de julgamento realizado em 29.4.2015, que proveu recurso extraordinário, em que se discutia a possibilidade de usucapião de imóvel urbano em município que estabelece lote mínimo para parcelamento do solo, para reconhecer aos recorrentes o domínio sobre o imóvel, dada a implementação da usucapião urbana prevista no art. 183 da CF.

8. Na oportunidade do Julgamento acima referido, a Suprema Corte fixou a seguinte tese: Preenchidos os requisitos do art. 183 da CF, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área onde situado o imóvel (dimensão do lote) (RE 422.349/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 29.4.2015) 9. Recurso especial provido. (REsp n. 1.040.296/ES, Rel. Min. Marco Buzzi e Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 2/6/2015).

Em situações análogas, esta Corte já decidiu:

CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. [...] ALEGAÇÃO DE QUE A ÁREA USUCAPIENDA NÃO PREENCHE OS REQUISITOS DA LEI 6.766/79, NEM DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL SOBRE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO. IRRELEVÂNCIA. BOA-FÉ DO AUTOR. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. INSCRIÇÃO DO IMÓVEL NA PREFEITURA COM COBRANÇA DE TRIBUTOS

MUNICIPAIS. PREVALÊNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. RECURSO DESPROVIDO. Presentes os requisitos da usucapião extraordinária, impõe-se a declaração da aquisição originária da propriedade, independentemente de eventual irregularidade referente às normas de parcelamento de solo urbano, tendo em vista a boa-fé do pretendente, o interesse social do provimento almejado e a função social da propriedade urbana (TJSC. 2ª Câmara de Direito Civil. AC n. 2012.061611-6, de Camboriú. Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben. Julgado em 4/10/2012).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. [...] ALEGAÇÃO DE QUE O IMÓVEL DESCUMPRE AS EXIGÊNCIAS CONTIDAS NA LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO E "BURLA" A LEGISLAÇÃO. MÁ-FÉ NÃO CONSTATADA. AUTORA QUE, COM JUSTO TÍTULO, EXERCE A POSSE DO IMÓVEL HÁ 27 ANOS. SITUAÇÃO FÁTICA QUE DEVE SER PROTEGIDA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. APLICAÇÃO DA LEI SOB A ÓTICA DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DO DIREITO À MORADIA. AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO POR PARTE DE CONFRONTANTES, TERCEIROS E PELO PODER PÚBLICO. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO ENDOSSANDO O DECRETO JUDICIAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Para a concessão da pretensão de usucapir, basta a comprovação do lapso possessório exercido pelo requerente, independentemente de justo título e boa-fé, na forma do artigo 1.238 do Código Civil. O pleito ganha ainda mais força quando revela a presença de boa-fé e justo título, representado por contrato de compra e venda, mormente se o bem é ocupado sem oposição ao longo de mais de vinte anos. Embora se compreenda a preocupação do órgão ministerial de primeiro grau quanto ao cumprimento da legislação do parcelamento do solo e seus reflexos ambientais, no caso sob análise não existe razão que impeça a concessão da declaração requerida, seja por força da lei civil, seja pelos princípios constitucionais que garantem

> à apelada o direito à aquisição da propriedade do bem que ocupa com ânimo de dona há longos 27 anos. A interpretação da fria letra da lei deve ser flexibilizada quando cotejada com a situação fática a que será aplicada, sob pena de, no caso de usucapião, negar vigência aos preceitos constitucionais da função social da propriedade e do direito à moradia. (TJSC. 5ª Câmara de Direito Civil. AC n. 2012.047217-4, de Camboriú. Rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves. Julgado em 4/10/2012).

Esta Câmara não diverge:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. EXTINÇÃO, NA ORIGEM, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE AUTORA. LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO E LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL QUE IMPOSSIBILITAM O DESMEMBRAMENTO DE ÁREA INFERIOR A 360 M². DESNECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DE REQUISITOS SENÃO AQUELES PREVISTOS PARA AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DE PROPRIEDADE POR USUCAPIÃO. SENTENÇA CASSADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO. RECURSO PREJUDICADO. (TJSC. Câmara Especial Regional de Chapecó. AC n. 2012.021926-6, de Xanxerê. Rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior. Julgado em 13/08/2013).

Na mesma esteira:

> APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO MINISTERIAL INSURGINDO-SE CONTRA DECISÃO SOB FUNDAMENTO DE QUE A ÁREA USUCAPIDA NÃO PREENCHE OS REQUISITOS DA LEI 6.766/79. IRRELEVÂNCIA. NÃO É REQUISITO DA USUCAPIÃO QUE A ÁREA USUCAPIENDA DEVA ESTAR REGULAR. SITUAÇÃO INCLUSIVE, QUE FOGE AO ALCANCE DA AUTORA. ADEMAIS, HÁ NOS AUTOS PROVA DA COBRANÇA DE IMPOSTO PREDIAL PELA MUNICIPALIDADE, O QUE LHE CONFERE A APARÊNCIA DE LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJSC. AC n. 2012.047214-3, de Camboriú. Rel. Des. Saul Steil. Julgado em 4/9/2012).

E do corpo de referido aresto, extrai-se:

> [...] Não sendo impugnado o lapso temporal para a aquisição prescritiva da propriedade, a controvérsia dos autos orbita somente no fato de o imóvel objeto da presente Ação de Usucapião não atender às normas municipais de parcelamento urbano e aos ditames da lei n. 6.766/79. Todavia, tenho que o fato de o imóvel usucapiendo encontrar-se eventualmente, em área de parcelamento irregular não obsta o processamento de ação que visa à usucapião extraordinária nos moldes do artigo 1.238, do Código Civil.
>
> É que a usucapião, por ser modo originário de aquisição da propriedade, sempre foi considerada hábil a regularizar a aquisição de domínio de lote integrante de parcelamento ou desmembramento irregular, constituindo a circunstância mera irregularidade administrativa, e, como já consignado, o referido artigo não exige que o imóvel tenha sido objeto de regular parcelamento do solo e atenda às posturas municipais e aos preceitos urbanísticos.
>
> Adotar o posicionamento defendido pelo douto promotor de justiça significa, no meu entendimento, eleger mais um requisito, não explicitado na legislação, para a aquisição da propriedade pela usucapião, questão totalmente dissociada da tese ministerial *a quo*, ao citar o artigo 846 do Código de Normas da CGJSC, pois neste caso, seria a vontade entre particulares de intento de registro, e no caso na usucapião, trata-se de uma determinação judicial.
>
> Com efeito, não há razão para exigir como mais um requisito para o reconhecimento da aquisição prescritiva, esteja o imóvel usucapiendo dentro de todas as posturas municipais, mormente quando tal situação foge ao alcance do apelado, já que por mais de quinze anos possui a posse mansa e pacífica daquela terra, na qual jamais procedeu qualquer interferência que implicasse irregularidade. [...]

Em que pese compreensíveis as ponderações quanto ao cumprimento da legislação do parcelamento do solo e seus reflexos, *in casu*, se for constatado o preenchimento dos requisitos pertinentes, inexistirá óbice para a concessão da declaração requerida, seja por força

da lei civil, seja pelos princípios constitucionais garantidores do direito à aquisição da propriedade do bem que se ocupa com *animus domini*.

O fato é que *"a interpretação da fria letra da lei deve ser flexibilizada quando cotejada com a situação fática a que será aplicada, sob pena de, no caso de usucapião, negar vigência aos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e do direito à moradia."* (TJSC. 3ª Câmara de Direito Civil. AC n. 2012.047217-4, de Camboriú. Rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves. Julgado em 4/10/2012).

Assim, considerando que a legislação federal vigente, ao tratar das modalidades de usucapião, não determinou um limite de área mínimo de reconhecimento de propriedade por este instituto e que, ademais, a norma constitucional deve prevalecer sobre a norma municipal, não há falar em imposição de tal requisito (art. 1.238 e seguintes do Código Civil de 2002).

Nesse palmilhar, diante das particularidades que permeiam a hipótese dos autos, é medida cogente reconhecer a possibilidade jurídica do pedido formulado e dar prosseguimento a ação de usucapião.

Por derradeiro, salienta-se que a causa não se encontra atualmente madura para julgamento, porquanto necessária a competente instrução probatória para que os autores possam demonstrar o preenchimento dos demais requisitos legais para usucapir.

3. Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, para cassar a sentença objurgada e determinar o retorno dos autos à origem para regular processamento.

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Agravo n. 4014326-92.2016.8.24.0000/50001
Relator: Desembargador Joel Figueira Júnior

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.

II – A não caracterização de, ao menos, uma das hipóteses insculpidas no rol do art. 966 do Código de Processo Civil de 2015, traz consigo a inépcia da peça exordial por falta de interesse de agir, que contém o conceito de impossibilidade jurídica do pedido.

Assim, o indeferimento da petição inicial (art. 968, § 3º, e art. 330, I, CPC/2015) e, como corolário disso, a extinção da ação rescisória, sem resolução do mérito (art. 485, I, CPC/2015) é medida adequada que se impõe.

III – Considerado o agravo manifestamente improcedente por decisão unânime do Órgão Colegiado, nos termos do disposto no § 4º do art. 1.021 do novo Código de Processo Civil, condena-se a Agravante a pagar aos Agravados multa de 5% sobre o valor atualizado da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio da quantia (art. 1.021, § 5º, CPC/2015).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo n. 4014326-92.2016.8.24.0000/50001, da comarca de Xanxerê 2ª Vara Cível em que é Agravante C. X. LTDA e Agravados A. H. e outros.

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, aplicando-se a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 14 de junho de 2017, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Newton Trisotto e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Raulino Jacó Brüning, Jairo Fernandes Gonçalves,Denise Volpato, Stanley Braga, Saul Steil, Gilberto Gomes de Oliveira, Cláudia Lambert de Faria, Rubens Schulz, André Carvalho, Jorge Luis Costa Beber, André Luiz Dacol, Newton Trisotto, Luiz Cézar Medeiros, Fernando Carioni, Marcus Tulio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 14 de junho de 2017.

Joel Dias Figueira Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

Combustíveis Xanxerê Ltda. interpôs agravo regimental (art. 195 do RITJSC) contra a decisão monocrática de fls. 1.123-1.129, impugnada por meio de embargos de declaração posteriormente rejeitados (fls. 6-9), que, com fulcro no art. 968, § 3º, e art. 330, I, do Código de Processo Civil de 2015, indeferiu a petição inicial da ação rescisória ajuizada para desconstituir o acórdão prolatado pela Primeira Câmara de Direito Civil, da lavra do Des. Carlos Prudêncio (2005.014885-5), mantido pelo Grupo de Câmaras de Direito Civil ao julgar os embargos infringentes n. 2010.024783-6 (Rel. Des. Nelson Schaefer Martins), e declarou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do disposto no art. 485, I, do mesmo Diploma Legal.

Reitera, em síntese, o argumento sustentado nos embargos declaratórios, de que o "douto prolator dos decisórios não se atentou para o fato de que a referida testemunha em nada contribuiu para a

elucidação dos fatos à época da instrução do inquérito policial, o que, pelas novas regras processuais, configura evidente erro material" (fl. 4).

Insiste, ainda, na alegação de que, apesar de ter conhecimento da existência da testemunha na época do ocorrido, em razão do fato de não ter a mesma contado a verdade à autoridade policial, pois afirmou não ter presenciado o crime, não fez uso da referida prova no processo, por acreditar que em nada contribuiria para a solução da controvérsia.

No entanto, vindo à tona mais de 20 anos depois ter sido Vilmar Linhares testemunha ocular do crime, ou seja, somente após o trânsito em julgado da decisão rescindenda, a Agravante considera como nova prova o seu depoimento lavrado em escritura pública de ata notorial, apto a embasar a rescisória, uma vez que, se demonstrado ter ocorrido o delito em razão de um acerto de contas entre a vítima e seu assassino, e não em virtude de um latrocínio, a responsabilidade da empresa autora pela morte de seu empregado seria afastada.

Aduz, ademais, que a decisão agravada, ao indeferir a inicial, cerceou seu direito de defesa, razão pela qual requereu o provimento do recurso a fim de possibilitar o regular processamento e instrução da ação rescisória (fls. 1-12).

Foram oferecidas contrarrazões às fls. 15-26.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

É o relatório.

VOTO

1 Preliminarmente – Princípio da fungibilidade recursal

Trata-se de agravo regimental (art. 195 do RITJSC) interposto contra a decisão que indeferiu a inicial de ação rescisória, com fulcro no art. 968, § 3º, e art. 330, I, do Código de Processo Civil de 2015.

Ocorre que o recurso cabível no caso em tela é o agravo interno previsto no art. 1.021 do CPC/2015 e não o agravo regimental instituído no art. 195 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Todavia, aplicável o princípio da fungibilidade na situação em apreço, tendo em vista que a Recorrente incidiu em erro escusável, bem como encontram-se preenchidos os pressupostos de admissibilidade do reclamo a ser recepcionado.

Dessa feita, merece ser conhecido o agravo regimental como agravo interno, passando-se à análise do mérito do recurso.

2 Do mérito do recurso

Trata-se de agravo regimental (art. 195 do RITJSC) interposto contra a decisão monocrática de fls. 1.123-1.129, que, com fulcro no art. 968, § 3º, e art. 330, I, do Código de Processo Civil de 2015, indeferiu a petição inicial e declarou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do disposto no art. 485, I, do mesmo Diploma Legal.

Afirma a Recorrente que a decisão monocrática laborou em equívoco ao indeferir ao inicial, pois, conforme reiterou, somente após o trânsito em julgado da decisão colegiada (acórdão prolatado pela Primeira Câmara de Direito Civil, da lavra do Des. Carlos Prudêncio (2005.014885-5), mantido pelo Grupo de Câmaras de Direito Civil ao julgar os embargos infringentes n. 2010.024783-6, da relatoria do Des. Nelson Schaefer Martins) que julgou procedentes os pedidos formulados na *ação de reparação por danos materiais e morais* n. 080.00.000977-6, proposta pelos ora Réus contra a Autora, obteve prova testemunhal nova capaz de afastar a sua responsabilidade civil pela morte de seu empregado durante o horário de trabalho e nas dependências de sua empresa (posto de gasolina), porquanto a testemunha em questão mudou sua versão sobre

os fatos e aduziu que o delito teria ocorrido em razão de um acerto de contas entre a vítima e seu assassino, e não em virtude de um latrocínio (crime de roubo seguido de morte).

Insiste que, embora tivesse conhecimento da existência da aludida testemunha, Vilmar Linhares, deixou de ouvi-la durante a instrução do processo de conhecimento por acreditar que seu depoimento não contribuiria para a solução da controvérsia, uma vez que o testigo não teria contado ter presenciado o crime à autoridade policial, o que veio a fazer apenas mais de 20 anos após a ocorrência dos fatos.

Portanto, a sua pretensão vem amparada exclusivamente no inciso VII do art. 966 da Lei Instrumental Civil de 2015, ou seja, obtenção de prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de assegurar-lhe pronunciamento favorável.

Todavia, conforme já debatido na decisão monocrática que indeferiu a inicial, cujos fundamentos serão reapresentados, até porque os argumentos tratados no presente recurso são repetições daqueles trazidos na peça exordial, não está configurada, na situação vertente, a hipótese do art. 966, VII, CPC/2015.

Compulsando os autos, verifica-se que a prova testemunhal supostamente "nova" não era ignorada pela Autora, pois Vilmar Linhares havia sido ouvido no inquérito policial que apurou a responsabilidade criminal pelo assassinato da vítima Ivanor Alves Hoffumann, empregado do posto de gasolina réu, ora Autor desta demanda.

Além disso, embora o testigo tenha dado à autoridade policial uma versão dos fatos diferente daquela que apresentou atualmente no Tabelionato de Notas e Protesto (fl. 36), declarou naquela época que "conhecia muito o guarda Ivanor Alves Hoffumann" (fl. 826) e frequentemente conversava com ele durante a noite, em seu local de trabalho, o que demonstra uma proximidade maior com a vítima, a justificar sua oitiva na demanda indenizatória.

Portanto, se tivesse sido ouvido perante o Juiz e se realmente os fatos ocorreram da forma como agora relata, é possível que tivesse retificado as declarações dadas à polícia, por estar sob o compromisso de dizer a verdade.

Em outras palavras, a existência da prova era de conhecimento da então Ré da ação originária, 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.

Acerca da nova prova testemunhal apta a embasar a ação rescisória, Daniel Amorim Assumpção Neves ressalta:

> Mantendo-se o mesmo critério para a prova oral, jamais será cabível ação rescisória com fundamento em depoimento pessoal, ainda que não realizado no processo de origem, porque essa espécie de prova é sempre materialmente possível de ser produzida. Quanto à prova testemunhal, entendo que caberá ao autor da ação rescisória a comprovação de que não tinha conhecimento, e nem tinha como ter, da existência da testemunha, razão pela qual a prova não foi produzida no processo de origem. (Manual de direito processual civil. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1379 - Grifei).

Em igual sentido, importa transcrever os ensinamentos de Guilherme Rizzo Amaral:

> (...) Assim, não apenas a prova documental nova autorizará o ajuizamento da ação rescisória, como também a descoberta de uma nova testemunha – desde que impossível sua oitiva antes do trânsito em julgado da decisão rescindenda – ou a possibilidade de realização de perícia antes indisponível para a parte. (Comentários às alterações de novo CPC. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 972).

Outrossim, anota-se que os fatos narrados pela aludida testemunha, cuja declaração foi reduzida a termo e lavrada em ata notarial pelo 2º Tabelionato de Notas e Protesto de Chapecó, não são capazes, por si sós, de assegurar à Autora pronunciamento favorável, pois não indicam

seguramente que a motivação do crime foi um acerto de contas, como quer fazer crer nesta rescisória.

O acórdão da Primeira Câmara de Direito Civil (fls. 56-73), mantido pela decisão colegiada do Grupo de Câmaras de Direito Civil desta Corte (fls. 74-90), fundamentou-se em diversas outras provas testemunhais e documentais, que não seriam derruídas apenas pela "nova versão" apresentada pela suposta testemunha ocular do crime. Portanto, sozinha, a prova testemunhal não seria decisiva para a alteração do resultado no processo.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam acerca do assunto:

> Prova nova. O atual CPC é mais abrangente do que o CPC/1973, pois admite não só a apresentação de documento novo, mas também de tudo que possa formar prova nova em relação ao que constou da instrução no processo original. Mas, da mesma forma que ocorria em relação ao documento novo, por prova nova deve entender-se aquela que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pôde fazer uso – portanto, não cabe, no caso, dar início a nova perícia judicial, por exemplo. São enquadráveis, portanto, neste dispositivo, apenas os documentos, os depoimentos e os testemunhos. A prova nova deve ser de tal ordem que, sozinha, seja capaz de alterar o resultado da sentença rescindenda, favorecendo o autor da rescisória, sob pena de não ser idônea para o decreto de rescisão (...). (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 1922-1923 - Grifei).

Sobre o tema, José Miguel Garcia Medina ensina que:

> O CPC/2015 ampliou a abrangência da prova, não apenas para admitir documento ou prova que, em princípio, poderia fornecer igual ou maior grau de segurança quanto à demonstração do acerto da afirmação da parte (...), mas admitiu a rescisória com base em prova nova sem exceção. É possível, portanto, o ajuizamento de ação rescisória com base em prova testemunhal nova, desde que presentes as condições previstas no

> art. 966, VII, do CPC/2015, isso é, desde que o autor a ignorasse ou dela não tivesse podido fazer uso, e tal prova, por si só, seja capaz de garantir a ele resultado favorável. [...] (Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1388 - Grifei).

Na mesma linha, colhe-se julgado deste Colendo Grupo de Câmaras:

> AÇÃO RESCISÓRIA. INSURGÊNCIA CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS POR ATO ILÍCITO. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. APRESENTAÇÃO DE NOTITIA CRIMINIS DANDO ENSEJO A INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL POSTERIORMENTE ARQUIVADO. ALEGAÇÃO DE SURGIMENTO DE DOCUMENTO NOVO. DECLARAÇÃO UNILATERAL DE TESTEMUNHA APRESENTANDO, POSTERIORMENTE AO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO RESCINDENDA, VERSÃO DIAMETRALMENTE OPOSTA AO QUE DECLAROU EM JUÍZO AO TEMPO DA INSTRUÇÃO DO FEITO ORIGINÁRIO. PROVA QUE NÃO ASSEGURA PRONUNCIAMENTO FAVORÁVEL AO AUTOR DIANTE DO ROBUSTO CONJUNTO PROBATÓRIO EXISTENTE NOS AUTOS E QUE LHE É DESFAVORÁVEL. PRETENSÃO EXCLUSIVA DE REAPRECIAÇÃO DA MATÉRIA. UTILIZAÇÃO DA VIA RESCINDENDA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. LITIGÂNCIA DE MÁ-F-E CONFIGURADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. "Consoante entendimento desta Corte, o documento novo que propicia o manejo da ação rescisória, fundada no art. 485, VII, do Código de Processo Civil, é aquele que, já existente à época da decisão rescindenda, era ignorado pelo autor ou do qual não pôde fazer uso, capaz de assegurar, por si só, a procedência do pronunciamento jurisdicional" (STJ, AgRg no REsp n. 1407540/SE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 18-12-2014). (TJSC, Ação Rescisória n. 2009.018894-7, de Blumenau, rel. Des. Stanley Braga, j. 12-08-2015).

Em caso semelhante, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Ação rescisória. Ajuizamento da ação com base no art. 485, inc. VI e VII do CPC. Falsidade do depoimento da testemunha não comprovada. Intenção de colher depoimento de novas testemunhas sem comprovar porque não foram oportunamente arroladas. Reapreciação de prova. Inadmissibilidade. Indeferimento da inicial. Extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, I, CPC. (Relator(a): Pedro Baccarat; Comarca: Itatiba; Órgão julgador: 18º Grupo de Câmaras de Direito Privado; Data do julgamento: 23/02/2015; Data de registro: 23/02/2015).

Ainda, 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 forte razão que justifique ter ocultado a verdade anteriormente.

Dessa feita, não tem a ação rescisória o condão de permitir nova discussão da matéria anteriormente posta em juízo e já decidida, pois não se configura, *in casu*, qualquer das hipóteses elencadas no art. 966 do Código de Processo Civil de 2015, havendo de ser mantido o julgado rescindendo, motivo pelo qual se nega provimento ao recurso.

Por fim, julgado o agravo manifestamente improcedente por decisão unânime deste Grupo de Câmaras de Direito Civil, em razão de nova versão dos fatos não poder ser considerada prova nova, nos termos do disposto no § 4º do art. 1.021 do novo Código de Processo Civil, condena-se a Agravante a pagar aos Agravados multa de 5% sobre o valor atualizado da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio da quantia (art. 1.021, § 5º, CPC/2015).

Ressalta-se, conforme lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, que "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" (Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 953).

É o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo de Instrumento n. 0144964-24.2015.8.24.0000, de Santo Amaro da Imperatriz
Relator: Desembargador Domingos Paludo

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DECISÃO QUE FLEXIBILIZA LIMINAR ANTES DEFERIDA, E PERMITE O USO DE ESTRADA RURAL QUE CORTA O IMÓVEL DOS AUTORES PELO RÉU. TERRENO NÃO ENCRAVADO. ALEGADA CONVENÇÃO ANTIGA, ENTRE OS PAIS DOS AUTORES E RÉUS, QUE ERAM IRMÃOS. RÉU QUE PRATICA ATOS DE VANDALISMO CONTRA O PATRIMÔNIO DOS AUTORES, QUEBRANDO A PORTEIRA DESTINADA A BARRAR O ACESSO DE CAÇADORES E TERCEIROS NÃO AUTORIZADOS A USAR O BEM. RECURSO PROVIDO.
>
> A permissão e tolerância, medida benéfica e geralmente concedida a parentes (irmãos, no caso), pressupõe o respeito ao patrimônio de quem autoriza, e, uma vez que o beneficiário pratica atos de vandalismo, quebrando a porteira que obstava o acesso indiscriminado ao imóvel, abusando do direito e praticando atos típicos de titular do domínio, comete esbulho e legitima a proibição do uso da via.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0144964-24.2015.8.24.0000, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz 1ª Vara em que são Agravantes Nilton Otolívio Henrique e outros e Agravado Vilmar Pedro Henrique.

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Domingos Paludo – Relator e Presidente –, Des. Saul Steil e Des. Gerson Cherem II.

Florianópolis, 23 de fevereiro de 2017.

Desembargador Domingos Paludo
Relator

RELATÓRIO

O agravo é de decisão que, flexibilizando anterior proteção possessória, permitiu ao réu voltar a usar uma estrada rural que antes obtivera permissão de uso, em razão do parentesco.

O agravo argumenta que o imóvel não é encravado; o réu tem acesso à via pública, sem obstáculo algum para que continue a utilizá-la, porém deixou de conservar a estrada para tanto.

Denegada a antecipação da tutela recursal, respondido – no sentido de que o imóvel é encravado, pois que a via pela qual poderia entrar e sair do imóvel está intrafegável – o agravo veio.

Este é o relatório.

VOTO

Conheço do recurso e lhe dou provimento.

De fato, o terreno não é encravado e a prova oral narra a antiguidade do caminho, bem como da permissão e tolerância, existente entre parentes – os antigos proprietários de ambos os imóveis eram irmãos – , bem como confessa o réu a quebra do portão construído pelos autores, para impedir o acesso de terceiros ao imóvel de sua propriedade.

Com tal atitude, abriu razão mais que suficiente para que se lhe obstasse agora a autorização de uso do bem, que sempre foi precária.

Confessado o ato de vandalismo, que expôs o terreno dos autores ao livre acesso a todos, não haveria de esperar o réu que se lhe permitisse

ainda o uso que não soube fazer por merecer, segundo a cordialidade reinante entre os finados pais de ambas as partes.

Com tal atitude, aliás, acena para a ingratidão e falta de respeito com que trata o imóvel de que se servia, bem como com novos prejuízos, que os autores não têm de suportar, apenas para benefício do réu.

A duração da permissão ou tolerância não é invocável para gerar melhor direito, pois:

> "o legítimo possuidor poderá a qualquer instante fazer cessar o ato de permissão ou tolerância, cabendo à parte adversa, daí em diante, abster-se de todos os atos que perturbem a posse, sob pena de cometimento de ilicitude." (MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil Comentado.* 3 ed. LTr, p. 748)

O réu, pois, segundo a prova até aqui reunida, jamais praticou atos de posse quanto à estrada, por onde passou porque seu finado tio assim permitiu, em prol de seu finado pai.

No mais, que o imóvel não é encravado, disse-o a Dra. Cintia Werlang a fls. 170-171: *"observo, então, ao contrário do que alegou o réu, que o local em que possui o sítio e cria animais não é encravado, sendo acessível pela estrada geral do rio das pedras, esta ainda que em alguns metros sem condições, por ora, de tráfego."*

A assertiva foi lançada justo para espancar a dúvida existente sobre o alegado encravamento do bem, após inspeção judicial regularmente designada e realizada, viabilizando a presença das partes e seus procuradores, de modo que outra prova melhor não se venha lobrigar.

A insistência na tese, após a inspeção judicial, sugere má litigância, por contrariar a verdade dos fatos, e, somente não se dita uma apenação por ora, tendo em vista que se está em sede de agravo de instrumento e a prova não se produziu por inteiro ainda.

Claro que a abertura de estradas, mesmo com a construção de bueiros e pontes, para a chegada ao imóvel, é incumbência do respectivo proprietário, e que não pode ser transferida aos vizinhos, ainda que parentes, por mera comodidade, bem como que a ninguém é exigível que autorize aquele que já lhe causou danos, a continuar a ser tolerado sobre o seu imóvel.

Em casos assim, esta eg. Corte tem se pronunciado na seguinte direção:

> APELAÇÃO CÍVEL. COISAS E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. - SERVIDÃO DE PASSAGEM. ALEGADA CONVENÇÃO VERBAL COM ANTIGO PROPRIETÁRIO. TÍTULO CONSTITUTIVO. AUSÊNCIA. ATO DE MERA TOLERÂNCIA. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA INTERDITAL. EXEGESE DO ART. 927, DO CPC. - SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. - De acordo com precedentes da Corte, "[...] ***não procede a pretensão possessória quando requerida por quem detém o imóvel a título precário, por ato de simples permissão, tolerância ou ocupação anuída pelo proprietário."*** (TJSC. A.C. n. 2004.010405-7, de Rio do Sul. Rel.: Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN. j. em 22/02/2007). (Ap. Cív. n. 2010.079148-7, de Rio do Sul, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 21.06.2012).

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE SERVIDÃO DE PASSAGEM COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. CONCESSÃO DE LIMINAR. IMPROCEDÊNCIA. APELO DOS REQUERENTES. MATÉRIA POSSESSÓRIA. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DÁ CONTA DE SERVIDÃO DE TRÂNSITO APARENTE. SÚMULA 415 STF. NÃO APLICAÇÃO. **ATOS DE MERA TOLERÂNCIA QUE NÃO CARACTERIZAM O EXERCÍCIO DA POSSE. EXEGESE DO ART. 1.208 DO CÓDIGO CIVIL.** RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

> Tem-se que "não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade. (CC, art. 1208 do Código Civil)". (TJSC, Apelação Cível n. 0001163-58.2010.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, j. 01-12-2016).

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA POSSE E DO ESBULHO PRATICADO PELOS RÉUS. **MERA PERMISSÃO OU TOLERÂNCIA QUE NÃO INDUZ POSSE**. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS POSSESSÓRIOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 927 E 1.208 DO CPC. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Para a procedência dos pedidos na demanda reintegratória deve ficar evidenciado nos autos, além da prática de esbulho pelo requerido, o exercício da posse anterior pelo autor, prova esta de responsabilidade exclusiva do demandante. Não restando configurados os requisitos do artigo 927 do Código de Processo Civil/1973, na forma do artigo 333, inciso I, do mesmo diploma legal, a improcedência da demanda é medida impositiva. ***A permissão de utilização de servidão de passagem por parte do proprietário do imóvel não induz a configuração de posse do terceiro sobre o bem, conforme inteligência do artigo 1.208 do Código Civil.*** (TJSC, Apelação n. 0000945-15.2011.8.24.0080, de Xanxerê, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 12-09-2016).

O caso é, também, de mera permissão e tolerância concedida ao finado pai do réu, pelo finado pai dos autores, que eram irmãos.

Não se tratando, os imóveis, de bens encravados, nem também a via de uma servidão, titular que era o réu do direito precário ao uso do bem, tinha de se manter dentro dos princípios que norteiam os atos benéficos, sem criar obstáculo aos proprietários que o serviam. Tendo criado, confessadamente, não há razão para que se imponha aos autores

a restrição desnecessária ao uso e gozo do bem que lhes pertence, pois agiram na preservação do que legitimamente lhes pertence.

Os questionamentos de ordem ambiental não servem já para fazer crer no encravamento de um imóvel, nem para subtrair o direito de propriedade inquestionável, principalmente porque ambos os bens estão situados em suposta área de preservação, logo em identidade de condições.

Os organismos ambientais não suplantam todos os demais ramos jurídicos, nem podem negar a propriedade e, segundo é público e notório, esse tal Parque Serra do Tabuleiro, depois transformado num mosaico por lei estadual, serviu de pretexto para atos ambientalistas de mera invasão da propriedade privada, pois nenhuma das partes referiu, nem o órgão ambiental, que algum dos imóveis foi desapropriado, vale dizer, indenizado pelo poder público, *secundum legis,* e ninguém pode amesquinhar a propriedade alheia, nem mesmo ao pretexto ambiental: o Estado não pode ser transformado em órgão grileiro de terras, nem ainda a título de construir parques sobre terras alheias.

Dou provimento ao agravo e casso a decisão agravada.

Este é o voto.

Apelação n. 0018908-02.2010.8.24.0038, de Joinville
Relator: Desembargador Saul Steil

> AGRAVO RETIDO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU CONTRADITA DE TESTEMUNHA. MANIFESTO INTERESSE DESTA NA CAUSA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RÉU QUE PROMOVEU A PUBLICAÇÃO DE *OUTDOORS* PROFERINDO CRÍTICAS À GESTÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DO AUTOR NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES DE PREFEITO. ADEMAIS, RÉU QUE POR MEIO DE MÍDIA TELEVISIVA, ACUSOU O AUTOR DE TER DESVIADO VERBA PÚBLICA. REDAÇÃO QUE EXTRAPOLA O CARÁTER INFORMATIVO E CRÍTICO. LIBERDADE DE IMPRENSA QUE NÃO PODE FERIR O DIREITO À HONRA E À IMAGEM. NÍTIDO INTERESSE DO RÉU EM MANIPULAR A OPINIÃO PÚBLICA. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR O DANO CAUSADO AO AUTOR. ÔNUS SUCUMBENCIAIS INVERTIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0018908-02.2010.8.24.0038, da comarca de Joinville (1ª Vara Cível) em que é Apelante Carlito Merss e Apelado Clarikennedy Nunes.

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Inverter os ônus da sucumbência. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Raulino Jacó Brüning, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Domingos Paludo.

Florianópolis, 6 de abril de 2017.

Desembargador Saul Steil
Relator

RELATÓRIO

Carlito Merss ingressou com ação de indenização a título de dano moral contra Clarikennedy Nunes, alegando, em síntese, que é prefeito do município de Joinville e no dia 15-01-2010 o réu publicou 15 (quinze) outdoors pelas principais vias da cidade acusando-o de má administração da verba orçamentária da Prefeitura Municipal de Joinville, desmoralizando-o perante seus eleitores.

Aduz que em 25-01-2010, o réu, novamente, passou a denegrir sua imagem em programa de televisão, chamando-o de "cara-de-pau" e "João-sem-braço", questionado *"na meia de quem está indo esse dinheiro"*. Disse que o réu teceu críticas sobre a falta de subsídio para as passagens de ônibus e deu sugestões sobre a verba orçamentária da Prefeitura de Joinville/SC. Ainda, sustenta que o réu teria feito ilações acerca da sua honestidade ao comparar-lhe aos políticos corruptos envolvidos em escândalos, o que tipificaria o crime de injúria.

Por fim, aduz que as atitudes do réu teriam ultrapassado o campo de meras críticas ao seu governo, atingindo sua honra e sua imagem, motivo pelo qual requer a condenação do réu ao pagamento de uma verba compensatória pelos danos morais que aduz ter sofrido em razão desses episódios.

Instruiu a inicial com documentos (fls. 15-24).

Regularmente citado, o réu apresentou contestação (fls. 40/56), arguindo a preliminar de coisa julgada, ao argumento de que o TRE/SC já teria julgado a matéria objeto da ação, cujo processo foi extinto sem julgamento do mérito.

No mérito, sustenta que apenas fez críticas à gestão do autor na Prefeitura de Joinville, pois uma das promessas de campanha de Prefeito era justamente a diminuição do preço das passagens de ônibus, e o autor teria autorizado o aumento da passagem como forma de subsidiar as passagens das pessoas que possuem entre 60-64 anos através de uma Lei Municipal que foi declarada inconstitucional.

Pondera que por ser jornalista, está protegido pela garantia constitucional da liberdade de pensamento e expressão, que lhe são inerentes no exercício da função. Ademais, lembrou que o autor é pessoa pública, motivo pelo qual está sujeito a críticas políticas.

Por fim, postulou a improcedência do pedido e juntou documentos às fls. 57/89.

Réplica às fls. 95/103.

Designada audiência de instrução e julgamento (fls. 142-143), foram inquiridas duas testemunhas arroladas pelo réu (CD à fl. 161), encerrando-se a instrução.

As alegações finais vieram em forma de memoriais (fls. 164-185).

Sobreveio sentença às fls. 186-206, que rejeitou a preliminar e julgou improcedente a presente ação, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Irresignado com a prestação entregue, o autor interpôs recurso de apelação (fls. 209-224), pugnando, preliminarmente, pela apreciação do agravo retido interposto contra decisão que indeferiu a contradita da testemunha Nelson Trigo.

No mérito, aduz que o réu não pode ser beneficiado pela imunidade parlamentar uma vez que à época dos fatos o mesmo não estava amparado por tal garantia haja vista ser também jornalista titular de programa televisivo por meio do qual foram proferidas ofensas contra

sua pessoa razão pela qual pugna pela condenação do réu ao pagamento de indenização a título de dano moral.

Alternativamente, pleitea a redução da verba honorária fixada em sentença.

Após a apresentação de contrarrazões, os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Do agravo retido

Primeiramente, antes de adentrarmos ao mérito propriamente dito, há de se analisar o agravo retido interposto pela parte autora no momento da audiência de instrução e julgamento, com a finalidade de contraditar a testemunha Nelson Trigo, sob o argumento de ser amigo íntimo do réu, devendo ser ouvida como informante.

A testemunha foi candidato à vice-prefeito na chapa do réu, bem como confirmou as críticas feitas à administração municipal na gestão do autor, cuja situação é suficiente para demonstrar seu interesse no litígio.

O artigo 405, do Código de Processo Civil, dispõe que as pessoas que demonstrem interesse no litígio são consideradas suspeitas e não podem depor como testemunhas, veja-se:

> Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.
>
> [...]
>
> § 3º São suspeitos:

> [...]
>
> IV - o que tiver interesse no litígio.

Humberto Theodoro Júnior, ensina que:

> "É dever de todo cidadão colaborar com o Poder Judiciário na apuração da verdade a fim de que os litígios sejam legitimamente compostos. O depoimento testemunhal, assim, não é uma faculdade, mas um dever, imposto expressamente pelo artigo 341, nº I. Qualquer pessoa, desde que não seja considerada, pela lei, incapaz, impedida ou suspeita, pode ser chamada a depor como testemunha. Até as impedidas ou suspeitas, porém, poderão ser ouvidas pelo juiz, "sendo estritamente necessário". Mas seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415), e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer (art. 405, §4º)" (Código de Processo Civil Anotado. 2011. Editora Forense. Rio de Janeiro 2011, p. 436)

A propósito, colhe-se do entendimento jurisprudencial deste Tribunal de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. **AGRAVO RETIDO. CONTRADITA DE TESTEMUNHA. VERIFICADA A IMPOSSIBILIDADE DE PRESTAR COMPROMISSO LEGAL. INTERESSE NO LITÍGIO. CONTRADITA DEFERIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.** RECLAMO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM CLÁUSULA DE RECOMPRA. SIMULAÇÃO E AGIOTAGEM NÃO COMPROVADAS. IMPOSSIBLIDADE, OUTROSSIM, DE VALER-SE DA PRÓPRIA TORPEZA. NEMO AUDITUR PROPRIUM TURPITUDINEM ALLEGANS. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO QUE DESCONSTITUA A VALIDADE DO PACTO. PROVA TESTEMUNHAL QUE CORROBORA A VENDA DO IMÓVEL COM A ENTREGA DAS CHAVES. SENTENÇA MANTIDA. Ainda que se admitisse a ocorrência de simulação inocente, o ato jurídico dela oriundo não pode ser infirmado, notadamente por parte daquele que dela participou de forma consciente e, agora, pretende sua invalidade perante

> o outro contratante e terceiros de boa fé. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2008.014325-6, de Blumenau, rel. Des. Artur Jenichen Filho, j. 13-11-2014).

Diante de tal quadro, deve ser deferida a contradita, desconstituindo-se o compromisso prestado para admitir o depoimento de Nelson Trigo apenas na condição de informante.

Mérito

Trata-se de recurso de apelação interposto pela parte autora contra sentença que julgou improcedente a presente ação.

Em suas razões recursais, alega o apelante que o réu não pode ser beneficiado pela imunidade parlamentar uma vez que à época dos fatos o mesmo não estava amparado por tal garantia haja vista ser também jornalista titular de programa televisivo por meio do qual foram proferidas ofensas contra sua pessoa, chamando-o de "cara-de-pau", "João-sem-braço", e acusando-o de colocar "dinheiro na meia" de terceiros, razão pela qual pugna pela condenação deste ao pagamento de indenização a título de dano moral.

Extrai-se dos autos que os litigantes são adversários políticos, tendo ambos disputado a prefeitura do município de Joinville, contudo, no segundo turno das eleições o réu apoiou ao então vencedor, ora autor.

Por ocasião da contestação, o réu disse que durante a campanha eleitoral municipal, o autor, ora apelante, fez a promessa de redução do preço das passagens de ônibus (fl. 62), o que não teria sido cumprido, pois assinou um decreto autorizando o aumento das passagens acima da inflação, sob a justificativa de atender às pessoas entre 60-64 anos abrangidas pela gratuidade das passagens, conforme a Lei Municipal nº 6.433/2009. Entretanto, sustenta que tal lei foi declarada inconstitucional e mesmo assim a passagem permaneceu naquele valor, prejudicando os usuários e beneficiando as empresas privadas concessionárias do transporte público.

Diante de tal insatisfação, o réu confessa ter publicado 15 (quinze) outdoors espalhados pelas ruas do município de Joinville contendo a seguinte redação:

> "Carlito, já te disse:
>
> Tira o dinheiro do teu gabinete* (grifos no original)
>
> para subsidiar a passagem de ônibus.
>
> *Verba orçamentária 2010: R$ 5.150.000,00
>
> Deputado Kennedy Nunes" (fl 19)

Ocorre que o conteúdo da mídia é uma forte crítica à gestão do prefeito de Joinville, sendo sugerido que a verba orçamentária do gabinete seja destinada para subsidiar as passagens de ônibus.

Não obstante, o réu utilizou-se de seu programa televisivo "Buscando Soluções", apresentado em data de 21-01-10, para acusar o apelante de ter promovido o aumento das passagens de ônibus em quantia fixada acima da inflação para garantir a isenção de passagem das pessoas com idade igual ou superior à 60 e 64 anos, sem que houvesse uma fonte de custeio para arcar com referido aumento que teve que ser encampado pelos usuários do transporte, conforme revela a mídia que repousa à fl 20. No mesmo ato, o réu acusou o ator de ter desviado verba pública ao questiona-lo "na meia de quem está indo este dinheiro" (fl 23).

Essa conclusão se extrai da própria nota lançada pelo jornal acostado à fl. 19, senão vejamos:

> "Kennedy Nunes gastou R$ 3.750 para colocar 15 outdoors em locais estratégicos de Joinville e **sugerir a Carlito Mers (PT) que use o dinheiro do gabinete para custear a gratuidade para quem tem entre 60 e 64 anos.** Para o deputado, que foi à Justiça pedir o desconto de R$ 0,03 na passagem, estaria aí também uma oportunidade de garantir o desconto para os usuários comuns. 'O subsídio seria para todos os que

> pagam a passagem: não seria necessário cobrar o arredondamento', fala. O único problema é que, a exemplo do discurso adotado ao longo da campanha, o *outdoor* também não explica muito bem como funciona a conta."

Embora a pessoa pública esteja sujeita a uma maior exposição de seus atos, observo que a redação do outdoor e o conteúdo da mídia extrapola a liberdade de imprensa pois tem o propósito de agredir a imagem e honra do recorrente, com o nítido interesse de manipular a opinião de toda a coletividade.

Ademais, sequer há prova nos autos de que houve o aumento abusivo nas passagens de ônibus em prejuízo à população joinvilliense, bem como de que o prefeito teria promovido o desvio da verba pública em benefício de terceiros. É que, o exercício do direito de informar sem a necessária preocupação com a veracidade dos fatos é por demais abusivo, e ultrapassa em muito o mero dissabor, ocasionando abalo psíquico à vítima, sendo suscetível de indenização, conforme ocorreu no caso em apreço.

A liberdade de imprensa, prevista no artigo 5º, incisos IV, V e IX, e artigo 220, ambos da Constituição Federal de 1988, visa a proteger a informação, impedindo a censura e a ocultação de notícias, *in verbis*:

> 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:
>
> (...)
>
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> (...)

> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
>
> (...)
>
> 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.

Todavia, o exercício da liberdade de imprensa encontra limites em outros direitos fundamentais igualmente tutelados pela Carta Magna, de modo que não pode se sobrepor ao direito à honra, imagem, e à privacidade, previstos no artigo 5º, inciso X, o qual dispõe que:

> "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"

Em comentário ao citado artigo, Nelson Nery Costa e Geraldo Magela Alves, lecionam:

> "Existe um limite intransponível, dentro do qual a pessoa faz o que quer, e desde que não esteja cometendo um crime, nem uma infração civil ou administrativa, não precisa dar satisfação a ninguém, nem ao Poder Público. Assim, em primeiro lugar, é inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5, X, a CF). **Aqui se encontra a principal defesa que o indivíduo possui contra a violação daquilo que lhe é pessoal, particular, que ninguém mais tem o direito de conhecer, de explorar ou expor. Fica instrumentalizado, ainda, o direito de pedir indenização pelo dano material ou moral, decorrente da violação a esse direito personalíssimo"** (Constituição Federal Anotada e Explicada, 3ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro 2006, p. 11) grifei

Na mesma linha, os ensinamentos de Alexandre de Moraes:

> A liberdade de imprensa em todos os seus aspectos, inclusive mediante a vedação de censura prévia, deve ser exercida com a necessária responsabilidade, que se exige em um Estado Democrático de Direito, de modo que o desvirtuamento da mesma para o cometimento de fatos ilícitos, civil ou penalmente, possibilitará aos prejudicados plena e intergal indenização por danos materiais e morais, além do efetivo direito de resposta.
>
> [...]
>
> A proteção constitucional consagrada no inciso X do art. 5º refere-se tanto a pessoas físicas quanto pessoas jurídicas, abrangendo, inclusive, à necessária proteção à própria imagem frente aos meios de comunicação em massa (televisão, rádio, jornais, revistas etc.) (*Direito constitucional*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 52-53).

Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se:

> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NOTÍCIA JORNALÍSTICA QUE INCLUI DEPUTADO FEDERAL NO ROL DE "MENSALEIROS BONS DE RENDA". INFORMAÇÃO QUE SE DISTANCIA DA REALIDADE DOS FATOS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1. Embora a proteção da atividade informativa extraída diretamente da Constituição garanta a liberdade de "expressão, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (art. 5º, inciso IX), também se encontra constitucionalmente protegida a inviolabilidade da "intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 5º, inciso X). 2. Nesse passo, apesar do direito à informação e à liberdade de expressão serem resguardados constitucionalmente - mormente em épocas eleitorais, em que as críticas e os debates relativos a programas políticos e problemas sociais são de suma importância, até para a formação da convicção do eleitorado -, tais direitos não são absolutos. Ao contrário, encontram rédeas necessárias para a consolidação do Estado Democrático de Direito: trata-se dos direitos à honra e à imagem, ambos

> condensados na máxima constitucional da dignidade da pessoa humana. 3. O direito à informação não elimina as garantias individuais, porém encontra nelas os seus limites, devendo atentar ao dever de veracidade. Tal dever, ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa não deve consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição peremptoriamente necessária à liberdade de imprensa, mas um compromisso ético com a informação verossímil, o que pode, eventualmente, abarcar informações não totalmente precisas. Não se exigindo, contudo, prova inequívoca da má-fé da publicação. (...) REsp 1374177 / GO RECURSO ESPECIAL 2011/0110851-2 Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 05/09/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 28/10/2013.

No mesmo sentido, é o entendimento deste Órgão Julgador:

> APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. VEICULAÇÃO EM PÁGINA ELETRÔNICA DE MATÉRIA SUPOSTAMENTE OFENSIVA. - IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECURSO DO AUTOR. (1) PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. NÃO CONFIGURAÇÃO. - Consolidou-se a jurisprudência no sentido de que não configura cerceamento de defesa quando o magistrado, destinatário final da prova, verificando suficientemente instruído o processo e embasando-se em elementos de prova e fundamentação bastantes, ante o princípio da persuasão racional, entende desnecessária a dilação probatória e julga antecipadamente a lide. - Cabe à parte autora instruir a petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da ação e à comprovação das alegações formuladas, salvaguardada a excepcional possibilidade de, posteriormente, a qualquer tempo da marcha processual, juntar aos autos novos documentos, desde que destinados a comprovar fatos ocorridos depois dos deduzidos na exordial ou, ainda, para contrapor documentos produzidos na demanda. Não demonstradas tais situações peculiares, não se caracteriza a necessidade de excepcional produção de prova documental. (2) MÉRITO. CONFLITO APARENTE ENTRE O DIREITO À HONRA E À IMAGEM E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À LIBERDADE

DE IMPRENSA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LIBERDADE JORNALÍSTICA QUE NÃO PODE OFENDER À HONRA E À IMAGEM. - 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. - Não obstante, tal garantia não é absoluta, pois encontra limite na inviolabilidade da intimidade da vida privada, 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 acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em afronta ao corolário fundamental da dignidade da pessoa humana. (3) RESPONSABILIDADE CIVIL. MATÉRIA CRÍTICA VEICULADA EM PÁGINA ELETRÔNICA. CARÁTER INFORMATIVO NÃO EXCEDIDO. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. MENÇÕES NÃO OFENSIVAS À HONRA E À IMAGEM. ILICITUDE DO ATO NÃO CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. - Não há falar em transbordo ilícito da liberdade de expressão quando consubstancia o excerto jornalístico mera crítica não ofensiva à honra e à imagem da pessoa, vindo vazado em termos desprovidos de feição injuriosa, lastreado em questão fática verdadeira e dotado, primordialmente, de caráter informativo. (4) SUPRESSÃO DA REPORTAGEM DA PÁGINA ELETRÔNICA. INVIABILIDADE. LIBERDADE JORNALÍSTICA. CONSEQUÊNCIA LÓGICA. - A conclusão de que a matéria publicada não transcende a liberdade jornalística - vez que não macula a honra e a imagem do indivíduo nela referido, reconhecendo-se sua licitude - enseja, por consequência lógica, seja negada a sua supressão do veículo midiático em que inserida, sob pena de se chancelar a censura constitucionalmente vedada. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.004520-3, de Itapoá, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 15-05-2014)

Portanto, a liberdade de imprensa não deve ser exercida de forma absoluta, pois encontra limites nos direitos fundamentais igualmente tutelados pela Carta Margna, de modo que não pode se sobrepor ao direito à honra, imagem, e à privacidade.

No caso em apreço, o direito à liberdade de imprensa foi utilizado de forma abusiva, desrespeitando o direito à intimidade e à honra do apelante, o que demonstra claramente que o réu ultrapassou o campo da informação. A afirmação publicada de que houve má administração da verba pública com a indagação "na meia de quem está indo este dinheiro (conteúdo da mídia reproduzido à fl. 23). " leva a conclusão de que o autor poderia estar em conluio com terceiros, desviando verbas pública, fera a honra e a imagem do autor.

Portanto, o dever de indenizar decorre do conteúdo agressivo dos outdoors bem como da matéria televisiva (fls 19-20), por meio das quais foi exposta a imagem do autor/apelante, pessoa pública, de forma negativa, com o nítido interesse de influenciar na formação da opinião dos eleitores da cidade de Joinville.

A propósito, a jurisprudência desta Corte não destoa desse pensar, vejamos:

> **APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS CUMULADO COM OBRIGAÇÃO DE FAZER. SITE DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO. INSERÇÃO DO NOME DO PREFEITO EM RELAÇÃO DE "INIMIGOS DA EDUCAÇÃO". IMPUTAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA LEI FEDERAL N. 11.738/2008 QUE FIXA PISO NACIONAL DO MAGISTÉRIO E IMPLANTA 1/3 DE HORA-ATIVIDADE. ALEGAÇÃO DE ABALO DE ORDEM MORAL. CONFIGURAÇÃO. VALOR ARBITRADO. ORIENTAÇÃO PELOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. ADEQUAÇÃO NECESSÁRIA. RECURSO PROVIDO. "Toda conduta que interfere nos direitos fundamentais da pessoa**

humana a ponto de causar prejuízos de ordem moral, deve não só ser prontamente repelida como impor ao responsável a obrigação de reparar pecuniariamente os malefícios resultantes, independentemente de comprovação, porque presumíveis" (TJSC, Ap. Cív. n. 2010.073667-0, de Navegantes, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 14-12-2010). "Em se tratando de dano moral, cada caso se reveste de características específicas, refletidas subjetivamente na fixação da indenização, tendo em vista a observância das circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, o tipo de dano, além das suas repercussões no mundo interior e exterior da vítima" (STJ, AgRg no REsp n.1150463/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 15-3-2012, DJ de 22-3-2012). (TJSC, Apelação Cível n. 2015.079463-9, de Fraiburgo, rel. Des. Fernando Carioni, j. 26-01-2016).

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. DISTRIBUIÇÃO, POR ADVERSÁRIO POLÍTICO, DE PANFLETOS APÓCRIFOS DIFAMANDO CANDIDATO A VEREADOR. PROVA TESTEMUNHAL FIRME E COERENTE. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CARACTERIZADA. CRITÉRIOS PARA O ARBITRAMENTO DA VERBA INDENIZATÓRIA. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO E RAZOABILIDADE. RECURSO PROVIDO. Configura dano moral a panfletagem acusando candidato a vereador, às vésperas do pleito eleitoral, de ter-se apropriado indevidamente do salário de terceiro para fins espúrios, por extrapolar o direito de crítica inerente ao exercício da cidadania. O valor da indenização dos danos morais será, sempre, fixado, pelo juiz, para abrandar o sofrimento anímico ou psíquico, da vítima, decorrente da lesão ou trauma a ela infligido, com o devido cuidado para não lhe enriquecer sem causa, nem servir de estímulo à recidiva do ofensor, tudo devendo fazer-se para também representar papel pedagógico e reprimenda indelével a quem cometeu o desatino. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.019403-6, de Forquilhinha, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 22-10-2009) grifou-se

Com efeito, a situação vivenciada pelo autor ultrapassa em muito

o mero dissabor, ocasionando verdadeiro abalo psíquico em razão das acusações feitas pelo réu contra o autor, sem haver provas da veracidade das informações repassadas à população joinvilliense por meio de outdoors e programa televisivo, restando caracterizada, portanto, a ilicitude e o dever de indenizar nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil, veja-se:

> "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"

Sobre o assunto, leciona Alexandre de Moraes, mutatis mutandi:

> "(...) Assim, não existe nenhuma dúvida de que a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas injuriosas, desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público (CF, art. 5º, XIV), que acarretem injustificado dano à dignidade humana, autoriza a ocorrência de indenização por danos materiais e morais, além do respectivo direito de resposta." (Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 6a. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 225)

Cumpre salientar que a jurisprudência é remansosa no sentido de que são presumidos os prejuízos morais decorrentes de publicação de matéria jornalística, porque tais agressões são conhecidas por elevado número de pessoas. Trata-se de dano moral presumido ou dano moral *in re ipsa*, ou seja, aquele que independe da comprovação, pois a lesão extrapatrimonial é presumida e decorrente da ilicitude da conduta do demandado.

Nesse sentido, vale trazer à colação lição do magistério de Sérgio Cavalieri Filho:

> "Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal a prova do dano não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a

comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir, que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.

Neste ponto a razão se coloca daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado" (Programa de Responsabilidade Civil. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p.100/101).

E da mesma maneira, já decidiu este Tribunal:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO DE NOTÍCIA OFENSIVA EM JORNAL DE CIRCULAÇÃO REGIONAL. ANIMUS DIFAMANDI. OFENSA À HONRA E À IMAGEM CARACTERIZADA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA JORNALÍSTICA. DEVER DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO NÃO DISCUTIDO. SENTENÇA MANTIDA.

Configura dano moral a divulgação, pela imprensa, de notícia inverídica, ofensiva à honra e à imagem da pessoa alvejada, independentemente da comprovação do prejuízo material sofrido ou da prova objetiva do abalo à sua honra e à sua reputação, porquanto são presumidas as conseqüências danosas resultantes desse fato.

"Se a matéria jornalística publicada ultrapassa os limites da narrativa dos fatos acerca dos quais pretende noticiar, passando a ofender a honra da vítima com palavras e expressões injuriosas, causa dano moral merecedor de compensação pecuniária" (Des. Joel Dias Figueira Júnior). (Apelação Cível n. 2007.036308-2, de Balneário Camboriú. Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben, em 08/01/2009)

E:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E À IMAGEM. NOTÍCIA PUBLICADA EM PERIÓDICO CONTENDO

> PALAVRAS OFENSIVAS.ILÍCITO CONFIGURADO. PRINCÍPIOS A RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MINORAÇÃO DO QUANTUM FIXADO. APLICAÇÃO, DE OFÍCIO, DE JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 54 DO STJ. RECURSO PROVIDO.
>
> I - 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. Assim, há de ser minorado o valor fixado a título de compensação pelos danos morais experimentado pelas autoras.
>
> II - Em se tratando de responsabilidade civil extracontratual, a correção monetária tem o seu termo inicial na data do evento danoso. Contudo, tratando-se de ilícito civil gerador de dano moral, verifica-se a sua incidência a partir da data de fixação do *quantum* estabelecido em condenação, mostrando-se inaplicável a Súmula 43 do STJ, sob pena de caracterizar-se a dúplice correção. (Apelação Cível n. 2004.004185-3, de Balneário Camboriú. Relator: Des. Joel Figueira Júnior (em Substituição), em 25/09/2007)

Sabe-se que o ordenamento jurídico não fornece critérios específicos para a fixação do dano moral, tendo a jurisprudência optado por confiar ao prudente arbítrio do magistrado a estipulação de um valor justo para amenizar a dor alheia.

Embora o Juiz não esteja subordinado a nenhum limite legal, deve atentar para o princípio da razoabilidade e estimar uma quantia compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita e a gravidade do dano, sem olvidar da condição econômica das partes.

Maria Helena Diniz, ensina que:

> "a compensação à vítima deve ser "proporcional ao dano causado pelo lesante, procurando cobri-lo em todos os seus aspectos, até onde suportarem as forças do patrimônio do devedor, apresentando-se para

> o lesado como uma compensação pelo prejuízo sofrido" (Código Civil Anotado 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 650)

Carlos Alberto Bittar acentua:

> "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 (ob. cit., p. 220)

Da jurisprudência deste Tribunal de Justiça colhe-se:

> 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)

Transplantadas essas orientações doutrinárias e precedentes jurisprudenciais e, consideradas as circunstâncias do caso concreto, entendo por bem fixar o valor indenizatório a título de dano moral no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), cujo valor deve ser corrigido pelo INPC desde a data do arbitramento, acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a data da publicação do outdoor (18-01-2010) até o efetivo pagamento.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos

morais ao autor, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Sobre esse montante, deverá incidir correção monetária pelo INPC desde a data do arbitramento, acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a data do evento danoso (publicação do outdoor - 18-01-2010) até o efetivo pagamento, além de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo de Instrumento n. 0025174-12.2016.8.24.0000
Relator: Desembargador Sebastião César Evangelista

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE DETERMINA A APLICABILIDADE DO CDC. INVERSÃO DE ÔNUS DA PROVA. COOPERATIVA DE CRÉDITO. EQUIPARAÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. JURISPRUDÊNCIA. SÚMULA N. 297/STJ. PRESCRIÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA PARA AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO PREMATURA DO FEITO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

"Aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor às cooperativas de crédito equiparadas às instituições financeiras, nos termos da Súmula n. 297/STJ. Precedentes." (AgRg no REsp 1135068/RS, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. em 2.9.2014).

A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do CDC é regra de instrução que deve ser utilizada com prudência, cumprindo ao magistrado sopesar a verossimilhança da alegação formulada pela parte autora e a dificuldade na produção de prova. A inversão cria a presunção de veracidade de alegação específica, impondo à parte contrária a incumbência de comprovar o contrário. Configurados os requisitos para inversão do ônus probatório, a alteração na distribuição dos encargos de prova deve ser mantida.

O reconhecimento da prescrição da pretensão autoral é matéria de ordem pública que, contudo, pode demandar dilação probatória para aferição acerca de sua configuração. Não sendo possível verificar a possibilidade de extinção de maneira segura a partir dos documentos acostados com a inicial e a contestação, impõe-se o prosseguimento da marcha processual.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0025174-12.2016.8.24.0000, da comarca de Itapema 1ª Vara Cível em

que é/são Agravante(s) Cooperativa de Crédito de Livre Admissão Três Fronteiras - SICOOB TRÊS FRONTEIRAS e Agravado(s) Gilmar Luiz.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto e dele participou o Exmo. Sr. Des. João Batista Góes Ulysséa.

Florianópolis, 22 de junho de 2017.

Desembargador Sebastião César Evangelista
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Cooperativa de Crédito de Livre Admissão Três Fronteiras – SICOOB Três Fronteiras, da decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Itapema, nos autos da ação indenizatória n. 0001322-70.2012.8.24.0073, ajuizada por Gilmar Luiz.

O magistrado *a quo*, no provimento recorrido, fixou a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao feito, deferiu o pedido formulado pelo autor a fim de que o ônus da prova seja invertido e afastou a alegação, levantada em contestação, relativa à prescrição da pretensão do demandante.

A agravante, nas suas razões recursais, sustentou a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações cooperativas, ao argumento de que não há propósito mercantil na pactuação celebrada entre cooperativa e cooperado, o que eliminaria as figuras tradicionais de cliente e fornecedor. Diante disso, asseverou que não deve ser realizada

a inversão do ônus probatório. Adicionalmente, pugnou pela reforma da decisão no tocante à prescrição, alegando que "o agravado tomou ciência inequívoca da fraude cometida em seu nome" no ano de 2006 e que, sendo aplicável o prazo prescricional trienal, estaria configurado o termo final da prescrição no ano de 2009.

Em decisão da lavra do Des. Artur Jenichen Filho (fls. 70/72) foi admitido o processamento do recurso por estarem presentes os requisitos de admissibilidade e indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo.

Apesar de devidamente intimada, a parte contrária deixou de apresentar contraminuta ao recurso (fl. 75).

Após, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

1 O agravo de instrumento foi tempestivamente interposto, tendo sido apresentadas as guias de recolhimento do preparo (fls. 65/67) e todos os documentos obrigatórios (artigo 1.017 do CPC/15).

O interesse recursal é manifesto e, por se cuidar de pedido relativo à distribuição do ônus probatório (inciso XI, artigo 1.015, do CPC/15), é justificável o exame da matéria em agravo de instrumento. A peça de interposição esclarece o pedido e as razões por que não se conforma com os fundamentos da decisão recorrida. Devidamente preenchidos, pois, os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

2 Nos autos originários discute-se a ocorrência de fato a ensejar reparação moral e material ao autor, decorrente de ato ilícito por parte da agravante, que, indevidamente, teria aberto conta em nome da parte demandante.

A despeito das alegações promovidas no agravo de instrumento, a decisão não merece reparação no tocante à aplicabilidade do CDC ao caso concreto.

Sabe-se que o conceito de consumidor, dado pelo artigo 2º do CDC ("toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final") é objeto de intermináveis debates na doutrina brasileira, surgindo, a partir daí, três teorias sobre a interpretação da expressão "destinatário final": a) a finalista, que entende ser consumidor quem se acha no final da cadeia de consumo, como destinatário final; b) maximalista, que, de forma bastante abrangente, entende consumidor como aquele que retira dado produto do mercado, independentemente da finalidade que o dará; e c) maximalista atenuada, que considera evidenciada a figura do consumidor quando esse, diante do fornecedor, tem sua vulnerabilidade técnica caracterizada, de modo que possa ser reputado hipossuficiente.

Havendo amplo respaldo para a aplicação da teoria maximalista nesta Corte, conclui-se que a relação ora em análise está compreendida no escopo da norma protetiva.

Não se descuida que a cooperativa de crédito possui funcionamento, sob alguns aspectos, diverso das instituições financeiras tradicionais – havendo, inclusive, a divisão dos atos que são cooperados (próprios de cooperativa) e não cooperados (próprios a relações negociais comuns). Dito isso, as relações em que se debate a prestação do serviço ofertado pela cooperativa, consideram-se os tomadores como consumidores, atraindo a incidência do diploma protetivo.

Considerando as peculiaridades da relação, as cooperativas de crédito são equiparadas às instituições financeiras. Nas suas relações jurídicas com os tomadores de seu serviço, devem observar as normas protetivas dos consumidores, em observância ao disposto no artigo 3º, § 2º, da Lei n. 8.078/90.

A jurisprudência pátria respalda o entendimento ora encampado de maneira uníssona. Veja-se:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE CLÁUSULAS DE ESCRITURA PÚBLICA DE MÚTUO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. SENTENÇA PROCEDENTE. INSURGÊNCIA DO BANCO RÉU. COOPERATIVA DE CRÉDITO. ATIVIDADE EQUIPARÁVEL À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. APLICAÇÃO DO CDC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 297 DO STJ. GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMÓVEL. LEGALIDADE PARA OBRIGAÇÕES EM GERAL. DESNECESSIDADE DE VINCULAÇÃO AO SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 22, §1º, DA LEI Nº 9.514/1997 E ART. 51 DA LEI Nº 10.931/2004. PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL. SUCUMBÊNCIA INVERTIDA. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Ap. Cív. n. 0301930-31.2015.8.24.0027, de Ibirama, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 13.10.2016).

> RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. COOPERATIVA DE CRÉDITO. EQUIPARAÇÃO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. As cooperativas de crédito são equiparadas às instituições financeiras, aplicando-lhes o Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Agravo Regimental improvido (AgRg no REsp 1059324/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 27.10.2009)

Mantida, portanto, a decisão neste ponto, passa-se à análise das demais questões.

3 Prosseguindo-se no exame, tem-se que a inversão do ônus da prova não decorre simplesmente de a relação jurídica subjacente submeter-se à legislação consumerista: é uma regra de instrução que deve ser avaliada cuidadosamente, em atenção aos critérios informados no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, cabendo ao magistrado sopesar a verossimilhança da alegação formulada e a dificuldade das partes na produção da prova.

No procedimento comum, o ideal é que o juízo de origem delibere sobre a matéria no despacho saneador, ocasião em que compete ao magistrado "definir a distribuição do ônus da prova" (CPC, art. 357,

inciso III). Nada impede que o juízo delibere sobre a matéria noutra oportunidade, sendo necessário, entretanto, em atenção aos princípios da ampla defesa e da não surpresa, que se dê oportunidade à parte de se desincumbir do *onus probandi* que lhe é imputado por consequência da decisão.

Nesse sentido, registram-se os seguintes precedentes:

> A inversão *ope judicis* do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas (STJ, REsp n. 802.832/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.4.2011).

E ainda:

> A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, sendo que a decisão que a determinar deve - preferencialmente - ocorrer durante o saneamento do processo ou - quando proferida em momento posterior - garantir a parte a quem incumbia esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas. (AgRg no REsp n. 1450473/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.9.2014)

Tem-se, ainda, que, por constituir regra de instrução, a inversão probatória prevista no CDC deve ser utilizada com prudência, uma vez que cria a presunção de veracidade de alegação específica, impondo à parte contrária a incumbência de comprovar o contrário.

Nessa seara, é importante ressaltar que a arguição genérica formulada pelo autor não admite a inversão, sob pena de sujeitar a parte ré à dificuldade excessiva, além de criar embaraço ao julgador caso a prova não seja produzida, resultando incerta a alegação sobre o fato sob o qual militaria a presunção de veracidade.

Por fim, na eventualidade de se verificar que houve *error in procedendo*, deferindo-se inversão em desatenção aos critérios legais,

isso não acarretará automaticamente em nulidade, sendo necessário verificar se, no caso concreto, houve efetivamente prejuízo a uma das partes. Pode ocorrer, afinal, que a despeito de haver deferimento pedido de inversão, a decisão de mérito tenha-se pautado na comprovação, pela parte autora, do direito alegado, ou ainda na demonstração, pela parte ré, de fato modificativo ou extintivo do direito do autor. Em tal circunstância, a decisão terá atendido ao disposto no art. 373 do Código de Processo Civil e a inversão do *onus probandi*, a despeito de deferida não terá realmente influenciado o resultado final do julgamento.

Esclarecidos os critérios e a fundamentação jurídica do exame da matéria, tem-se, no caso concreto, que há motivos para determinar a inversão do ônus probatório, mantendo-se a decisão proferida na origem.

Tem-se, no caso concreto, que o autor é pessoa natural, aposentado e apresentou declaração de hipossuficiência financeira. Alegou que jamais contratou serviços da cooperativa. A parte ré, por outro lado, de acordo com as informações extraídas em seu site (http://www.sicoob.com.br/o-sicoob/apresentacao;jsessionid=282c6zpq74lrBYEY0vywU7iK. Acesso em 26.1.2017):

> (...) é o maior sistema financeiro cooperativo do país. É composto por cooperativas financeiras e empresas de apoio, que em conjunto oferecem aos associados serviços de conta corrente, crédito, investimento, cartões, previdência, consórcio, seguros, cobrança bancária, adquirência de meios eletrônicos de pagamento, dentre outros.

Desse modo, conclui-se que atuou com acerto o Magistrado *a quo* ao deferir a inversão do ônus da prova ao autor, tendo em vista estar caracterizada, primeiramente, a hipossuficiência (técnica e financeira) da parte demandante em relação à ré para a produção de prova, bem como a verossimilhança das suas alegações.

3 Por fim, no que diz respeito à questão relativa à configuração

de prescrição da pretensão autoral, o recurso tampouco comporta acolhida.

Isso porque não é possível, neste momento, vislumbrar a ocorrência de prescrição. A esse respeito, veja-se o teor da decisão recorrida:

> Considerando que a constatação dos fatos ocorreu em 2006, e que no ano de 2010 o autor ajuizou a ação de exibição de documentos n. 125.10.010096-5, contra a ora requerida, tal ato ensejou a interrupção do prazo prescricional. Ainda, a presente demanda foi protocolada em 25/01/2012, ou seja, dentro do marco prescricional. Desse modo, não há que se falar em perda de pretensão.

Conquanto a modalidade extintiva apresentada seja matéria de ordem pública, é necessário que as provas nesse sentido não deixem margem para qualquer dúvida – o que não ocorreu, já que não é possível vislumbrar que o lapso prescricional aplicável já tenha transcorrido por completo.

Dito isso, considerando que as provas produzidas até então não são capazes de demonstrar a ocorrência de fato extintivo da pretensão autoral, deixa-se de acolher o pleito relativo ao reconhecimento da prescrição.

4 Ante o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 4011367-51.2016.8.24.0000, de Blumenau
Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS ESTRUTURAIS EM IMÓVEL. TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA NA ORIGEM COMPELINDO AS RÉS (SEGURADA E SEGURADORA) A ARCAREM COM OS CUSTOS DO ALUGUEL DE IMÓVEL SEMELHANTE E DA MUDANÇA. INSURGÊNCIA DA SEGURADORA.

PROVA DOCUMENTAL QUE, EM SEDE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA E NÃO EXAURIENTE, EVIDENCIA QUE OS DANOS VERIFICADOS NA ESTRUTURA DO IMÓVEL DE PROPRIEDADE DOS AUTORES/AGRAVADOS ESTÃO RELACIONADOS À MOVIMENTAÇÃO DE TERRAS NO IMÓVEL VIZINHO POR FORÇA DA CONSTRUÇÃO PROMOVIDA PELA SEGURADA. APÓLICE QUE PREVÊ COBERTURA PARA TAL SITUAÇÃO. PROVA SUFICIENTE PARA EVIDENCIAR A VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES.

TESE DE QUE O SEGURO É DE REEMBOLSO E A SEGURADORA SÓ PODERIA SER RESPONSABILIZADA APÓS RECONHECIDA A RESPONSABILIDADE DO SEGURADO. ARGUMENTO AFASTADO. VIABILIDADE DE CONDENAÇÃO DIRETA E SOLIDÁRIA DA SEGURADORA, DÊS QUE O SEGURADO TAMBÉM FIGURE COMO RÉU NA AÇÃO, COMO OCORRE NO CASO EM JULGAMENTO.

RISCO DE DANO. LAUDO DA DEFESA CIVIL RECOMENDANDO A DESOCUPAÇÃO DO "ANEXO" EXISTENTE AOS FUNDOS DO IMÓVEL. RECORRIDOS QUE IMPUGNAM TAL TERMINOLOGIA. PROVA DE QUE O LOCAL ABRIGA A COZINHA, ÁREA DE SERVIÇO E UM BANHEIRO. INVIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO QUE PREJUDICA A ESTADIA NO LOCAL. SITUAÇÃO, ADEMAIS, DE INSEGURANÇA EXPERIMENTADA PELOS OCUPANTES QUE JUSTIFICA A PRETENSÃO DE DESOCUPAÇÃO DE TODO O IMÓVEL.

IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA. QUESTÃO QUE, NA EVENTUALIDADE DA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO, PODERÁ SER CONVERTIDA EM PERDAS E DANOS. IRREVERSIBILIDADE QUE DEVE SER DE FATO E NÃO DE DIREITO PARA QUE POSSA IMPEDIR A CONCESSÃO DA TUTELA. POSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE PREJUÍZO FINANCEIRO QUE, DIANTE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, DEVE CEDER EM FACE DO RISCO DE DANO À INCOLUMIDADE FÍSICA DOS AGRAVADOS. DECISÃO MANTIDA.

As decisões interlocutórias proferidas no transcorrer do embate judicial, quando ainda não aperfeiçoado na sua plenitude o mosaico probatório, devem sempre sopesar, mercê dos elementos probantes já encartados ao caderno processual, a proporcionalidade entre os valores em discussão, resguardando o direito que mais se aproxima da verossimilhança, como soe e acontecer quando o direito à vida colide com o direito patrimonial.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4011367-51.2016.8.24.0000, da comarca de Blumenau 5ª Vara Cível em que é Agravante Sompo Seguros S/A e Agravados Terezinha Pereira Klotz e outros.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. João Batista Góes Ulysséa.

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2017.

Desembargador Jorge Luis Costa Beber
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Sompo Seguros S/A contra a decisão que, na *ação de indenização por danos materiais c/c danos morais e pedido de tutela antecipada* ajuizada por Terezinha Pereira Klotz e outros, rejeitou os embargos declaratórios, mantendo a decisão que deferiu parcialmente a tutela de urgência para:

> "A) determinar que as rés, no prazo de 10 (dez) dias, procedam à locação de um imóvel no mesmo bairro e no mesmo padrão daquele pertencente aos autores, para que estes possam residir até decisão final desta demanda ou solução dos danos estruturais do seu imóvel, sob pena de multa (não diária) no importe de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) em caso de descumprimento, destacando que os autores deverão concordar com o imóvel a ser escolhido (não incidindo a multa fixada em caso de demora por partes destes na concessão da sua aprovação);
>
> B) determinar que as rés arquem com o pagamento da mudança dos autores, bem como o pagamento de taxas de imobiliária e de ligação de água e energia elétrica e, ainda, do IPTU do imóvel a ser alugado."

Relatou que os agravados ajuizaram ação indenizatória alegando que seu imóvel estaria com a estrutura comprometida em virtude de uma obra realizada no terreno lindeiro pela corré, Administradora de Bens Portogallo Ltda, a qual possui seguro de riscos junto à seguradora demandada, o que ensejou a concessão da tutela de urgência.

Sustentou, porém, que o *decisum* não merece prosperar, sendo imperiosa a sua reforma, justo que perdura condição suspensiva para não implementação da cobertura, tendo em vista que a obrigação da seguradora de ressarcir danos sofridos por terceiros pressupõe a responsabilidade civil do segurado, a qual, de regra, não pode ser reconhecida em sede de tutela de urgência.

Aventou, ainda, que a tutela foi concedida por juiz que não é competente em razão da conexão verificada com o processo n. 0310161-

70.2016.8.24.0008, apontando a prevenção do juízo da 4ª Vara Cível de Blumenau.

Sustentou, de outro viés, que o laudo da defesa civil é claro ao indicar tão somente a necessidade de desocupação do anexo e não da residência, não havendo motivos para que os recorridos se mudem do local, considerando que a residência ainda está apta para fins de moradia.

Outrossim, alegou que os prejuízos seriam decorrentes de "recalque diferencial", risco este expressamente excluído, conforme contrato firmado entre as rés.

Apontou, também, o perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, clamando pela antecipação da tutela recursal a fim de sobrestar a decisão agravada.

Em arremate, clamou pelo provimento do agravo, cassando-se a tutela de urgência no que respeita à seguradora, ou, quando não, pugnou pelo afastamento ou redução da multa fixada para o caso de descumprimento da liminar.

O efeito suspensivo almejado foi deferido pela Câmara Civil Especial, seguindo-se com a apresentação das contrarrazões.

Após, redistribuídos, vieram-me conclusos para julgamento.

VOTO

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Primeiramente, impende destacar que a alegação de que a decisão agravada foi proferida por juízo incompetente resta superada.

É que, em consulta ao processo de origem, verifica-se que foi reconhecida a conexão entre a ação em que fora proferida a decisão agravada e a ação ordinária que tramita perante o juízo da 4ª Vara Cível de Blumenau, assentando-se a prevenção deste último, que após avocar

os autos expressamente ratificou a liminar em decisão proferida no dia 26.09.2016.

No mais, o agravo envereda contra a decisão concessiva da tutela de urgência que compeliu a seguradora agravante e a corré (segurada) a arcar com o aluguel mensal de imóvel semelhante ao dos autores/agravados, além dos custos da mudança, até decisão final da demanda ou solução dos danos estruturais constatados na residência, sob pena de multa diária.

Pois bem, a prova documental que instrui a petição inicial da demanda ajuizada pelos recorridos evidencia os danos constatados no imóvel de propriedade deles, havendo, também, fortes indícios de que as rachaduras, trincas e fissuras dimanam da obra realizada pela corré/segurada no terreno vizinho.

A origem do danos, segundo o laudo pericial acostado às fls. 159/160 destes autos, promana das vibrações e trepidações oriundas da obra vizinha, justo que na construção houve a movimentação de terras (aterro) e tráfego pesado (rolos compressores e tratores).

A engenheira que confeccionou o referido exame esclareceu que *"está correndo o chamando 'recalque diferencial', ou seja, uma parte da residência está cedendo mais do que a outra, provocando fissuras, trincas e rachaduras"*.

O aludido "recalque diferencial" também foi apontado no relatório confeccionado pela Defesa Civil após vistoria realizada em 19.05.2016, que constatou a presença de rachaduras comprometedoras *"**com tendência a piorar, caso movimentações de terra ou vibrações continuem ocorrendo no local**"* (grifos meus).

Colhe-se, mais, do mencionado relatório, que houve uma vistoria realizada no dia 17.09.2015, quando foi constatado *"o serviço de terraplanagem sendo executado em terreno aos fundos do imóvel da solicitante. **Na época, foi possível verificar partes das anomalias relatadas***

acima em estágio inicial, *onde foi sugerido o monitoramento do local, sem haver o comprometimento da edificação"* (fls. 177/178, grifos meus).

Não nego que o laudo apresentado pelos agravados constitui prova unilateral e que a Defesa Civil apontou a necessidade de contratação de profissional especializado em estruturas de concreto armado para "melhor diagnosticar as anomalias encontradas na estrutura da edificação". Todavia, a coadjuvação dos elementos apresentados nesta fase indiciária permitem relacionar o surgimento dos danos à obra realizada no imóvel lindeiro, evidenciando, pois, a plausibilidade do direito alegado na exordial.

Por certo, quanto à seguradora, não basta a verossimilhança da alegação da parte autora acerca da existência e origem dos danos, sendo necessário investigar se há, também, plausibilidade na alegação de que a seguradora poderá vir a ser responsabilizada pela reparação dos mencionados danos.

Volvendo, então, vistas à apólice n. 08.002287, constata-se que foi contratada cobertura adicional de responsabilidade civil geral (fls. 94), pela qual a seguradora garante o reembolso ao segurado, até o limite máximo de indenização estabelecido, das quantias que vier a ser civilmente responsabilizado e condenado a pagar relativas a reclamações exclusivamente por danos corporais e/ou materiais involuntariamente causados a terceiros, desde que cobertos e indenizáveis pela cobertura adicional decorrentes da execução do contrato objeto do seguro de riscos de engenharia (fls. 112).

Além disso, foi contratada a garantia de responsabilidade civil cruzada – com fundação (fls. 94), a qual envolve especificamente os danos causados por sondagens de terrenos, terraplanagem, rebaixamento de lençol freático, escavações, movimentação de terra (manual e/ou mecanizada), aberturas de galerias, estanqueamento e serviços correlatos (fls. 114).

Há, pois, indícios de que o evento danoso possui, sim, cobertura pela apólice, e a exclusão para o "recalque diferencial", sustentada pela agravante, me parece manifestamente incompatível com a cláusula expressamente contratada de modo que, num juízo de cognição sumária, não teria carga suficiente para afastar a responsabilidade assumida pela seguradora.

Outrossim, apesar das garantias fazerem referência ao "reembolso", apegando-se a recorrente, neste viés, à tese de que só poderia ser responsabilizada após assentada a responsabilidade civil do segurado, também não vislumbro no aludido argumento força suficiente para exonerar a seguradora do cumprimento da tutela de urgência.

Isso porque a Corte da Cidadania já firmou o entendimento de que a ação indenizatória pode ser ajuizada pelo terceiro diretamente contra a seguradora para fins de cobrança da indenização. Veja-se:

> "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE SEGURO. AÇÃO AJUIZADA PELA VÍTIMA CONTRA A SEGURADORA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ESTIPULAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO. DOUTRINA E PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.
>
> I – As relações jurídicas oriundas de um contrato de seguro não se encerram entre as partes contratantes, podendo atingir terceiro beneficiário, como ocorre com os seguros de vida ou de acidentes pessoais, exemplos clássicos apontados pela doutrina.
>
> II – Nas estipulações em favor de terceiro, este pode ser pessoa futura e indeterminada, bastando que seja determinável, como no caso do seguro, em que se identifica o beneficiário no momento do sinistro.
>
> III – **O terceiro beneficiário, ainda que não tenha feito parte do contrato, tem legitimidade para ajuizar ação direta contra a seguradora, para cobrar a indenização contratual prevista em seu favor**". (REsp 401.718/PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO

> TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/2002, DJ 24/03/2003, p. 228, grifos meus).

A possibilidade da condenação direta e solidária, outrossim, restou firmada em sede de recurso repetitivo:

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. SEGURADORA LITISDENUNCIADA EM AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MOVIDA EM FACE DO SEGURADO. CONDENAÇÃO DIRETA E SOLIDÁRIA. POSSIBILIDADE.
>
> 1. Para fins do art. 543-C do CPC: Em ação de reparação de danos movida em face do segurado, **a Seguradora denunciada pode ser condenada direta e solidariamente** junto com este a pagar a indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice.
>
> 2. Recurso especial não provido". (REsp 925.130/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 20/04/2012, grifos meus).

Este Tribunal, em caso semelhante envolvendo antecipação de tutela em acidente de trânsito, decidiu:

> "ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EVIDÊNCIAS ROBUSTAS DE CULPABILIDADE PELO ACIDENTE. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES REGISTRADAS NO BOLETIM DE OCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA SEGURADORA. VÍTIMA QUE CONTAVA, À ÉPOCA, 19 ANOS DE IDADE. PRESUNÇÃO DE QUE CONTRIBUÍA FINANCEIRAMENTE PARA A SUBSISTÊNCIA DA MÃE, COM QUEM RESIDIA. FIXAÇÃO DE PENSÃO EM PATAMAR MODERADO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. **ARGUIÇÃO DE QUE A SEGURADORA SOMENTE PODERIA SER COBRADA DO SEGURADO, EM CASO DE REEMBOLSO. TESE CONTRÁRIA À ORIENTAÇÃO FIRMADA NO STJ**. RECLAMO AMPARADO EM ARGUMENTOS MANIFESTAMENTE INSUBSISTENTES E

CONTRÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. APLICAÇÃO, DE OFÍCIO, DAS PENALIDADES POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

A antecipação de tutela com fulcro no art. 273, I, do Código de Processo Civil, depende da apresentação de prova e argumentos que convençam o magistrado da verossimilhança do direito alegado, bem como da demonstração de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. O boletim de ocorrência firmado por autoridade competente, notadamente quando esclarecedor acerca da dinâmica do acidente e de seu culpado, goza de presunção relativa de veracidade (juris tantum), podendo ser derruída somente por provas robustas em sentido contrário. É assente a jurisprudência que no direito à reparação integral pelas consequências de ato ilícito (Código Civil, artigos 186 e 927), inclui-se o direito do ascendente de haver pensão pelo falecimento do filho que com ele residia e era ou viria a se tornar apto ao trabalho. **Orienta-se a jurisprudência pátria, a partir de orientação firmada no Superior Tribunal de Justiça (REsp 444.716/BA, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.5.2004) no sentido de que, em respeito ao princípio constitucional da solidariedade (Constituição da República, art. 3º, I) e do princípio da função social do contrato (Código Civil, art. 421), é lícito ao autor de demanda que vise a reparação de danos por acidente de trânsito o ajuizamento da demanda diretamente contra o responsável pelo acidente e sua seguradora, a fim de que seja esta solidariamente responsabilizada, respeitados os limites da apólice.** A interposição de recurso em que se somam argumentos manifestamente insubsistentes, ora distorcendo os fatos da causa, ora desafiando disposições literais de lei e ignorando posicionamentos já consolidados na jurisprudência traduz-se em oposição de resistência injustificada ao cumprimento da decisão recorrida, com infringência ao dever de lealdade processual. O fato enseja a aplicação da multa de que cuida o art. 18, caput, do Código de Processo Civil". (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.034691-9, de Blumenau, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 12-11-2015, grifos meus).

Destarte, a meu sentir, há nos autos elementos suficientes a evidenciar a probabilidade do direito alegado, tal como preceitua o art. 300 do CPC.

Quanto ao perigo de dano, a agravante sustenta que a prova indica tão somente a necessidade de desocupação do anexo da edificação, de modo que não haveriam motivos para a mudança de residência.

De fato, a recomendação da defesa civil foi no sentido de desocupar o anexo existente nos fundos do imóvel (fls. 185).

Sucede que o referido "anexo" é composto pela cozinha, lavanderia e um banheiro e, segundo alegam os recorridos – que dizem estranhar tal denominação –, é parte integrante da residência.

Independentemente da terminologia empregada, o certo é que a impossibilidade de utilização da cozinha torna inviável a moradia no local.

Ademais, não é preciso discorrer muito para reconhecer a insegurança experimentada pelos ocupantes do imóvel diante da situação de risco. Ainda que os problemas estruturais estejam prejudicando uma parte específica do imóvel, é plenamente justificável que os agravados prefiram mudar-se para outra residência até que tenham maior conhecimento sobre os danos, os riscos e as medidas necessárias para a recuperação da segurança.

Portanto, a meu sentir, há sim indícios suficientes da probabilidade do direito e do perigo de dano, requisitos indispensáveis à concessão da tutela de urgência.

A agravante também alega a irreversibilidade da medida, a teor do disposto no §3º do art. 300 do CPC.

A questão, todavia, é meramente patrimonial e, em caso de improcedência da ação, a seguradora poderá buscar reaver os valores pagos a título de aluguel e mudança.

Demais disso, o fato de os autores/agravados se dizerem hipossuficientes não pode servir de obstáculo à concessão da medida,

pois justamente não se poderia exigir deles que adiantassem os custos da locação de outro imóvel para, ao final do processo, serem ressarcidos da despesa. O risco à integridade física, por certo, deve prevalecer sobre as questões patrimoniais.

Não se olvida, ainda, que a irreversibilidade deve estar relacionada à impossibilidade de retorno ao estado anterior (irreversibilidade de fato). Como se colhe da doutrina, *"quando houver irreversibilidade de direito, ou seja, quando puder resolver-se em perdas e danos, a medida pode, em tese, ser concedida"* (NERY JR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora RT, 2015, pág. 859).

Diante de tal cenário, mantenho a decisão açoitada.

Sucessivamente, pede a agravante o afastamento, ou, quando não, a redução da multa fixada para o caso de descumprimento da medida.

Como cediço, a multa é instrumento processual de coerção indireta, absolutamente legítimo e usualmente utilizado nas ações desse jaez, a fim de evitar que o devedor descumpra obrigação que lhe foi imposta.

NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY ensinam que:

> "O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz" (*Código de Processo Civil comentado*, 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 783).

Portanto, há de ser mantida a multa cominatória, não havendo, também, que se falar em redução do valor, fixado em R$ 80.000,00 (não diária), considerando a situação financeira da parte ré e a própria prestação que ela objetiva fazer cumprir.

Voto, então, pelo conhecimento e desprovimento do recurso, mantendo a decisão agravada.

Apelação Cível n. 0311341-65.2015.8.24.0038
Relator: Desembargador João Batista Góes Ulysséa

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. INTERRUPÇÃO DE CIRURGIA APÓS A SUBMISSÃO DO PACIENTE A ANESTESIA E INCISÃO NO MEMBRO INFERIOR DIREITO, PELA FALTA DE MATERIAL CIRÚRGICO À CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM R$ 25.000,00. APELO DOS OS LITIGANTES COMBATENDO O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. ARBITRAMENTO QUE DEVE CONSIDERAR AS PECULIARIDADES DO CASO, COMO OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. EVIDENTE DESCASO DO NOSOCÔMIO AO NÃO CONFERIR O MATERIAL PREVIAMENTE À INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. CAUSA DE RISCOS DESNECESSÁRIOS AO PACIENTE, INERENTES AO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO INTERROMPIDO. AUSÊNCIA DE DANOS CONCRETOS, COM ALTA POUCAS HORAS APÓS O ATO FALHO. SUCESSO DA CIRURGIA MESES APÓS. QUANTIA INDENIZATÓRIA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS.
>
> O arbitramento do valor condenatório por danos morais deve estar alinhado aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sem se desvencilhar do efeito pedagógico da condenação, inclusive para obstar a reincidência. Sopesado o grau de culpa do nosocômio que, antes da intervenção cirúrgica, omite os materiais necessários ao respectivo procedimento, inclusive com a sua interrupção após ministrada anestesia e realizada a incisão no membro inferior esquerdo do paciente, pertinente a manutenção do valor fixado em sentença.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0311341-65.2015.8.24.0038, da comarca de Joinville 3ª Vara Cível em que são Apelantes e Apelados a Associação Beneficente Evangélica de Joinville - Hospital Dona Helena e Aldinei Gomes Alves:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento a ambos os recursos. Custas legais.

O julgamento, realizado em 9 de fevereiro de 2017, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Jorge Luis Costa Beber.

Florianópolis, 1º de novembro de 2017.

Desembargador João Batista Góes Ulysséa
Relator

RELATÓRIO

Associação Beneficente Evangélica de Joinville - Hospital Dona Helena (Ré) e Aldinei Gomes Alves (autor) interpuseram apelações cíveis contra a sentença que, proferida na ação indenizatória n. 0311341-65.2015.8.24.0038, julgou procedente o pedido formulado na peça exordial para condenar o nosocômio ao pagamento de R$ 25.000,00, por danos morais, além de custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, estes em 15% do valor condenatório, em razão da falta de material necessário à conclusão de cirurgia no quadril do Demandante, que o obrigou a repetir o procedimento em data posterior.

A Requerida Associação Beneficente Evangélica de Joinville - Hospital Dona Helena pleiteou o provimento do recurso e a diminuição do valor indenizatório, argumentando que: (a) entre o início da cirurgia e a liberação do paciente transcorreram apenas duas horas e meia, minorando os efeitos gravosos do procedimento; (b) não houve grande repercussão na vida do Apelado, pois não experimentou dano físico permanente, nem provisório, porque já estava incapacitado ao trabalho há três anos, recebendo benefício previdenciário; e, (c) é entidade sem fins lucrativos, razão pela qual não consegue suportar o *quantum* indenizatório arbitrado.

O Autor, de seu turno, pugnou pelo provimento do apelo e a majoração do montante indenizatório, alegando que: (a) o nosocômio é entidade de grande porte financeiro e deve ser penalizado com indenização mais vultosa para desestimular a reincidência; (b) o grau de negligência foi elevado, pois chegou a ser submetido à anestesia geral antes de ser constatada a falta de todo o material necessário à conclusão do procedimento cirúrgico; (c) o ato negligente foi agravado pelo fato de ser obeso, hipertenso e fazer uso de medicamentos antidepressivos; e, (d) por conta de tais peculiaridades, a indenização deve ser duplicada, no mínimo, pois hospital particular.

Contrarrazões ofertadas (Ré, fls. 231/239; Autor, fls. 240/246).

Esse é o relatório.

VOTO

Objetivam os Apelantes a reforma parcial da sentença que, em ação indenizatória por danos morais, julgou procedente a pretensão exordial e condenou o hospital Réu ao pagamento de R$ 25.000,00, por ter iniciado a procedimento cirúrgico no quadril do Autor/paciente antes de perceber a ausência dos materiais necessários à conclusão.

De início, incontroversa a caracterização dos pressupostos da responsabilidade civil e o dever de indenizar, pois a sentença não foi impugnada nesses aspectos. Assim, em observância ao efeito devolutivo do recurso de apelação, os recursos estão adstritos ao exame do valor arbitrado à título de danos morais.

Vale esclarecer que a fixação da verba indenizatória, não desconsiderando o grau de subjetivismo incidente ao ato, deve seguir uma projeção do fato, alinhada às condições do ofensor e do ofendido, o tipo e a forma da lesão, com as repercussões e consequências na vida da parte atingida. Além disso, a fixação deve considerar a capacidade financeira das partes, de forma a alcançar uma dimensão punitiva,

considerando as peculiaridades que possam atenuar ou agravar a atuação do infrator.

Nesse caminho, este Tribunal de Justiça já decidiu:

> 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. 0305744-45.2014.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. 25-10-2016).

> "A indenização pela causação de danos morais deve ser arbitrada com razoabilidade, devendo representar uma reprimenda para a parte obrigada pela indenização, evitando-se, entretanto, que a parte beneficiada obtenha, com ela, um enriquecimento indevido. Os critérios para essa fixação passam pela consideração do grau de culpa da obrigada, pelo porte empresarial das partes, pela natureza e importância das atividades comerciais que desenvolvem [...]" (Apelação Cível n. 2001.018335-8, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 18-4-2002) (Apelação Cível n. 0000669-60.2012.8.24.0011, de Brusque, rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. 25-10-2016).

E, como se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> Em se tratando de dano moral, cada caso se reveste de características específicas, refletidas subjetivamente na fixação da indenização, tendo em vista a observância das circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, o tipo de dano, além das suas repercussões no mundo interior e exterior da vítima (AgRg no REsp n. 1.150.463/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 15-3-2012).

No caso, o Autor foi internado no nosocômio Réu, em 14-7-2014 (fls. 173/174), para intervenção cirúrgica - "artroplastia total primária de

quadril" -, objetivando a substituir a articulação danificada por implante protético, pelo médico Dr. Gustavo Roberto Pereira.

Todavia, após o procedimento anestésico e a incisão em seu membro inferior esquerdo, a equipe médica constatou a falta de material cirúrgico adequado à conclusão do procedimento, razão pela qual o médico optou por encerrar a cirurgia, fechando a incisão. Portanto, situação atribulada e significativa enfrentada pelo paciente, com procedimento médico carente de precauções pré-operatórias e revestidas de negligência, além de envolver aplicação anestésica e a possibilidade de infecção hospitalar noticiada ao paciente (documento de fls. 175 e 178).

Na esfera econômica e financeira, verifica-se de um lado entidade sem fins lucrativos, com atuação no ramo da saúde (fls. 161/172), que não pode se esquivar de suas obrigações legais e contratuais, com o dever de zelar pela saúde dos pacientes; de outro, a vítima como profissional/esmerilhador que recebia auxílio-doença e sob o pálio da justiça gratuita, presumindo-se frágil condição financeira, com alta após os efeitos da anestesia. Assim, pertinente o valor arbitrado em sentença (R$ 25.000,00), com correção monetária desde o arbitramento e juros de mora do evento danoso.

Pelo exposto, nega-se provimento a ambos os apelos.

Esse é o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0012303-80.2009.8.24.0036, de Jaraguá do Sul
Relator: Desembargador Saul Steil

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS DECORRENTES DE ALEGADO ERRO MÉDICO. AUTORA QUE REALIZOU CIRURGIA PLÁSTICA DE MAMOPLASTIA E AFIRMA TER RESULTADO DO PROCEDIMENTO DEFORMAÇÕES E CICATRIZES INDESEJADAS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

RECURSO DA AUTORA. ALEGAÇÃO DE QUE O RESULTADO ALMEJADO COM A INTERVENÇÃO CIRÚRGICA DEVERIA TER SIDO ALCANÇADO. PROCEDIMENTO REALIZADO DE FORMA ADEQUADA. CICATRIZES INERENTES AO PROCEDIMENTO REALIZADO. TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO FIRMADO PELA AUTORA EM QUE HÁ A INFORMAÇÃO DE QUE A CIRURGIA DEIXARÁ CICATRIZES PERMANENTES E DE QUE EXISTE A POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE COMPLICAÇÕES EM CASO DE PACIENTES TABAGISTAS. EXAME PERICIAL QUE CONSTATOU A UTILIZAÇÃO DE TÉCNICA ADEQUADA PELO CIRURGIÃO, BEM COMO A INEXISTÊNCIA DE DANOS ESTÉTICOS. DESCONTENTAMENTO COM O RESULTADO OBTIDO COM A INTERVENÇÃO QUE NÃO PODE REDUNDAR EM RECONHECIMENTO DE ALGUM DANO À AUTORA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O descontentamento da paciente com o resultado do procedimento realizado por cirurgião plástico, não implica em responsabilização do profissional.

RECURSO ADESIVO DO RÉU. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA ARBITRADA EM

QUANTIA ADEQUADA E SUFICIENTE À REMUNERAÇÃO CONDIGNA DO ADVOGADO. VALOR MANTIDO, RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0012303-80.2009.8.24.0036, da comarca de Jaraguá do Sul 1ª Vara Cível em que são Apte/RdoAd(s) N. S. S. P. e Apdo/RteAd(s) Clínica Medica Graf Guimarães.

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso da autora e negar-lhe provimento. Conhecer do recurso adesivo do réu e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Carioni, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcus Túlio Sartorato.

Florianópolis, 13 de junho de 2017.

Desembargador Saul Steil
Relator

RELATÓRIO

N. S. S.P. ajuizou "ação de reparação de danos materiais e morais" contra C. M. G. G. e C. A. P. G., na qual aduziu, em síntese que, no dia 9-3-2007 foi até a cidade de Curitiba na clínica ré para realizar uma consulta médica com o segundo réu e tratar da colocação de prótese de silicone – mamoplastias – nos seios.

Informa que a cirurgia foi realizada no dia 30-3-2007, contudo, diferentemente da expectativa gerada para a intervenção a autora ficou com as mamas desfiguradas.

Relata que o segundo réu afirmou que o resultado era normal para o pós-operatório, porém passados dois anos e sete meses do procedimento as cicatrizes não desapareceram e a autora, com apenas 31 anos de idade e sem filhos, perdeu os mamilos de cada seio.

Alega que o médico réu agiu com negligência, imprudência e imperícia, pois as cicatrizes e necroses deixadas destoam da finalidade da cirurgia estética.

Afirma que a clínica ré foi omissa, pois mesmo ciente do estado em que se encontrava, por meio de correspondências eletrônicas, deixou de tomar as providências necessárias.

Destaca que a perda dos mamilos acarreta a impossibilidade de amamentar e a autora ainda não possui filhos.

Diz que a cirurgia plástica é uma obrigação de resultado e deve atender o fim desejado e previamente definido pelo profissional da saúde com o paciente.

Sustenta a possibilidade de cumulação de indenizações e sustenta que sofreu danos morais e estéticos pelos quais pretende ser indenizada.

Afirma, ainda, que há necessidade de reembolso do valor dos medicamentos que comprou e das novas consultas, com novos especialistas, que alcançam R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) mensais, o que totaliza R$ 6.000,00 (seis mil reais) ao longo de dois anos.

Também ressalta a necessidade uma cirurgia corretiva em valor não inferior a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e, a necessidade de devolução em dobro do montente que pagou pela cirurgia realizada pelo segundo réu, no valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Salienta que a relação existente entre as partes é de consumo.

Por fim, pede a condenação dos réus ao pagamento de R$ 64.000,00

(sessenta e quatro mil reais) pelos danos materiais e R$ 139.5000,00 (centro e trinta e nove mil e quinhentos reais), pelos danos morais e estéticos.

C. M. G. G. e C. A. P. G. apresentaram contestação (fls. 97-170). Discorreram sobre o erro médico e afirmaram que a qualidade estética de uma cicatriz depende de muitos fatores relacionados ao próprio paciente, da região a ser operada, da cicatrização, do tipo de pele, da constituição física e da técnica a ser utilizada.

Aduzem que as cicatrizes são parte integrante da cirurgia e o processo de cicatrização tem relação direta com a fisiologia do paciente, seus hábitos e cuidados pré e pós-operatórios.

Esclarecem que o tempo de maturação da cicatriz ultrapassa um ano e meio ou dois.

Informam que a autora passou por uma entrevista pré-operatória, ocasião em que prestou seu consentimento para a anestesia e, dentre outras informações, disse que era fumante e fumava cerca de 20 cigarros por dia.

Relatam que após o procedimento a autora retornou ao consultório em 9-4-2007, quando foram observadas crostras ao redor da auréola com necrose no polo inferior a esquerda e central para mamilar inferior a direita.

Então, dizem que o segundo réu realizou os procedimentos necessários, como a retirada das crostras e salientou sua preocupação inicial, referente ao fato de a autora ser tabagista, condição que altera as complicações concernentes à cicatrização.

Afirmam que foi realizada cirurgia reparadora e a autora apresentou um quadro de melhora, mas ainda com edema e endurecimento da ferida, em decorrência de sua condição de fumante.

Sustentam que todos os esforços do pessoal técnico especializado da clínica e do médico responsável foram colocados à disposição da autora para reverter o quadro de falta de cicatrização provocada pela circulação deficiente de sangue causada pelo tabagismo.

Asseveram que a autora melhorou significativamente e, em 10-5-2007 retirou os pontos em definitivo.

Salientam que a paciente foi regularmente assistida durante um anos e meio, até o dia 5-7-2008, quando por sua livre iniciativa não retornou mais à clínica para os tratamentos.

Versaram sobre a imperícia, imprudência e negligência e afirmaram que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, na qual o médico se enquadra, é apurada mediante a verificação de culpa.

Alegam que a autora não comprovou que a técnica empregada pelo cirurgião tenha sido a razão das cicatrizes ou que ele agiu com negligência, deixando de praticar determinados atos.

Dizem que a única prova constante nos autos é a de que o médico agiu com diligência e que o resultado deu-se por força alheia a sua vontade com forte contribuição da própria autora, pela condição de tabagista e porque abandonou o tratamento.

Aduzem que os danos morais e estéticos não foram comprovados, assim como os danos materiais perseguidos.

Finalmente, requerem a improcedência do pedido inicial.

Houve réplica (fls. 231-234) e na audiência, em que a proposta de conciliação foi recusada pelas partes, a juíza deferiu a produção de prova oral e pericial (fl. 238).

O laudo pericial foi apresentado (fls. 325-347) e as partes manifestaram-se (fls. 354-355 e 356-359).

A parte autora requereu esclarecimentos complementares em audiência, o que foi deferido (fl. 360).

A perita após intimada, informou a impossibilidade de comparecimento à audiência em razão de uma viagem agendada para o mesmo dia. Na oportunidade, a perita prestou os esclarecimentos solicitados pela autora (fls. 368-373).

Diante da justificativa e dos esclarecimentos apresentados, o juiz dispensou a presença da perita na audiência designada (fl. 375).

Realizado o ato, foi tomado o depoimento do representante legal da ré (fls. 379-380).

As partes apresentaram alegações finais (fls. 388-392 e 393-400) e o juiz decidiu (fls. 404-409).

Julgou improcedente o pedido da autora e condenou-a aos pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A autora apelou (fls. 412-440). Insiste que ficou com as mamas desfiguradas após ser submetida a uma cirurgia plástica realizada pelo segundo réu, em decorrência de falha técnica.

Discorreu sobre o ônus da prova e a obrigação de resultado do cirurgião plástico.

Alega que as provas amealhadas dão conta do insucesso do procedimento e aduz que houve o descumprimento do dever de informar.

Afirma que não existem provas de que foi adequadamente orientada no período pós-operatório e nem que todos os procedimentos de boa técnica, assepsia e prevenção foram dispensados à paciente.

Requer, então, a reforma da decisão com a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e estéticos.

C. M. G. G. apresentou contrarrazões recursais (fls. 445-460) e recurso adesivo (fls. 461-466), este para requerer a majoração do valor dos honorários advocatícios.

Com contrarrazões ao recurso adesivo (fls. 472-476), os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça.

Este é o relatório.

VOTO

Conheço dos recursos, porquanto presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Da apelação da autora

Insiste a apelante que ficou com as mamas desfiguradas após ser submetida a uma cirurgia plástica realizada pelo segundo réu, em decorrência de falha médica.

Alega que as provas colhidas dão conta do insucesso do procedimento e aduz que houve o descumprimento do dever de informar.

Afirma que não existem provas de que foi adequadamente orientada no período pós-operatório e nem que todos os procedimentos de boa técnica, assepsia e prevenção foram dispensados à paciente.

Da leitura do caderno processual verifica-se pelos documentos juntados pela própria apelante, que ela tinha conhecimento dos riscos a que estaria se submetendo caso realizasse a cirurgia de mamas. Vejamos:

> **"Riscos:**
>
> Todo procedimento envolve riscos que vão desde infecções locais, abertura de pontos, sangramentos (hematomas) e até complicações mais sérias como choque anafiláticos, trombose venosa, embolia pulmonar, entre outros. No caso da prótese mamária ainda podemos destacar a contratura capsular ou rejeição que pode ocorrer enquanto a mulher estiver com a prótase (sic), isso e durante toda a vida. Felizmente todas

essas complicações são raras, mas entende-las e se informar a respeito é muito importante para o bom andamento pós-operatório" (fl. 26).

Do documento de fl. 30, extrai-se:

"Complicações possíveis

Cada organismo reage de maneira diferente. Assim, na totalidade de pacientes há aqueles(as) que atingem um resultado ideal, enquanto outros(as) podem apresentar resultados negativos, em maiores ou menores proporções, independentemente do trabalho médico ter sido feito com o maior zelo, perícia e cautela. Entre esses resultados negativos que, felizmente, são raros, o(a) paciente pode apresentar:

1 Infecção

2 Necrose de pele, por deficiência circulatória (sendo o tabagismo sua maior causa)

3 Necrose da pele

4 Deiscência de pontos – abertura dos pontos realizados

5 Trombose venosa – coagulação do sangue dentro das veias

6 Complicações anestésicas – conforme o tipo de anestesia realizada – podendo acontecer alergia a medicamentos (choque anafilático), hipertermia maligna, cefaleia (dor de cabeça) pós peridural, etc.

7 Complicações estéticas: cada pessoa tem um tipo de cicatrização e são exemplos de complicações estéticas o aparecimento de quelóides, hipercromia de cicatrizes (escurecimento das cicatrizes), irregularidades da área operada,, etc.

8 Hematoma

9 Rejeição – contratura capsular".

Além disso, no dia da realização da cirurgia a apelante assinou o Termo de Consentimento Informado Genérico, do qual se extrai:

"[...]

2. O procedimento acima autorizado me foi explicado claramente, por isso entendo que:

a. Como resultado da cirurgia existirá uma **cicatriz**, que será permanente. Contudo, todos os esforços serrão feitos no sentido de encobrir e/ou diminuir a cicatriz, de forma a torná-la o menos visível possível;

[...]

g. Poderá ocorrer **perda da vitalidade** biológica na região operada, ocasionada pela redução da vascularização sanguínea, acarretando alteração mana pele e, mais raramente, necrose da mesma, podendo necessitar para sua reparação de nova(s) cirurgia(s), cm resultados apenas paliativos;

[...]

i. Toda cirurgia plástica pode necessitar, eventualmente, de **retoques**, ou pequena cirurgia complementar, para atingir um melhor resultado.

j. Portanto, de posse dessas informações:

[...]

4. Eu entendo que tanto o(a) médico(a) quanto sua equipe se obrigam unicamente a usar todos os meios técnicos e científicos à sua disposição para tentar atingir um resultado desejado que, porém, não é certo. Não sendo a Medicina uma ciência exata, fica impossível prever matematicamente um resultado para toda e qualquer prática cirúrgica, razão pela qual aceito o fato de que **não me podem ser dadas garantias de resultado**, tanto quanto ao percentual de melhora, como em aparência de idade ou, mesmo, a permanência dos resultados atingidos.

[...]

6. Eu compreendo e aceito o fato de que o **tabagismo**, o uso de **drogas** e de álcool, ainda que não impeçam a realização de uma cirurgia, são fatores que podem desencadear complicações médico-cirúrgicas.

> [...]
>
> Tive a oportunidade de esclarecer **todas as minhas dúvidas** relativas ao ato cirúrgico ao qual, voluntariamente, irei me submeter, razão pela qual **autorizo** o(a) profissional acima designado(a) a realizar o(s) procedimento(s) necessário(s)" (fls. 255 e 255v.).

Como se vê, a apelante tinha conhecimento e foi cientificada da possibilidade de que houvesse intercorrências e até mesmo necessidade de outras intervenções e, evidentemente, o bom resultado de qualquer procedimento cirúrgico depende não só da capacidade, perícia e boa técnica utilizada pelo médico, mas também e fundamentalmente da reação do organismo de cada paciente na recuperação.

Cicatrizes e necrose de pele, associada ao tabagismo, também foram informadas à apelante, pelo que, não pode ela afirmar que não tinha conhecimento dessas possibilidades, até porque, inerentes à grande maioria dos procedimentos cirúrgicos.

No caso em tela, a apelante afirma que ficou com as mamas desfiguradas, pois os seios não apresentam formato curvilíneo, mas tortuoso; as auréolas mamilares são assimétricas e com cicatrizes e; houve o descolamento da pele entre os seios (simastia).

As cicatrizes deixadas pela cirurgia são normais e previsíveis, haja vista que toda cirurgia em que é feita uma incisão deixa cicatriz. A tendência, e isso vai depender do corpo de cada pessoa é que essa cicatrizes se tornem menos evidentes com o passar do tempo.

A alegada assimetria e o deslocamento da pele entre os seios, por outro lado, não ficaram demonstrados.

Ademais, colhe-se do laudo pericial:

> **"Quesitos da Autora [...]**
>
> **Quesito 01** – Descreva o Sr. Perito, quais forma as lesões sofridas pela Autora;

Resposta: Ao exame físico, vislumbrou essa Perita cicatrizes aceitáveis esteticamente e mamilos com projeções adequadas.

Quesito 02 – Diga o Sr. Perito quais os danos estéticos presentes na Autora em decorrência da cirurgia, especificando onde se localizam e sua extensão;

Resposta: As cicatrizes situam-se nas mamas e são de boa qualidade, dor e espessura.

Quesito 03 – Diga o Sr,. Perito se houve perda do(s) mamilo(s) do(s) seios;

Resposta: Não.

[...]

Quesitos do Réu [...]

[...]

Quesito 08 – Quais os cuidados necessários para realizar a técnica cirúrgica de mamoplastia indicada para a N. S. S. P. Eles foram obedecidos pelo Dr. C.?

Resposta: Realizar exames pré-operatórios e utilizar técnica cirúrgica segura, tais itens foram observados pelo Dr. C.

Quesito 09 – Quanto à intercorrência observada na cirurgia da Sra. N. S. S. P., necrose mamilar local, é descrita como possível de acontecer dentro da técnica de mamoplastia?

Resposta: Sim.

[...]

Quesito 12: Existe alguma evidência de má utilização da técnica cirúrgica ou de cuidados pré e pós-operatórios inadequados que possam ser imputados ao Dr. C. P.?

Resposta: Não.

[...]

Quesito 19 – Considerando-se a necrose observada no pós-operatório tardio da mamoplastia da Sra. N. S. S. P., existem fatores externos à cirurgia que posam contribuir para a sua ocorrência e com isso interferirem para que o resultado cirúrgico final seja diferente do esperado? Quia seriam? Estavam presentes na Sra. N. S. S. P.?

Resposta: A paciente é tabagista e osso influencia negativamente na cicatrização dos tecidos.

Quesito 20 – Mesmo utilizando uma técnica adequada as condições apontadas como possíveis complicadores da cirurgia podem influenciar o resultado cirúrgico final?

Resposta: O tabagismo influencia no resultado final.

Quesito 21 – Após a mamoplastia da Sra. N. S. S. P. e tendo sido observada a ocorrência da necrose do mamilo, o Dr. C. prestou assistência médica, realizando os procedimentos necessários e ao seu alcance para a melhora clínica da N. S. S. P.

Resposta: Sim.

[...]

Quesito 24 – Existe alguma evidência de má utilização da técnica cirúrgica ou de cuidados pré e pós operatórios inadequados que possam ser imputados ao Dr. C. P.?

Resposta: Não.

[...]

Quesito 26 – O Dr. C. P. G., assim como a equipe médica que participou da cirurgia e o pessoal de enfermagem a c. G. G. prestaram assistência hospitalar adequada para a Sra. N. S. S. P. durante todo o seu período de estadia hospitalar?

Resposta: Sim" (fls. 334-339).

Portanto, as cicatrizes deixadas pelo procedimento são normais e deviam ser esperadas pela paciente, até porque foram informadas pelo médico, conforme documento de fls. 255 e 255v.

Não se nega que a cirurgia plástica é uma obrigação de resultado, mas não ficou demonstrado que o resultado prometido não foi alcançado nem, tampouco, que houve má utilização de técnica cirúrgica por parte do médico apelado.

Não há nos autos, nenhuma prova de que a apelante tenha sofrido algum dano com o procedimento cirúrgico realizado.

Como bem ponderou o julgador na decisão recorrida:

> "A perita nomeada respondeu a todos os quesitos formulados pelas partes e foi precisa ao explicitar que não houve falha do cirurgião na realização da mamoplastia, tampouco no período pós-operatório, e que,no exame físico, percebeu *'cicatrizes aceitáveis esteticamente e mamilos com projeções adequadas'* (quesito 01, fl. 332). Além disso, atestou que 'não houve perda dos mamilos' (quesito 04), apenas redução no tamanho deles e resultados estéticos diversos do que (nome da autora) acalentava, o que se explica porque *'a paciente é tabagista e isso influencia negativamente na cicatrização dos tecidos'* (quesito 19 da ré, fl. 338).
>
> Ao preencher o questionário antes da cirurgia, a autora declarou fumar aproximadamente 20 cigarros por dia há mais de 15 anos, sendo que a ela foram participados os riscos de complicações após a mamoplastia decorrentes do tabagismo. Consta no *website* da clínica (cuja fotocópia foi apresentada junto à peça inicial, conforme fl.30), no item 'Complicações possíveis', o seguinte: **'cada organismo reage de maneira diferente. Assim, na totalidade de paciente há aqueles que atingem um resultado ideal, enquanto outros podem apresentar resultados negativos, em maiores ou menores proporções, independentemente do trabalho médico ter sido feito com o maior zelo, perícia e cautela. Entre esses resultados negativos que, felizmente, são raros, o paciente pode apresentar: 1.Infecção; 2.Necrose de pele, por deficiência circulatória (sendo o tabagismo sua maior causa)**

> ;[...]' (fl. 30).
>
> [...]
>
> Dessa forma, ainda que o resultado da mamoplastia não tenha correspondido à expectativa que a autora havia depositado na atuação médica, não se identifica, pela prova dos autos, qualquer ato culposo atribuível ao cirurgião que procedeu à intervenção cirúrgica que, para a autora, produziu resultados decepcionantes" (fls. 406-408).

De fato, as provas colhidas não demonstram que a cirurgia realizada pelo apelado tenha causado algum dano estético e muito menos moral à apelante.

Eventual descontentamento da apelante com relação ao procedimento cirúrgico estético a que foi submetida não pode implicar na procedência do pedido inicial, pois não ficou comprovado o dano alegado.

Em nenhum momento ficou comprovado também ter havido má técnica do médico apelado ou procedimento inadequado.

A propósito, o julgado deste Tribunal:

> "APELAÇÃO CÍVEL DA PACIENTE - FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS MÉDICOS - TÉCNICA CIRÚRGICA ULTRAPASSADA - ALEGADO SOFRIMENTO EXCEPCIONAL EM DECORRÊNCIA DA CICATRIZ ABDOMINAL - NECESSIDADE DE CIRURGIA CORRETIVA - FALTA DE INFORMAÇÃO SOBRE AS SEQUELAS DO PROCEDIMENTO - RECORRENTE AVALIADA POR 2 (DOIS) PERITOS, ESPECIALISTAS EM CIRURGIA PLÁSTICA E GINECOLOGIA - ADEQUAÇÃO DA VIA TERAPÊUTICA CONSTATADA - AUSÊNCIA DE ANOMALIA NA MARCA DE SUTURA - DANO ESTÉTICO NÃO EVIDENCIADO - NEGLIGÊNCIA OU ERRO MÉDICO NÃO DEMONSTRADOS - CONFISSÃO DA AUTORA, NA PRÓPRIA EXORDIAL, DE QUE, POR OCASIÃO DO DIAGNÓSTICO DE TUMOR BENIGNO EM SEU OVÁRIO

> DIREITO, FOI INFORMADA PELO GINECOLOGISTA ACERCA DA NECESSIDADE DE SE SUBMETER A `OOFORECTOMIA UNILATERAL´ PARA A EXCISÃO DO RESPECTIVO ÓRGÃO - PROCEDIMENTO QUE ALCANÇOU O RESULTADO ESPERADO - DESCONTENTAMENTO, APENAS, COM O SINAL APARENTE DA INCISÃO - CONSEQUÊNCIA INERENTE AO ATO CIRÚRGICO - AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO" (Apelação Cível n. 2011.099707-5, de Itajaí, rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. em 8-3-2012).

Portanto, como não foi comprovado o alegado dano ou a má-técnica cirúrgica, a sentença deve ser mantida.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Do recurso adesivo do réu

No recurso adesivo, pretende o apelante que os honorários advocatícios, fixados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), sejam majorados.

Para a fixação dos honorários advocatícios, imperioso observar a orientação contida no art. 20, §3º e §4º, do CPC/1973, que ainda estava em vigor quando da prolação da sentença:

> "Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.
>
> […]
>
> § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:
>
> a) o grau de zelo do profissional

> b) o lugar de prestação do serviço;
>
> c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
>
> § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior".

Sobre o tema, este Tribunal já se posicionou:

> "[...]
>
> Na fixação dos honorários advocatícios, o magistrado deverá avaliar, efetivamente, o trabalho realizado pelo advogado considerando o grau de zelo profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa e o tempo exigido para seu serviço" (Apelação Cível n. 0300649-27.2016.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 28-3-2017).

Assim, levando-se em conta os critérios constantes no dispositivo legal mencionado e o fato de que a verba foi fixada dentro dos parâmetros por ele informados, deve ser mantida nos termos da decisão recorrida.

Isto posto, voto no sentido de conhecer da apelação e negar-lhe provimento e conhecer do recurso adesivo e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0304373-68.2015.8.24.0054, de Rio do Sul
Relatora: Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta

AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA POR ASCENDENTE IDOSO E DOENTE (MAL DE ALZHEIMER EM ESTÁGIO AVANÇADO) CONTRA AS DESCENDENTES.

ALEGAÇÃO DE ABANDONO MATERIAL E AFETIVO QUANDO AS REQUERIDAS AINDA ERAM MENORES. PROCEDIMENTO INDIGNO DO ART. 1.708, PARÁGRAFO ÚNICO DO CC. ENTRETANTO, AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO TOTAL DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DO GENITOR EM RELAÇÃO À PROLE. OUTROSSIM, NÃO CONSTATADA A RUPTURA DOS LAÇOS FAMILIARES APTA A JUSTIFICAR O AFASTAMENTO DO PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO.

OBRIGAÇÃO ALIMENTAR RECONHECIDA, AINDA QUE PARCIALMENTE, COM BASE NA RELAÇÃO DE PARENTESCO. DEVER DE ASSISTÊNCIA MÚTUA. ART. 229 DA CFRB C/C ART. 1.696 DO CC E ART. 11 DA LEI N. 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO).

NECESSIDADE DO AUTOR À PERCEPÇÃO DE ALIMENTOS AMPLAMENTE DEMONSTRADA. DE OUTRO LADO, ALIMENTANTES QUE OSTENTAM SITUAÇÃO ECONÔMICA DELICADA. OBSERVÂNCIA DO TRINÔMIO POSSIBILIDADE, NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DO ENCARGO EM PERCENTUAL CONDIZENTE À REALIDADE DE CADA UMA DAS FILHAS. INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0304373-68.2015.8.24.0054, da comarca de Rio do Sul (Vara da Família

Órfãos, Sucessões Inf e Juventude) em que é Apelante V. E. e Apeladas S. E. Z. e outras:

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

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato.

Florianópolis, 14 de fevereiro de 2017.

Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

RELATÓRIO

Trata-se de *ação de alimentos* ajuizada por V. E., representado por sua enteada e curadora N. P. M., em face de S. E., I. E., J. E. e S. E..

Alega o autor que é portador da Doença de Alzheimer em estágio avançado e que, portanto, necessita de acompanhamento pessoal permanente, além de fazer uso contínuo de medicamentos. Em razão de sua saúde fragilizada, sua curadora e atual cuidadora, com a qual reside, não consegue exercer atividade remunerada, passando por dificuldades financeiras. E, considerando que seus proventos de aposentadoria, no importe de um salário mínimo, são insuficientes para fazer frente às suas despesas, postula a contribuição de suas filhas para que possa ser colocado em uma instituição de longa permanência.

Às fls. 34/35 o pedido de justiça gratuita foi deferido, assim como foram fixados alimentos provisórios no equivalente a 31,5% (trinta e um vírgula cinco por cento) do salário mínimo devidos por cada uma das filhas.

Processado e instruído o feito, sobreveio sentença que, revogando a tutela antecipada, deu pela improcedência do pedido inicial e condenou o requerente ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa a cada procurador, suspensa a exigibilidade ante a benesse outrora deferida (fls. 187-190).

Irresignado, o demandante interpõe apelação. Preliminarmente, aduz que a sentença é *ultra petita*, uma vez que, ainda que intempestivamente, apenas uma das requeridas ofertou contestação nos autos. No mais, repisa sua necessidade de percepção de alimentos e sustenta que não incorreu em abandono material quando as filhas eram menores.

Apresentadas as contrarrazões, ascenderam os autos a esta Corte.

Em parecer da lavra da Exma. Procuradora de Justiça Dra. Lenir Roslindo Piffer, o Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 251-257).

Vieram os autos conclusos.

VOTO

A legislação civil nacional fornece os pressupostos da obrigação alimentar, dentre eles, a existência de um vínculo de parentesco ou afetivo entre o alimentando e o alimentante, a necessidade daquele e a possibilidade econômico-financeira deste, tudo isso ponderado pelo princípio da proporcionalidade (arts. 1.694 e 1.695 do Código Civil).

A obrigação de prestar alimentos entre parentes repousa no princípio da solidariedade existente entre os membros de uma família, cujo dever de ajuda mútua é recíproco. Resulta de imposição legal, como no caso dos pais em relação aos filhos menores, bem assim dos filhos maiores em relação aos pais necessitados.

Pertinente a essa última hipótese, aliás, o dever de assistência mútua vem positivado na Constituição Federal, que preceitua, em seu art. 229, que "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".

Na mesma linha, o art. 1.696 do CC assenta a reciprocidade na obrigação alimentar entre pais e filhos:

> Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Yussef Said Cahali pontua que "a obrigação de prestar alimentos fundada no *jus sanguinis* repousa sobre o **vínculo de solidariedade** que une os membros do agrupamento familiar e sobre a comunidade de interesses, impondo aos que pertencem ao mesmo grupo, o dever recíproco de socorro" (*in* Dos Alimentos. 8. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 450) – sem grifos no original.

Importante assinalar que, em se tratando de ascendente maior de 60 (sessenta) anos, há a incidência de legislação específica, qual seja, a Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso) que, forte na doutrina da proteção integral e no princípio da dignidade da pessoa humana, em seu artigo 11, ratifica o direito a alimentos ao idoso, que repousa no princípio da solidariedade familiar. A solidariedade, nesse sentido, nada mais é do que o dever de prestar auxílio a quem necessita, por quem pode fazê-lo.

Nesse interim, está claro que em razão da idade e da saúde debilitada do recorrente, portador de doença de Alzheimer (fl. 26), hoje com 77 (setenta e sete) anos de idade (fl. 14), possui diversos gastos, tais como medicamentos, fraldas geriátricas e demais custos para permanecer em lar de idosos (fl. 27), a fim de que possa ser auxiliado em tempo integral. Assim, o benefício previdenciário mensal que aufere, equivalente a um salário mínimo (fls. 25 e 55), é insuficiente para a sua mantença, necessitando do apoio financeiro das filhas para passar por uma velhice tranquila e digna.

Por outro lado, invocando o princípio da reciprocidade, as requeridas S. E. Z. e S. E., argumentaram a impossibilidade de serem obrigadas a prestar alimentos porquanto seu genitor, ora demandante, deixou o lar e as abandonou afetiva e materialmente, durante sua infância e adolescência.

Pois bem.

A delicada questão, consubstanciada no "procedimento indigno" (art. 1.708 do CC), ou seja, o rompimento da solidariedade familiar e, por conseguinte, do dever dos filhos em socorrer os pais quando estes se omitiram em prestar a devida assistência afetiva, psicológica ou financeira, na época em que eram menores de idade, traz diversos contornos e envolve dilemas que foram muito bem elucidados pelo MM. Des. Henry Petry Júnior, no julgamento da Apelação Cível n. 2010.046709-8, em 16 de agosto de 2012. Primordial, então, colacionar aqui o raciocínio desenvolvido no voto:

> [...] Temática interessante e relevante ao caso diz respeito à possibilidade de cessação da obrigação alimentar entre parentes quando, por comportamento anterior, o alimentante não tiver respeitado essa mesma solidariedade familiar que embasa o dever alimentar.
>
> Tradicionalmente, o ordenamento jurídico brasileiro não admitia a cessação do dever alimentar em decorrência do comportamento indigno do alimentando. Em casos tais, comumente se entendia que a solidariedade familiar se sobrepunha às rugas no relacionamento entre os parentes ou à ausência de vínculos afetivos mais fortes, impondo a *obligatio*, ainda que limitada à prestação somente do auxílio necessário à sobrevivência. Defendia-se a impossibilidade de aplicação da indignidade relativa ao direito sucessório, patrimonial por essência, ao Direito de Família, principalmente para o afastamento da obrigação alimentar, ligada que é ao direito à vida.
>
> O Código Civil de 2002, entretanto, não seguiu idêntica linha de entendimento. A propósito, dispõe o parágrafo único do art. 1.708 do

Código Civil, *verbis*: "Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor". Inova em relação ao Diploma Substantivo anterior ao prever a possibilidade de que o procedimento indigno do credor de alimentos importe na cessação da obrigação alimentos do devedor atingido por tal proceder.

YUSSEF SAID CAHALI, após apontar que o Código Civil vigente segue disposições semelhantes da legislação espanhola, mexicana, francesa, retrata a mudança de entendimento:

Na realidade, à falta até então de disposição expressa no direito brasileiro, inserindo a ingratidão do alimentário como causa extintiva da obrigação do devedor, revelava-se proveitosa a doutrina antes colacionada (notas 161 a 163, Pothier, Demolombe, Beudant, Bianchi, Trabucchi), que preservava a obrigação legal de alimentos ainda que presuntivamente inexigível sob o aspecto moral.

De certa forma, a jurisprudência de nossos tribunais vinha prestigiando esse entendimento. "A lei não prevê outras circunstâncias para a prestação de alimentos; exige o parentesco *ius sanguinis*, a necessidade de quem pleiteia e a possibilidade econômica do alimentante; pouco importa que, como na espécie, o pai por longos anos haja abandonado a família; esse procedimento injusto e censurável não o priva do direito de pleitear alimentos dos filhos, por que estes, por lei, ficam obrigados a concorrer para a sua subsistência"; "a frieza das relações entre o pai e o filho, resultado evidente do desquite do casal, não pode justificar o cancelamento da pensão".

Tenha-se em conta, porém, que, com a vigência do Novo Código Civil, esse entendimento não mais pode prevalecer; assim é que , restaurando nosso antigo direito e aderindo à opinião de Lafayette, Clóvis e Orlando Gomes (notas 167-169), dispõe seu art. 1.708, parágrafo único: "Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor". (CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 4 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 950/951)

ROLF MADALENO, na mesma toada, assenta a conclusão:

Este quadro foi revertido com a atual codificação civil ao permitir

cessar o direito aos alimentos se o pretendente tiver procedimento indigno em relação ao devedor, sendo imoral tanto um pai pretender pensão alimentícia do filho por ele rejeitado como o filho ingrato que desconsiderou os deveres de filiação.

Passa a vigente legislação à distância do inquebrantável dever de solidariedade alimentar em razão do parentesco consangüíneo, o qual jamais levou em consideração o comportamento familiar do postulante de alimentos, como antes visto, de um progenitor ou de um filho que nunca olhou por seu parente, a quem jamais tratou de atender material ou espiritualmente, como nesta linha decidiu o tribunal gaúcho, ao negar alimentos a genitor que nunca cumpriu com os deveres inerentes ao poder familiar. (MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 739).

A nova orientação, entretanto, encontra problemas no que diz respeito à conceituação de "procedimento indigno". A indeterminação do dispositivo legal gera preocupação na doutrina diante da possibilidade de retomada da malfadada discussão da culpa na separação e da cessação até mesmo dos simples alimentos naturais ou, ainda, de interpretação ampla do conceito indeterminado levar à banalização das causas de cessação, como na hipótese de relacionamento amoroso posterior ao rompimento da união (para maiores esclarecimentos, vide: CAHALI, Francisco José. Dos alimentos, *in Direito de Família e o Novo Código Civil*, 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 201; e CHINELATO, Silmara Juny. Comentários ao Código Civil: parte especial do direito de família, vol. 18, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 513/517).

Por certo, a hipótese de cessação legal do dever alimentar em razão do dito "procedimento indigno em relação ao devedor", como exceção que é, deve ser interpretada de forma restritiva, de acordo com o rigor do caso concreto. Solução possível é indicada na doutrina mais atual, a qual sugere o uso da analogia com situações outras previstas na legislação civil em que o próprio ordenamento prevê graves consequências aos descumprimento de dever moral com o parente.

SILMARA JUNY CHINELATO indica alguns parâmetros:

Parâmetro para aferir "procedimento indigno" o próprio Código Civil oferece no art. 1.814, que trata da exclusão da sucessão, todos eles casos considerados expressamente como de indignidade, pelo art. 1.815.

Invoque-se, ainda, o art. 1.962, que enumera as causas que autorizam a deserdação dos descendentes pelos ascendentes, e o art. 1.963, que arrola as causas que, além das elencadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes.

[...]

O art. 557 do Código Civil, que trata da revogação da doação por ingratidão, pode também fornecer diretriz para o intérprete. (CHINELATO, Silmara Juny. Comentários ao Código Civil: parte especial do direito de família, vol. 18, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 518/519).

Prescrevem os artigos supracitados:

Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações:

I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele;

II - se cometeu contra ele ofensa física;

III - se o injuriou gravemente ou o caluniou;

IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o

autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

A propósito, o enunciado n. 264 da III Jornada de Direito Civil também autoriza a analogia com o art. 1.814: **"**264 – Art. 1.708: Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incs. I e II do art. 1.814 do Código Civil".

Na mesma esteira, a meu sentir, seria possível cogitar da integração do conceito indeterminado por meio de analogia com as hipóteses de perda do poder familiar. Trata-se de sanção civil das mais graves, quiçá a mais dura punição no âmbito do direito civil, incidente em hipóteses de inequívoca desídia grave dos pais com seus filhos, no que não haveria maiores dúvidas acerca do grau de indignidade para a integração legislativa. O art. 1.638 do Código Civil enumera os comportamentos

que permitem a perda do poder familiar: "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".

A propósito, bem se vê que o abandono material e moral dos pais em relação aos filhos, uma das hipóteses de perda do familiar, vem sendo reconhecida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul como hipótese apta a configurar procedimento indigno e fazer cessar a obrigação alimentar da prole ao ascendente no futuro:

I) APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS. SOLIDARIEDADE FAMILIAR. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. REDUZIDAS POSSIBILIDADES DOS APELADOS. Os alimentos devidos pelos filhos ao pai não se baseiam, simplesmente, no elo de parentesco. São indevidos os alimentos para o pai que não cumpriu com os deveres inerentes ao poder familiar.

Ademais, os requeridos possuem reduzidas possibilidades financeiras e o pai não se encontra desamparado, pois recebe alimentos de um terceiro filho. NEGARAM PROVIMENTO. (TJRS. AC Nº 70023229016, Oitava Câmara Cível, rel. Des. RUI PORTANOVA, j. e, 28.8.2008); e

II) ALIMENTOS. SOLIDARIEDADE FAMILIAR. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. É descabida a fixação de alimentos em benefício do genitor que nunca cumpriu os deveres inerentes ao poder familiar, deixando de pagar alimentos e prestar aos filhos os cuidados e o afeto de que necessitavam durante o seu desenvolvimento. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE. Da mesma forma, evidenciado que o genitor não está impossibilitado para o exercício de atividade laboral e não comprova eventual necessidade, injusto se mostra impelir os filhos a arcar com alimentos. Negado provimento ao apelo. (TJRS. AC Nº 70019179894, Sétima Câmara Cível, rel. DesªMARIA BERENICE DIAS, j. Em 9.5.2007).

Certo é, repise-se, que **a caracterização do procedimento indigno deve se dar de acordo com as particularidades caso concreto,**

> **reservadas a hipóteses relevantes, em que possível verificar a efetiva quebra anterior do sentimento de solidariedade familiar. Mesmo nesses casos, ainda, a casuística deverá estabelecer se o caso recomenda a cessação total ou apenas parcial do dever alimentar, podendo, de acordo com o grau de desídia, entender-se cabível apenas limitação dos alimentos àqueles indispensáveis à sobrevivência do credor.** Nesse sentido, colaciona-se o enunciado n. 345 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:
>
> 345 - O "procedimento indigno" do credor em relação ao devedor, previsto no parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, pode ensejar a exoneração ou apenas a redução do valor da pensão alimentícia para quantia indispensável à sobrevivência do credor (sem grifos no original).

Diante dessas ponderações, infere-se que o dever de solidariedade, que baseia a fixação de alimentos entre parentes, pode ser relativo, uma vez que o acolhimento da pretensão de alguém que exige aquilo que nunca respeitou, poderia configurar uma violação aos mais básicos princípios gerais de direito.

Contudo, "na prática, definir a abrangência contida na expressão 'comportamento indigno' está a exigir o bom senso do intérprete. Não se pode negar um evidente conteúdo ético e moral na aferição de sua definição, não se prestando a interpretações ampliativas ou mesmo retrógradas, em desacordo com os hábitos culturais e sociais do momento atual" (*cf.* AZAMBUJA, Maria Regina Fay. Alimentos no novo Código Civil: três aspectos polêmicos. *In*: https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http://www.mprs.mp.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/alimentos.doc. Acesso em 16-1-2017).

Estabelecidos tais parâmetros, adentra-se no caso concreto.

De fato, o quadro probatório, especialmente corroborado nos depoimentos colhidos em meio audiovisual (audiência de fls. 138/139), demonstra que o autor não foi um pai presente ao longo da vida das filhas nas últimas três décadas.

As alegações das requeridas, à exceção de I. E. e de J. E. – uma vez que esta nem sequer compareceu aos autos –, dão conta de que o genitor as abandonou material e afetivamente, deixando-as sob os cuidados de sua mãe, Sra. C. E., que, no entanto, encontrava-se, já na época, incapaz de exercer corretamente os atos da vida civil, incluindo o poder familiar, dada sua condição precária de saúde, pois é portadora de doença psíquica grave (*cf.* atestado médico de fl. 128 e os depoimentos de I. F., M. R. Z. B., I. F. e E. Z.).

Ocorre que essa situação se configura apenas a partir do momento em que ele deixou a residência familiar em Blumenau, para morar com sua nova companheira na cidade de Lontras, há cerca de 30 (trinta) anos. E apesar de constar algumas informações nos autos de que o requerente sofria de alcoolismo ainda durante a convivência no núcleo familiar primevo, não há lastro probatório suficiente para se aferir as condições em que o poder familiar era por ele exercido, podendo-se presumir que, até então, ao menos materialmente, sua prole e a ex-esposa foram devidamente assistidas.

Dito isso, considerando que o afastamento do requerente se deu por volta do ano de 1986, constata-se que somente as filhas S. E. e J. E. ainda não haviam atingido a maioridade, pois contavam, respectivamente, com 8/9 anos (nascimento em 04/01/1977 – fl. 229) e com 15/16 anos (nascimento em 15/03/1977 – fl. 32), esta já adolescente.

Por sua vez, a filha S. E. Z., primogênita do apelante, ao contrário do que afirmou em suas alegações (fls. 117-123), possuía 22 (vinte e dois) anos de idade (nascimento em 30/07/1964 – fl. 30), enquanto I. E. havia recém completado ou estava prestes a fazer 18 (dezoito) anos (nascimento em 06/02/1968 – fl. 31).

Nesse ponto, muito embora não se possa falar em rompimento automático nos casos excepcionais dos filhos que ainda dependem financeiramente para gastos com educação e formação profissional –

hipótese em que a jurisprudência admite a extensão do pensionamento até os 24 anos –, deve-se frisar que a legislação civil prevê que, por ocasião do alcance da maioridade (art. 5º c/c art. 1.635, III do CC), o poder familiar e as suas respectivas obrigações alimentares ficam extintos.

Longe de pretender subestimar ou desqualificar os sentimentos da família, como o provável sofrimento e traumas sofridos na época, esse é o caso das duas filhas mais velhas, pois já estavam aptas ao exercício de atividades laborais visando seu próprio sustento, razão pela qual não pode ser caracterizado o abandono apontado.

Em relação às outras filhas, embora tenha sido demonstrado nos autos que o pai não ia até a cidade de Blumenau para lhes oferecer suporte, de outro lado, ficou bem delineado que elas o visitavam em sua nova morada. Isso porque, a testemunha E. L. declarou que, não obstante não conheça muito bem as filhas do requerente, por várias vezes, as viu visitarem o pai e por lá permaneciam cerca de 15 (quinze) dias. Tais fatos se deram logo nos primeiros anos em que ele se mudou para a casa da companheira, Sra. A. P., no município de Lontras.

Por sua vez, A. S., ouvido na qualidade de informante, disse que conhece bem o requerente há cerca de 25, 30 anos. Que quando começou a trabalhar com ele, as filhas já eram adultas e que, inclusive, conhece bem o primeiro marido da requerida J. E.. Sabe que, na época em que o autor deixou o lar em Blumenau, a filha mais nova devia ter entre 8 e 10 anos. Não soube responder se o genitor ajudava as filhas pequenas em Blumenau, porém afirmou que quando J. ia até Lontras visitar o pai, ele "sempre ajudava, sempre dava dinheiro". Também disse que, no início, quando o autor estava melhor de saúde, frequentemente via as requeridas o visitando.

Já a testemunha compromissada Sra. M. R. Z. B., arrolada pela requerida I. E., declarou que ouvia dizer, pelas próprias requeridas, que elas iam às vezes visitar o pai.

Dessa forma, ainda que o contato entre o genitor e as filhas do primeiro casamento não fosse tão rotineiro, percebe-se que não houve ruptura total dos laços familiares a fim de configurar o aludido abandono. Não há, portanto, juízo de certeza sobre o grau e a natureza do aludido afastamento.

Aqui, aliás, cabe a ponderação do fato de que, na maioria dos casos em que um dos cônjuges deixa o lar para viver em união estável com outra pessoa, é comum o distanciamento e a ausência de convívio entre o antigo casal, razão pela qual compreensível o fato de o autor não se deslocar até a cidade de Blumenau para visitar as filhas, que ainda residiam com a mãe.

Ademais, o pai e a antiga família sempre viveram de forma simples e modesta, não possuindo grandes rendimentos além dos necessários à subsistência, o que também justificaria a não frequência dos deslocamentos.

Outra peculiaridade do caso concreto diz respeito à vantagem patrimonial, ainda que indireta, porquanto o autor deixou o imóvel em que residia e do qual era proprietário, com todos os seus pertences, para as filhas e a ex-esposa, e no qual uma delas ainda vive com a mãe, segundo os depoimentos colhidos.

Não se descura as dificuldades que a família passou ante a impossibilidade da mãe em auxiliar no sustento do lar, contando com a ajuda de vizinhos e outras pessoas próximas. Mas, diante de todas essas informações, é impossível reconhecer a situação de total abandono por parte do genitor, de forma a se enquadrar naquela hipótese da perda do poder familiar mencionada pelo Exmo. Des. Henry Petry Júnior no trecho transcrito de seu voto.

Por essa razão, é recomendável reconhecer direito do demandante em face às requeridas à percepção de alimentos, ainda que parcialmente, para ajudar a suprir suas necessidades indispensáveis.

Nesse sentido, julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. RELAÇÃO DE PARENTESCO. RECIPROCIDADE ENTRE PAIS E FILHOS. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. NECESSIDADE DEMONSTRADA. CABIMENTO.
>
> Nos termos do artigo 398 do Código Civil de 2002, na falta de ascendentes cabe a obrigação de prestar alimentos aos descendentes, guardada a ordem de sucessão.
>
> Nada obstante a omissão da parte requerente quanto aos seus deveres de pai, tal motivo não afasta a responsabilidade dos filhos de prestar-lhe alimentos em decorrência da relação de parentesco. Com efeito, não só os pais têm a obrigação de garantir o sustento e a educação de seus filhos, mas, também os filhos maiores têm o dever de amparar seus genitores quando necessário, especialmente na velhice.
>
> Agravo de Instrumento conhecido e provido (AG n. 149933820078070000, Rel. Desª. Nídia Corrêa Lima, j em 16-4-2008) – grifado.

Passando à questão da necessidade do alimentando, tem-se que essa ficou bem configurada.

Como já dito, o idoso sofre de doença de Alzheimer em estágio avançado (fl. 26), tendo sido, inclusive, interditado em razão da sua condição precária de saúde (autos n. 0900053-23.2015.8.24.0054). E apesar do benefício previdenciário que vem recebendo (fl. 55), restou patente que o valor de 1 (um) salário mínimo não tem sido suficiente a garantir a sobrevivência do autor, que necessita da ajuda de terceiros em tempo integral – por isso a internação em lar de idosos –, além de gastar com medicamentos e fraldas geriátricas.

Ressalta-se também que o novo núcleo familiar ao qual integra também não é capaz de suprir suas demandas. Isso porque, embora a atual companheira do autor, Sra. A. P., perceba benefícios previdenciários (possivelmente aposentadoria e pensão pela morte do ex-marido), ela é

igualmente idosa e também se encontra incapacitada em razão de doença. Em relação ao alegado patrimônio, infere-se que o imóvel situado em Lontras é de propriedade apenas da Sra. A. P., adquirido durante seu primeiro casamento (fls. 129-134), ou seja, o autor não possui direitos sobre seus frutos a fim de custear seu tratamento.

Por sua vez, a enteada, N. P. M., foi nomeada sua curadora na ação de interdição e, segundo consta, é a única pessoa que o tem ajudado desde o início da enfermidade, dispensando-lhe cuidados essenciais cotidianos, bem como fornecendo-lhe moradia (pelo menos até o autor ser encaminhado ao asilo) e parte dos custos com alimentação, higiene e medicamentos. Quanto aos seus rendimentos pessoais, não há provas concretas do montante que ela aufere, sabendo-se, tão somente, que ela labora na agricultura e possui uma vida simples.

Nesse ponto, cumpre salientar que incide, *in casu,* o princípio da inversão do ônus da prova nas ações em que sejam autores pessoas maiores de 60 anos, por presumida a impossibilidade em se sustentar. Cabe ao devedor a comprovação de que o idoso possui condições de se manter. Tal posicionamento foi referendado no seguinte julgado deste Tribunal:

> DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE ALIMENTOS - FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS INDEFERIDA À EX-ESPOSA - EXISTÊNCIA DE VÍNCULO FAMILIAR - ALIMENTANDA QUE POSSUI IDADE AVANÇADA (70 ANOS) - NECESSIDADE PRESUMIDA - EXEGESE DO ART. 1.694 DO CÓDIGO CIVIL E ART. 3º DO ESTATUTO DO IDOSO - RECURSO PROVIDO
>
> 1. Configurada perfunctoriamente a obrigação alimentar e na falta de outros elementos de prova, a idade do alimentando não pode ser desprezada para a fixação de alimentos provisórios.
>
> 2. Nos moldes do art. 3º do Estatuto do Idoso, é obrigação da família assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde e à alimentação, dever que por extensão também é atribuído

> ao ex-cônjuge enquanto perdurar o vínculo (AI n. 2005.008070-4, Rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 17-6-2005) – sem grifos no original.

Patente, pois, a necessidade do autor, uma vez que os valores que aufere da Previdência Social, mesmo somados com a ajuda que vem recebendo, mostram-se insuficientes a fazer frente a todos os gastos que tem.

Na outra ponta, passa-se a transcorrer sobre a possibilidade das requeridas.

A filha mais velha, S. E., separada de fato, recebe aposentadoria equivalente a um salário mínimo (fl. 136) e alega possuir dois filhos, uma menor de idade que ainda reside com ela. Além disso, há relatos de que ela ajuda a mãe doente com a compra de produtos alimentares e de higiene. Outrossim, às fls. 15-17, infere-se que, em tentativa de conciliação extrajudicial, ocorrida em janeiro de 2015, ela propôs o valor de R$ 100,00 (cem reais) como ajuda alimentar ao pai.

Em relação à requerida I. E., denota-se que ela trabalha em indústria, auferindo salário líquido, em outubro de 2015, de R$ 1.365,00 (mil trezentos e sessenta e cinco reais). Ademais, segundo suas próprias declarações, alinhadas com os depoimentos colhidos, ela é responsável por cuidar diretamente da Sra. C. E., residindo na casa ao lado, juntamente com seu marido, que também trabalha e compõe a renda do casal, e uma das filhas, ainda menor (fl. 142). Outrossim, tanto extrajudicialmente, como em sua contestação, ofertou os alimentos no importe de R$ 130,00 (cento e trinta reais) – fls. 17 e 60.

Quanto à J. E., além de não ter comparecido nos autos, não há maiores informações acerca de sua renda, composição familiar. Consta apenas uma observação, à fl. 15, de que ela não pode comparecer na conciliação extrajudicial por sofrer de alcoolismo.

Já a demandada S. E., é mãe solteira e mora com seu filho, que possui atualmente 20 (vinte) anos (fl. 163). Recebe cerca de R$ 2.000,00 (dois mil reais) como empregada (fl. 164). As pessoas ouvidas em audiência informaram que ela visita a mãe, embora não tão frequentemente, pelo fato de morar mais distante, mas não há indicações de auxílio material ou de seu grau de contribuição nesse aspecto. No documento de fl. 15, consta que ela ofereceu auxílio ao pai de R$ 50,00 (cinquenta reais).

Dessa feita, percebe-se que não há a alegada incapacidade financeira das requeridas. Além dos dados relatados, não parece crível a total ausência de condições de contribuir com o auxílio alimentar ao genitor, quando elas mesmas já haviam espontaneamente sugerido qual o montante que poderiam dispor para essa finalidade.

No que tange à fixação alimentar em si, compulsando-se os elementos de convicção existentes nos autos, conclui-se que não se pode acolher *in totum* a pretensão autoral, qual seja, de alimentos no patamar de R$ 1.000,00 (mil reais).

Isso porque, não se pode perder de vista o trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade, pois, não obstante a necessidade do alimentando, a fixação do pensionamento naquele valor poderia representar certo perigo à manutenção das próprias alimentantes, que vivem de forma simples e já fazem frente a diversos gastos pessoais e familiares relevantes. Ora, não é viável nem lógico, promover o bem estar do idoso às custas da ruína das filhas apeladas. Outrossim, elas não são as únicas responsáveis, pois a enteada, nomeada judicialmente a curadora judicial do demandante, Sra. N. P. M. também presta cuidados ao padrasto e gerencia seus proventos.

Colhe-se o seguinte entendimento desta Corte:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS. MÃE IDOSA E DOENTE. DECISÃO QUE FIXA OS ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM UM SALÁRIO MÍNIMO MENSAL. INSURGÊNCIA DA

> ALIMENTANDA. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DO FILHO A AUTORIZAR A MAJORAÇÃO DO ENCARGO AO PATAMAR DESEJADO. [...] VERBA ALIMENTAR QUE, SOMADA AO AUXÍLIO PRESTADO POR OUTRA FILHA E AOS POSSÍVEIS RENDIMENTOS DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO DA AGRAVANTE, ASSEGURAM A MANUTENÇÃO DA SUA DIGNIDADE.
>
> O direito alimentar da pessoa idosa traduz-se na mais pura expressão dos princípios da solidariedade familar e da reciprocidade, devendo, no entanto, seu balizamento, obedecer à regra geral da necessidade, possibilidade e proporcionalidade.
>
> Ao atender a esses critérios, deve-se levar em conta a capacidade contributiva do alimentante de modo a não causar sua ruína econômica [...]
>
> O princípio da solidariedade, aplicado na prática, não pode resultar em amparo de um membro da família em detrimento de outro, condenado à miserabilidade (AI n. 2012.077756-2, Rel. Des. Ronei Danielli, j. em 7-3-2013).

Dessa forma, com base no cenário probatório e, principalmente, levando em consideração a possibilidade individual de cada uma das apeladas, o mais recomendado é estabelecimento da obrigação alimentar em 10% (dez por cento) sobre a renda mensal de cada uma das filhas mais velhas S. E. e I. E., e o correspondente a 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos da filha mais nova, S. E., em ambos deduzidos os descontos obrigatórios, se incidirem.

Gize-se que, nos termos do art. 1.698 do CC, "sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos" associado ao teor do art. 12 do Estatuto do Idoso, (legislação específica), excepcionou-se a regra geral da divisibilidade e passou-se a configurar a solidariedade no arbitramento dos alimentos em prol de pessoas idosas. Por essa razão se justifica a

ausência de condenação da requerida J. E., uma vez não há elementos probatórios sobre sua situação.

As parcelas condenatórias juntas correspondem a cerca de 35% (trinta e cinco por cento) a 40% (quarenta por cento) do salário mínimo atual, quantia que, apesar de parecer ínfima e de não satisfazer completamente as despesas básicas do alimentado, não onera em demasia as alimentantes e, por conseguinte, atende a proporcionalidade exigida e o princípio da solidariedade familiar, preservando o mínimo de dignidade que ainda lhe resta.

Em razão da alteração de entendimento, com o acolhimento da pretensão autoral, ainda que a verba alimentar não tenha sido fixada no patamar inicialmente requerido, mister a inversão do ônus sucumbencial. Dessa feita, condena-se as requeridas ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre sua respectiva condenação, a teor do disposto no art. 85, § 2º do CPC/2015, ficando, no entanto, suspensa a sua exigibilidade diante do benefício da Justiça Gratuita a elas concedido.

À vista do exposto, o voto é para dar parcial provimento ao apelo.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0002659-93.2011.8.24.0020
Relator: Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONTRATUAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INADIMPLEMENTO PELO COMPRADOR DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE EM CONFERIR O NOME DA ANTIGA PROPRIETÁRIA E MÃE DOS VENDEDORES AO EMPREENDIMENTO A SER EDIFICADO. HOMENAGEM PÓSTUMA DOS HERDEIROS. PRETENSÃO AO CUMPRIMENTO ESPECÍFICO. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ. PLEITO RECURSAL DE AFASTAMENTO DO INADIMPLEMENTO DE CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO EM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. TESES DE CLÁUSULA SEM FORÇA OBRIGATÓRIA E DE INVIABILIDADE DE CUMPRIMENTO ESPECÍFICO. EMPREENDIMENTO PRONTO, ENTREGUE, REGISTRADO E INTEIRAMENTE OCUPADO POR TERCEIROS DE BOA-FÉ. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

– INTERESSE DE AGIR. Tem evidente interesse de agir o contratante que, ao verificar o descumprimento de disposição contratual, busca a tutela jurisdicional, fundado na alegação de inadimplemento, visando obter a execução específica do contrato e, subsidiariamente, a resolução deste.

– LEGITIMIDADE ATIVA. Baseando-se na premissa segundo a qual a legitimidade ativa consiste em um atributo jurídico que ressai daquilo que é concretamente debatido em juízo, *in casu*, é inequívoca a legitimidade do autor, sendo esta uma demanda que busca o integral cumprimento do negócio jurídico, tendo ele figurado como contratante.

– INADIMPLEMENTO. Configura inadimplemento contratual o descumprimento de cláusula acessória no contexto de contrato de compra e venda de imóvel, que previa como deveria se denominar o empreendimento a ser construído no terrreno vendido. Considerando as circunstâncias do negócio e a forma como regida a disposição negocial (com verbo no modo imperativo – "denominar-se-á"), é seguro afirmar que seu conteúdo tem força cogente, imperativa, e não meramente sugestiva, com alegou a contratante ré, a fim de afastar a configuração de inadimplemento contratual.

– TUTELA CONTRATUAL ADEQUADA. A conversão em perdas e danos, em substituição à execução específica da obrigação de fazer descumprida, é a solução mais adequada em tema de direito contratual, quando verificada onerosidade excessiva no cumprimento da obrigação primitiva. *In casu*, os óbices de ordem prática e jurídica ao cumprimento específico da obrigação consistiram, em síntese, nos conhecidos obstáculos existentes à alteração de denominação de empreendimento registrado, entregue e ocupado (com condomínio regularmente constituído) e, ademais, nos relevantes reflexos na esfera patrimonial e jurídica de um número elevado de terceiros de boa-fé, adquirentes das unidades habitacionais do referido empreendimento.

– RESOLUÇÃO CONTRATUAL. AFASTAMENTO. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL OU INADIMPLEMENTO MÍNIMO. Em sendo inconteste o adimplemento muito próximo do resultado final pretendido, a fim de evitar o sacrifício excessivo da esfera de direitos da contratante ré e de terceiros de boa-fé, deve ser afastada, como solução minimamente adequada à presente lide, a aventada resolução contratual, privilegiando-se a manutenção do contrato.

– INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. MODALIDADE DANO MORAL. INADIMPLEMENTO DE

CLÁUSULA QUE ATINGIU A ESFERA MORAL DA PARTE CREDORA. Tratando-se de cláusula cujo descumprimento atinge tão somente a esfera moral da parte lesada (sem reflexos patrimoniais propriamente ditos), substitui-se a obrigação de fazer por indenização por perdas e danos, observados os parâmetros legais e jurisprudenciais para fixação de compensação pecuniária por danos morais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0002659-93.2011.8.24.0020, da comarca Criciúma 4ª Vara Cível em que é Apelante Criciúma Construções Ltda e Apelado Francisco Carlos Balthazar.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade,

conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Joel Figueira Júnior e Des. Cesar Abreu.

Florianópolis, 9 de março de 2017.

Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo
Relator

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de fls. 102-114, da lavra do Magistrado Luiz Henrique Bonatelli, que apresentou devidamente os contornos da controvérsia e o desenrolar do trâmite processual. *In verbis*:

> Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada por Francisco Carlos Balthazar em desfavor de Criciúma Construções Ltda, alegando, em síntese, que firmou com a ré no ano de 2005 um contrato de compra e venda de um imóvel, consistente em um terreno urbano com uma casa edificada (contrato, fls. 06-12).
>
> Adverte que referidos bens (terreno e casa) foram a herança deixada pelos pais do autor a este e seus irmãos que, além do valor comercial, os bens em questão tem estimado valor sentimental pois foi neste local que passaram a infância com os pais.

Diz que uma das exigências que solicitou, quando da venda, é que o empreendimento que seria edificado no local deveria levar o nome da mãe dos herdeiros Elody Balthazar, que inclusive foi objeto de cláusula contratual específica.

Todavia, mesmo diante da avença expressa, alega que tal obrigação não veio a ser cumprida pela ré, pois no local está sendo edificado o Residencial Lauro Muller.

Busca assim em juízo que a ré cumpra a estipulação contratual para denominar o empreendimento de "Residencial Elody Balthazar". Valorou a causa em R$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais). Pleiteou os requerimentos de estilo, clamando, ao arremate, pela procedência dos pedidos iniciais. Juntou documentos (fls. 05-19).

Citada, a requerida apresentou defesa a tempo e modo, alegando, proemialmente, a falta de interesse processual, pois entende que a incorporação imobiliária já foi registrada, com a convenção do condomínio, não dispondo assim de meios legais para modificá-la.

Ainda de forma preliminar, assenta a ilegitimidade ativa "ad causam", pois o registro da incorporação foi realizado em 11 de novembro de 2008, sendo unicamente dos proprietários das unidades autônomas a faculdade de deliberarem a respeito da modificação do nome do Edifício de Residencial Lauro Muller 550 para aquele mencionado pelo autor.

No mérito, assenta que efetivamente a venda do imóvel mencionado na exordial perfectibilizou-se através de instrumento particular de compromisso de compra e venda de imóvel, sendo que o preço ajustado de R$ 442.787,39 (quatrocentos e quarenta e dois mil, setecentos e oitenta e sete reais e trinta e nove centavos) veio a ser integralmente pela ré.

Diz que a cláusula mencionada pelo autor de que o empreendimento que seria edificado no imóvel deveria levar o nome de sua mãe é uma mera liberalidade da construtora, revestida de caráter meramente informativo.

Continua mencionando que a incorporação já foi totalmente registrada e as unidades alienadas a terceiros, logo agora a modificação do nome não

> depende mais de sua alçada. Juntou documentos pleiteando, ao final, a improcedência dos pedidos iniciais.
>
> Intimado, o requerente apresentou réplica reeditando os argumentos aventados na inicial.

Ao sentenciar antecipadamente o feito, o Juiz do primeiro grau afastou as preliminares de (1) falta de interesse de agir porque verificado o potencial prejuízo a ser tutelado em Juízo, assim como de (2) ilegitimidade ativa *ad causam*, por figurar o autor como vendedor no contrato levado à discussão. No mérito, confirmou a tese inicial de descumprimento pela requerida do Item III, §2.º, do contrato de compra e venda de fls. 6-13, e julgou procedente o pedido central da ação para, em resumo, condenar a construtora ré a cumprir o disposto na mencionada cláusula e renomear o edifício construído sobre o terreno para "Residencial Elody Banthazar", sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 em caso de descumprimento após 30 dias. Ficou prejudicado o pedido sucessivo de resolução do contrato por inadimplemento.

Na sequência, interpôs a requerida apelação (fls. 118-130).

Em suas razões, repisou a Construtora Criciúma Ltda. os argumentos preliminares que enumerou na contestação, de: (1) *falta de interesse de agir* ao argumento de ser o Item III § 2.º do contrato de fls. 6-13 meramente sugestivo e que seu desacatamento não sugere qualquer prejuízo a ser tutelado judicialmente; assim como (2) ilegitimidade ativa *ad causam* do autor, que por não ser proprietário de qualquer das unidades de apartamento do edifício construído no terreno, não detém legitimidade para, em seu nome, postular alterações no empreendimento.

No mérito, limitou-se a afirmar que (3) o Item III §2.º do contrato não detém natureza impositiva, mas sim, sugestiva, e que, por tal razão, não pode ser declarado inadimplente. Com base nisso, postulou pelo provimento do apelo e consequente reforma da sentença combatida, para que seja julgada improcedente a demanda.

Sucessivamente, (4) caso mantida a sentença no mérito e o inadimplemento de sua parte, requereu que a obrigação de fazer traduzida no Item III §2.º do contrato de compra e venda seja convertida em indenização por perdas e danos ante a impossibilidade de exequibilidade da obrigação principal, o que fez com fundamento no previsto no art. 633 do Código de Processo Civil de 1973, então vigente.

Sem contrarrazões (fl. 137).

Em petitório de fl. 167, manifestou-se a parte autora também pela conversão da obrigação de fazer em indenização por perdas e danos, caso configurada a aventada impossibilidade de seu cumprimento nos termos em que pleiteados.

Este é o relatório.

VOTO

O recurso atende aos seus pressupostos de admissibilidade.

Cuidam os autos de recurso de apelação interposto por Criciúma Construções Ltda. em face da sentença de procedência da ação de obrigação de fazer movida contra si por Francisco Carlos Balthazar, que assim dispôs:

> [...]
>
> Ante o exposto:
>
> – Julgo procedente o pedido formulado por Francisco Carlos Balthazar em face de Criciúma Construtora Ltda., para o fim de condenar a requerida a denominar o empreendimento objeto do contrato firmado entre os litigantes de "Residencial Elody Balthazar", no prazo máximo de até 30 (trinta) dias a partir da publicação da presente decisão, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais) por dia de atraso, limitada ao valor total objeto do contrato (R$ 442.787,39 – quatrocentos e quarenta e dois mil, setecentos e oitenta e sete reais e trinta e nove centavos) na forma do art. 461, §§4º e 5º do Código de Processo Civil, devendo

> tomar todas as providências necessárias (inclusive junto a terceiros) para cumprir integralmente a presente decisão.
>
> – Condeno a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigido monetariamente a partir da presente decisão e com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado do presente *decisum*, considerando o zelo profissional e o trabalho realizado pela nobre causídica, atendidos assim os requisitos legais do artigo 20, parágrafo 4º do Código de Processo Civil, já considerado o julgamento antecipado da lide.

Passo à análise do apelo interposto, examinando as matérias por ordem de prejudicialidade.

I. Da Falta de Interesse de Agir

No tocante à aventada falta de interesse de agir, alega a recorrente que o empreendimento foi regularmente denominado "Residencial Lauro Muller" por força de Incorporação Imobiliária, e sua alteração apenas poderia ser requerida mediante Assembleia Geral pelos condôminos proprietários das unidades de apartamento.

Requereu, em sendo assim, a extinção da demanda.

No ponto, sem razão a insurgente.

Cada espécie de ação reclama um interesse de agir pontual e específico, constituído pela soma da **necessidade e utilidade** da tutela jurisdicional com a **adequação** do procedimento eleito.

Ou seja, o legítimo interesse jurídico de agir ressai da necessidade que tem o postulante de invocar, com fundamentos plausíveis e razoáveis, a via jurisdicional eleita.

Acerca do binômio, a jurisprudência desta Corte de Justiça:

> DIREITO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA D E INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. APÓLICE DE SEGURO.

> COBERTURA POR MORTE DE TERCEIRO (PASSAGEIRO). DEMANDA INTENTADA DIRETAMENTE CONTRA A COMPANHIA DE SEGUROS. INTEGRAL ACOLHIDA DOS PEDIDOS PORTAIS.
>
> [...]
>
> 2 – **O interesse de agir ou interesse processual é integrado pelo binômio adequação-necessidade, fazendo-se ele presente quando a via processual eleita mostra-se apta ao alcance da pretensão aviada,** com a necessidade do pronunciamento jurisdicional sendo inferível da acirrada resistência oposta ao pedido na contestação, o que torna totalmente irrelevante à não formalização, pelo autor, de prévio pedido de cobertura securitária no plano administrativo. (TJSC, Apelação CÍvel n. 2014.039260-7, de Campos Novos, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 12-02-2015). (grifei)

No caso em tela, evidente a necessidade do autor/apelado, titular de direitos e obrigações que emanam de um contrato válido, obter a prestação da tutela jurisdicional fundado em eventual inadimplemento de obrigação, munido de técnica processual capaz de inaugurar o debate acerca da existência ou não de lesão a direito subjetivo que alega violado.

Evidenciado o interesse do recorrido no cumprimento integral do contrato de compra e venda, nego provimento ao recurso na extensão.

II. Da Ilegitimidade ativa *ad causam*

De igual modo, deve ser arredada a invocada ilegitimidade do autor para compor o polo ativo da demanda, ao argumento de não ser ele proprietário de qualquer dos apartamentos edificados sobre o terreno e, por isso, não ter qualificação para requerer a retificação do nome do empreendimento.

De forma simplificada, é seguro afirmar que a legitimidade ativa consiste em um atributo jurídico que ressai daquilo que é concretamente debatido em juízo.

Nos autos, há prova suficiente de que o autor Francisco Carlos Balthazar figurou como vendedor de um terreno em contrato celebrado com a empresa Criciúma Construções Ltda. e, em razão disso, é parte legítima para debater os termos do contrato, eventual inadimplemento, assim como o cumprimento integral da avença.

Na hipótese, atua judicialmente a parte autora com respaldo em

cláusula contratual, sem denotar qualquer tentativa de exercer direito exclusivo de condôminos, como quer fazer crer a empresa apelante.

Dito isso, conheço do recurso no ponto e nego-lhe provimento. Ultrapassadas as prejudiciais acima enumeradas, passo à análise do cerne do apelo.

III. Mérito

Trata-se de recurso de apelação interposto pela requerida Criciúma Construções Ltda., com o fito de reformar a sentença de procedência da demanda proposta em seu desfavor.

Em suas razões, afirmou que o Item III §2.º do contrato não detém natureza impositiva, mas sim, sugestiva, razão pela qual não há inadimplemento.

Sucessivamente, se mantida a sentença no que toca à configuração de seu inadimplemento, requereu a apelante a conversão em indenização por perdas e danos da obrigação de fazer trazida no Item III §2.º do contrato de compra e venda, ante a impossibilidade de cumprimento da obrigação principal nos termos em que requeridos, o que fez com fundamento no previsto no art. 633 do Código de Processo Civil de 1973, então vigente.

Em suma, cinge-se a controvérsia em (1) identificar se o Item III, §2.º, do Instrumento Particular de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel (fls. 6-12) possui natureza sugestiva ou impositiva às partes, com

o fito de verificar a configuração do alegado inadimplemento por parte da requerida; (2) identificar a tutela contratual mais adequada para o caso, o que passa (2.1) pelo exame da possibilidade de efetivo cumprimento específico da obrigação de fazer e, caso acolhida a tese de impossibilidade de retificação do nome do empreendimento pela via judicial, (2.2) pela análise das alternativas de manutenção do contrato (com a conversão da obrigação de fazer específica em indenização por perda e danos) ou da resolução deste (com a restituição as partes ao *status quo ante*).

III.I. Do Inadimplemento - Da natureza impositiva de cláusula contratual (obrigação de fazer) e seu efetivo descumprimento pela apelante Criciúma Construções Ltda.

Introdutoriamente, sublinho que a controvérsia posta em liça torna imprescindível, ao seu melhor desate, a acurada análise do elemento volitivo que ressai do item III, § 2.º ,do contrato de compra e venda em debate (fls. 6-12), que segue abaixo transcrito:

> [...]
>
> **III – DO OBJETO**
>
> [...]
>
> §2.º Sobre o terreno acima descrito, a **Promitente Compradora** promoverá uma incorporação imobiliária, de acordo com a Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e construirá sobre o referido terreno, objeto do presente instrumento, um edifício, com recursos próprios e às suas expensas, de acordo com a legislação em vigor e posteriores alterações. **Denominar-se-á RESIDENCIAL ELODY BALTHAZAR. (grifei)**

O Togado *a quo*, no ponto, utilizando-se da melhor técnica, concluiu que a cláusula em epígrafe não possui teor meramente sugestivo, ao contrário, detém clara e inconteste imposição de obrigação de fazer decorrente do acordo pactuado livremente entre partes.

Deste posicionamento dissentiu a construtora apelante nas razões

do apelo interposto, sob fundamento de que o nome do edifício foi mera sugestão da parte vendedora, não constituindo condição ou imposição de qualquer espécie. Repisa, pois, sua tese defensiva de ausência de inadimplemento de sua parte.

Adianto, sem razão no ponto.

O Magistrado de primeiro grau tratou com maestria a questão e, como medida de simplicidade e economia processual, visando também driblar a tautologia, transcrevo os bem lançados termos da sentença no que toca especificamente à análise da transcrita cláusula e de seu elemento volitivo, às fls. 102-114. *Verbis:*

> [...]
>
> **3. Mérito**
>
> Efetuadas as presentes digressões, relativamente ao cerne do caderno processual, tenho que os argumentos aventados pelo requerente merecem guarida legal.
>
> Ressai dos autos que efetivamente o requerente (por si e representando os irmãos) negociou um imóvel (terreno e residência) com a requerida, sendo este bem herança deixada por seus pais, pelo valor de R$ 442.787,39 (quatrocentos e quarenta e dois mil, setecentos e oitenta e sete reais e trinta e nove centavos) – cláusula IV, do preço da venda, fl. 08.
>
> As partes contratantes são capazes e conhecedoras de seus direitos e obrigações, logo se considera o contrato perfeito, acabado e concluído, conhecido juridicamente e denominado como ato jurídico perfeito, pois corroborado pela manifestação livre e consciente da vontade das partes.
>
> Carlos Roberto Gonçalves assenta que:
>
> "A vontade é pressuposto básico do negócio jurídico e é imprescindível que se exteriorize. Do ponto de vista do direito, somente vontade que se exteriorize é considerada suficiente para compor suporte fático de negócio jurídico. A vontade que permanece interna, como acontece com

a reserva mental, não serve a esse desiderato, pois que de difícil, senão impossível, apuração. A declaração de vontade é, assim, o instrumento da manifestação da vontade. (fl. 310_

"(...)

" Para que o negócio jurídico produza efeitos, possibilitando a aquisição, modificação ou extinção de direitos, deve preencher certos requisitos, apresentados como os de sua validade. Se os possuir, é válido e dele decorrem os mencionados efeitos, almejados pelo agente (Direito Civil Brasileiro. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1. pags. 310, 317)".

Ao tratar da "vontade" como fundamento da força obrigatória dos contratos, Anelise Becker destaca:

"O contrato obrigaria tão somente porque é um contrato, ou seja, um acordo livre de duas vontades naturalmente criadoras de direito. A vontade das partes formaria a obrigação contratual e determinaria o seu objeto e extensão porque é a sua força criadora; o legislador apenas deveria intervir para sancionar a obra das partes, pois o contrato faria lei entre estas, o juiz, a fim de determinar seu conteúdo e a extensão de sua força criadora; o legislador apenas deveria intervir para sancionar a obra da partes, pois o contrato faria lei entre elas, e o juiz, a fim de determinar seu conteúdo e a extensão de sua força obrigatória, haveria de interpretá-lo segundo a sua intenção, verificando apenas se o consentimento foi livre e isento de vícios.

A essência do contrato, portanto, seria o consentimento e, em princípio, reinaria a liberdade contratual (Teoria Geral da Lesão nos Contratos. São Paulo: saraiva, 2000, pgs. 22/23)."

Colhe-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. INSTRUMENTO PARTICULAR FIRMADO ENTRE AS PARTES CUJAS CLÁUSULAS CONTEMPLAM A PARTILHA DE BENS E RENÚNCIA AOS ALIMENTOS. RECONHECIMENTO DA NULIDADE DE REFERIDO DOCUMENTO. VIA IMPRÓPRIA. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO PEDIDO

OU CAUSA DE PEDIR NO CURSO DO PROCESSO, NOS TERMOS DO ARTIGO 264, DO CPC. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUALQUER VÍCIO QUE POSSA EIVAR DE NULIDADE O PACTO FIRMADO. CONTRATO CELEBRADO ENTRE PESSOAS MAIORES E CIVILMENTE CAPAZES. NEGÓCIO JURÍDICO PERFEITO E ACABADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.019761-3, de São José, rel. Des. Saul Steil, j. 05-07-2011).

Do contrato entabulado entre as partes , na cláusula III, §2.º extrata-se:

"III – DO OBJETO

(...)

§ 2.º - Sobre o terreno acima descrito, a **Promitente Compradora** promoverá uma incorporação imobiliária, de acordo com a Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e construirá sobre o referido terreno, objeto do presente instrumento, um edifício, com recursos próprios e às suas expensas, de acordo com a legislação em vigor e posteriores alterações. Denominar-se-á **RESIDENCIAL ELODY BALTHAZAR** (fl. 08, grifos no original)".

O residencial com o nome da mãe do autor foi mencionado em letras maiúsculas e em negrito, ou seja, evidentemente para chamar a atenção quanto à sua observância, evitando assim que seja descumprida por possível desatenção na leitura das cláusulas contratuais.

O verbo utilizado foi "Denominar-se-á", ou seja, sinônimo de "1. Por nome em, designar, nomear" (sinônimos extraídos do dicionário Aurélio, disponível em: http://tjdicionario.tjsc.jus.br/aurélio>. Acesso em 29/03/2015, às 17h10min), estando conjugado no futuro do presenta do indicativo, indica certeza de que o fato ocorrerá no futuro, diversamente se estivesse conjugado no subjuntivo (indicando dúvida) ou mesmo no imperativo (indicando ordem), conforme as mais basilares lições da língua portuguesa.

Aliás, nesse sentido Renata Carone Sborgia destaca:

> "O modo indicativo apresenta o fato como certo, preciso, seja ele passado, presente ou futuro. (...) O modo subjuntivo apresenta o fato como incerto, duvidoso (...) imperativo indicado pedido, ordem." (Português sem segredos. 2 ed. São Paulo: Mabras, 2007) (grifei).
>
> Não há dúvida, assim, que a cláusula se reveste de força cogente, imperativa, logo deveria ser observada fielmente pela requerida. Caso contrário, poderia ser utilizado no referido instrumento contratual um verbo indicando dúvida, como *ad exemplum "poderá"*.
>
> Por evidente, então, que despicienda a discussão se a cláusula de denominar o objeto do contrato com o nome da mãe do autor era mera liberalidade ou condição, porque a Cláusula foi inserida, como dito acima, de modo imperativo, certa, determinada, e, por isso, devia ser cumprida!
>
> Todavia, não foi isto que ocorreu!
>
> Assim, inadvertidamente a requerida não cumpriu a avença tendo nominado o empreendimento de Residencial Lauro Muller 550 (fl. 53), o que não pode subsistir. (grifei)

Destaco, por oportuno, que a adoção da fundamentação *per relationem* no acórdão, com a transcrição de sentença ou parecer, em complemento às próprias razões de decidir, é técnica cuja legitimidade jurídicoconstitucional é reconhecida há muito pelas Cortes Superiores, entendimento que não sofreu alteração com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil.

Em suma, e sob o enfoque da preservação máxima da intenção depositada pelos contratantes no negócio jurídico que pactuaram, é seguro afirmar que o item III, §2.º, da avença de fls. 6-12 possui força cogente, imperativa, e, portanto, sua não observância **configura o inadimplemento contratual anunciado na peça de entrada.**

Pelo exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo a sentença por seus exatos fundamentos no que toca à verificação do inadimplemento contratual.

III.II Da Tutela Contratual Mais Adequada

Mantido o reconhecimento da inadimplência da apelante Criciúma Construções Ltda., adianto que a solução prática dada pelo togado de primeiro grau ao caso merece reparo. Antes, contudo, passo a breves e necessárias considerações.

Dos pedidos enumerados na petição inicial, ressaem os contornos do objetivo da demanda, quais sejam: (a) **pedido principal: manutenção do contrato pelo cumprimento específico da obrigação de fazer, consistente na alteração do nome do edifício Residencial Lauro Muller 550, para que conste como Residencial Elody Balthazar, ou, (b) pedido sucessivo: a resolução do contrato por inadimplemento e o retorno das partes ao *status quo ante*.**

Importante ressaltar, de plano, a inexistência de pedido de declaração de nulidade do contrato, tratado como juridicamente perfeito pelas partes, sem a menção de qualquer vício.

Dito isso, recordo que a sentença foi proferida no sentido de acolher o pedido principal formulado pela parte autora e determinar que a requerida/apelante procedesse ao cumprimento específico da obrigação reclamada, prevista no item III, § 2.º, do contrato de compra e venda, mediante a alteração do nome do edifício e a tomada das providências cabíveis e necessárias perante terceiros.

Como dito anteriormente, a irresignação manifestada no apelo volta- se à reforma da sentença também nesse ponto.

Argumenta a recorrente que o empreendimento encontra-se acabado e incorporado no registro de imóveis competente, sob a rubrica "Residencial Lauro Muller 550", cuja alteração, segundo afirma, apenas pode ser efetivada pelos atuais proprietários das unidades de apartamentos, por meio de Assembleia Geral, nos termos do art. 1.351 do Código Civil, que assim dispõe:

> Art. 1.351. Depende de aprovação de 2/3 (dois terços) dos votos dos condôminos a alteração da convenção; a mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária, depende da aprovação pela unanimidade dos condôminos.

Requereu, nesse viés de argumentação, que, mesmo reconhecido o inadimplemento, fosse mantido (e não resolvido) o contrato com a conversão da obrigação de fazer em indenização por perdas e danos (alternativa também chancelada pelo autor, em manifestação nesse grau de jurisdição, para a hipótese de provimento parcial do recurso).

Com razão a construtora apelante no ponto.

De início, transcrevo o comando judicial ora guerreado, para melhor elucidar a questão:

> [...]
>
> O fato de ser registrada a incorporação (fl. 53), inclusive com a convenção
>
> de condomínio (fl. 65), não pode ser utilizado para desnaturar ou impedir o reconhecimento do pleito inaugural, pois a requerida (friso, já no mercado a mais de 22 anos) poderia acautelar-se para evitar o registo da incorporação, bem como a convenção do condomínio e venda das unidades a terceiros, sem cumprir a clausula do contrato quanto ao nome do empreendimento.
>
> O fato de alegar que "estando o empreendimento integralmente comercializado, não dispondo a Ré de meios legais para modificá-la" (fl. 26), apenas comprova o anseio da empresa pela venda do empreendimento e a obtenção de lucro, mesmo diante do desrespeito da referida cláusula contratual.
>
> Não se trata, também, de "intervir no direito de propriedade da Ré", como alegado à fl. 31, pois a requerida continua com o direito de uso, gozo e fruição consagrados no artigo 1228 do Código Civil. O que se obtempera, apenas, é o respeito ao contrato e a própria vontade manifestada pela ré através de seu representante quando da efetivação da avença.

> De outro lado, nada obstante a incorporação realizada, a ré juntou aos autos apenas uma "MINUTA DA FUTURA CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO RESIDENCIAL LAURO MULLER 550", conforme documentos de fls. 65-63, sem, entretanto, acostar aos autos qualquer documento formal de entrega do condomínio, muito menos da primeira assembleia geral ordinária, para aprovação da minuta anteriormente referida, pelo menos não se tem notícia da entrega até a data do protocolo desta ação.
>
> Assim, deverá ela, requerida, tomar todas as providências (inclusive junto a terceiros), para que o nome do empreendimento seja "Residencial Elody Balthazar', consoante se obrigou em contrato.
>
> Trata-se de obrigação de fazer que deve ser cumprida a tempo e modo.
>
> [...]

Diante da necessidade de se estabelecer uma correlação lógica entre a prestação jurisdicional visada pela parte autora e a realidade fática e material comprovada nos autos, sublinho, por oportuno, que é incontroverso nos autos que sobre o terreno objeto do contrato de compra e venda ora debatido foi efetivamente edificado um empreendimento denominado "Residencial Lauro Muller 550", devidamente registrado no Cartório competente (incorporação imobiliária - fls. 88-90), tendo sido todas unidades de apartamentos alienadas.

Considerando todo o exposto, em razão da existência de diversas barreiras de ordem prática e jurídica ao cumprimento atual da obrigação primitiva de nomear o empreendimento da forma prevista no contrato, e tendo em conta, ainda, os importante reflexos que tal alteração ocasionaria na esfera jurídica e patrimonial de um número significativo de pessoas (adquirentes dos apartamentos, todos terceiros de boa-fé), no meu entender, é inarredável a conclusão de que tal prestação, por fato superveniente e absolutamente imputável ao devedor, tornou-se "impossível", o que conduz, como quer a apelante, à solução de manutenção do

contrato e de sua execução não específica, mas pelo equivalente pecuniário.

Sobre o tema, lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald em sua doutrina:

> **4.5.2 A impossibilidade superveniente da prestação**
>
> A primeira conjuntura que impele a obrigação ao inadimplemento é a impossibilidade superveniente. Há impossibilidade da prestação quando esta não for realizável em razão de barreiras de ordem física ou jurídica, seja por ter perecido, seja por exigir esforços extraordinários, injustificáveis em face das circunstâncias do vínculo concreto. Esta impossibilidade poderá preceder a constituição, quando será tida como originária ou genética, ou será posterior a ele, sendo então denominada *superveniente*. A impossibilidade originária conduz à invalidade do negócio jurídico (art. 166, II, CC), sendo, pois, tratada na parte geral do direito civil. A seu turno, a impossibilidade superveniente configura hipótese de inadimplemento.
>
> (Farias, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Contratos / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald – 6. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JvsPodivm, 2016. pp. 590-591.)

Reconhecida a atual "inviabilidade" de cumprimento da obrigação específica, cuidando-se de impossibilidade imputável ao devedor (que deliberadamente descumpriu a disposição contratual), restariam ao credor duas alternativas – a de conservar o contrato e promover a execução pelo equivalente (opção que tem total prioridade no ordenamento jurídico pátrio) ou, então, a de exercer o direito de resolução com a extinção do vínculo contratual (o que, por razões semelhantes às expostas acima, tampouco é desfecho adequado à controvérsia).

A exclusão do direito à resolução, *in casu*, ocorre pela incidência da Teoria do Adimplemento Substancial (ou Inadimplemento Mínimo) e,

por decorrência lógica, de seus princípios basilares, de matiz axiológica constitucional, da boa-fé objetiva, da proporcionalidade e da função social do contrato.

De acordo com a mencionada teoria, verificado o mínimo descumprimento ou o cumprimento muito próximo do resultado final, afasta-se o direito potestativo de resolução, mantendo-se o contrato e, em paralelo, buscando-se tutela adequada para o adimplemento da parcela faltante (seja pela execução específica, seja por sua conversão em equivalente pecuniário).

Sobre o adimplemento substancial, essa é a doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald em sua doutrina:

> [...] Hipótese recorrente desse desleal exercício de direitos é aferida na figura do adimplemento substancial do contrato. Aqui é possível impedir o exercício do direito potestativo de resolução por parte do credor em face de um mínimo descumprimento da obrigação. O desfazimento do contrato acarretaria sacrifício desproporcional comparativamente à sua manutenção, sendo coerente que o credor procure a tutela adequada à percepção das prestações inadimplidas. Como bem adverte Araken de Assis, o juiz apreciará a existência do inadimplemento e a sua gravidade, sendo natural que em alguns casos repute o descumprimento minimamente gravoso e pouco prejudicial ao projeto de benefícios recíprocos previstos no contrato. Destarte, em tais situações de lesão ao princípio da boa-fé objetiva, é possível se atender ao pedido subsidiário de cumprimento, evitando o sacrifício excessivo do devedor em face do pequeno vulto do débito.
>
> (Farias, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Contratos / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald – 6. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JvsPodivm, 2016. p. 601)

E sendo esta uma teoria absolutamente calcada nos influxos da boa- fé como parâmetro limitador do direito estrito, quando da verificação das hipóteses de aplicação e da caracterização do adimplemento substancial, considerar-se-á muito mais do que aspectos

quantitativos, mas também os qualitativos, levando-se em conta não só o sacrifício excessivo de uma parte contratante, mas também de terceiros de boa-fé.

Oportuna a transcrição da doutrina especializada, de Eduardo Luiz :

> A indagação quanto à extensão, à intensidade e às demais características do inadimplemento é que conduz à sua adjetivação como sendo ou não de "escassa importância".
>
> É o que se buscará neste momento. Contudo, antes disso, é necessário fazer uma advertência: **a verificação da importância ou não importância do inadimplemento há de ser feita diante do caso concreto, ou seja, diante da situação de fato ocorrida, ponderando os interesses em jogo, a conduta das partes e de todas as demais circunstâncias que no caso se mostrarem relevantes.** (BUSSATA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 106). (grifei)

No caso concreto, de um lado, é inconteste o pagamento integral do contrato pela construtora apelante no valor total de R$ 442.787,39 (quatrocentos e quarenta e dois mil, setecentos e oitenta e sete reais e trinta e nove centavos), para compra do imóvel. De outro lado, incontroverso também o inadimplemento da construtora em cumprir com o disposto no item III §2.º do contrato: nomear o empreendimento como "Residencial Elody Balthazar".

Em complemento, mostra-se oportuna a ressalva - não se nega o expressivo grau de importância da obrigação trazida pelo item III § 2º do contrato, assim como dos reflexos de seu inadimplemento aos herdeiros da falecida Sra. Elody Balthazar, cuja intenção, ao editar referida cláusula, era, tão somente, a de homenagear sua falecida mãe e perpetuar no local o valor sentimental agregado ao imóvel, onde conviveram por tantos anos até o seu óbito.

Entretanto, sem diminuir o merecimento da falecida à pretendida homenagem ou a grandeza da intenção de seus herdeiros, observo, pelo viés da subjetividade do caso, que desfazer o contrato com a natural determinação de retorno das partes ao estado anterior ao da avença, por outro lado, traduziria na imposição de prejuízos relevantes às partes e a um número expressivo de terceiros. Isso porque o desfazimento pretendido não acarretaria apenas simples devolução de valores ou perdas e danos pelo transtorno causado, mas todo um processo de desocupação (e indenização) de um empreendimento integralmente negociado a terceiros de boa-fé para sua moradia.

Por esses fundamentos, em sendo inconteste o adimplemento **muito próximo do resultado final pretendido, a fim de evitar o sacrifício excessivo da esfera de direitos da contratante ré e de terceiros de boa-fé, deve ser afastada, como solução minimamente adequada à presente lide, a aventada resolução contratual, privilegiando-se a manutenção do contrato e promovendo-se o cumprimento deste pela via do substitutivo patrimonial da prestação que se inviabilizou.**

Do ponto de vista material, incide na hipótese a norma do art. 234 do Código Civil:

Art. 234. Se no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; **se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.**

E, sob o viés processual, o direito ao equivalente monetário quando obstado o cumprimento da obrigação pela forma específica, consta no art. 499 do Código de Processo Civil vigente (equivalente ao art. 461, §1º, do CPC/1973).

In verbis:

Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Ante todo o exposto, dou provimento ao recurso na extensão para afastar o comando sentencial que determinou a execução específica do contrato, convertendo a obrigação em indenização pelo equivalente pecuniário.

IV Do *quantum* indenizatório

Finalmente, passo à análise do montante substitutivo da obrigação de fazer que se inviabilizou.

Considerando a natureza da obrigação descumprida (de fazer) e, sobretudo, o conteúdo da cláusula contratual desrespeitada (que previa a nominação da incorporação imobiliária), assim como a intenção que a ela dera lugar (de homenagem à antiga proprietária do terreno e falecida mãe dos vendedores), o equivalente monetário, *in casu*, consiste em indenização por danos morais.

E, como é cediço, a mensuração do abalo psíquico deve considerar as particularidades do caso, sopesando-se a situação econômica das partes, o grau de culpa da parte ofensora, a extensão do dano e sua repercussão. Aliado a isso, ainda, deve a indenização sempre refletir a justiça que o caso requer, sem perder o caráter de razoabilidade e proporcionalidade.

A tarefa, portanto, é árdua.

Não existe na legislação vigente qualquer prefixação que oriente o julgador. Há apenas o consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o magistrado deva seguir a trilha do bom senso, da moderação e da prudência, tendo sempre em mente que, se por um

lado, a indenização deve ser a mais completa possível, por outro não pode se tornar fonte de lucro indevido.

Dito isso, na hipótese em análise, e considerando especialmente o sofrimento oriundo da frustração da tão planejada homenagem póstuma à mãe, considero indenização razoável e proporcional o montante equivalente a R$ 100.000,00 (cem mil reais), acrescido de juros de mora da citação e correção monetária a contar da publicação deste acórdão, valor a ser dividido entre todos os vendedores do imóvel, filhos da falecida Sra. Elody Balthazar, na demanda, representados pelo autor.

V - Da Sucumbência

O parcial provimento do recurso nessa instância não surte reflexos no exame de sucumbência no processo, tendo em vista a resolução da lide integralmente em favor da parte autora/recorrida, razão pela qual a respectiva condenação segue na forma como fixada na sentença.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar- lhe parcial provimento para converter a obrigação de fazer inadimplida em indenização por perdas e danos, arbitrada em R$ 100.000,00 (cem mil reais), acrescida de correção monetária a contar da publicação do presente acórdão e de juros de mora de 1% a.m. da citação.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 0033388-89.2016.8.24.0000, de Lages
Relator: Desembargador Rodolfo C. R. S. Tridapalli

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO RENOVATÓRIA DE LOCAÇÃO COMERCIAL JULGADA IMPROCEDENTE.

DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINA QUE A CORREÇÃO MONETÁRIA SEJA CALCULADA DE ACORDO COM OS ÍNDICES DA POUPANÇA (TR + JUROS DE 0,5% AO MÊS).

INSURGÊNCIA DA DEVEDORA. ALEGAÇÃO DE QUE APENAS A TR (TAXA REFERENCIAL) É ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA DA POUPANÇA E QUE A APLICAÇÃO DO ADICIONAL DE JUROS DE MEIO PONTO PERCENTUAL IMPLICARIA NA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS, EM VIOLAÇÃO À COISA JULGADA.

CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES QUE PREVIA COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO A VARIAÇÃO DO ÍNDICE DA POUPANÇA. SENTENÇA QUE AVALIZOU O CRITÉRIO DE REAJUSTE CONVENCIONADO ENTRE AS PARTES. ART. 12 DA LEI 8.177/91, QUE PREVÊ COMO REMUNERAÇÃO DA POUPANÇA, NÃO APENAS A TAXA REFERENCIAL, MAS SIM A TR ACRESCIDA DE JUROS DE 0,5 % AO MÊS. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO, EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, DA FORMA DE CORREÇÃO CONTRATADA PELAS PARTES E REFERENDADA PELO TÍTULO JUDICIAL EXEQUENDO.

ALEGADA NECESSIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO DA PERÍCIA JUDICIAL. DISPENSABILIDADE. DISCREPÂNCIA ENTRE OS CÁLCULOS FORMULADOS PELAS PARTES QUE DECORRIA JUSTAMENTE DA DISSIDÊNCIA ACERCA DO ÍNDICE ADOTADO PARA O CÁLCULO DA CORREÇÃO MONETÁRIA. *QUANTUM DEBEATUR* QUE, A PRINCÍPIO, PODE SER ENCONTRADO POR CÁLCULOS ARITMÉTICOS.

PENHORA PELO SISTEMA BACEN-JUD. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO QUE VISA GARANTIR À SATISFAÇÃO DO CREDOR. PENHORA DE DINHEIRO QUE OCUPA POSIÇÃO PRIORITÁRIA NA ORDEM LEGAL DE CONSTRIÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 835, § 1°, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

MULTA DO ART. 523, § 1° DO CPC/2015. INCIDÊNCIA DESDE O MOMENTO EM QUE O DEVEDOR, INTIMADO, DEIXA DE CUMPRIR VOLUNTARIMENTE A OBRIGAÇÃO QUE LHE FOI IMPOSTA EM TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. INAFASTABILIDADE DA MULTA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0033388-89.2016.8.24.0000, da comarca de Lages 4ª Vara Cível em que é Agravante Dimed S/A - Distribuidora de Medicamentos e Agravada Maria de Lourdes Ribas.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmo. Sr. Des. Gilberto Gomes de Oliveira e o Exmo. Sr. Des. Joel Figueira Júnior, que o presidiu.

Florianópolis, 29 de junho de 2017.

Desembargador **RODOLFO** C. R. S. **TRIDAPALLI**
Relator

RELATÓRIO

Da Ação:

Trata-se, na origem, de fase de Cumprimento da Sentença proferida na Ação Renovatória de Locação Comercial, ajuizada no ano de 1996 por DIMED S.A. - Distribuidora de Medicamentos, em face de MARIA DE LOURDES RIBAS, perante o Juízo da 4ª Vara Cível da comarca de Lages, através da qual se pretendia a renovação do contrato de locação firmado entre as partes, que teve início em 1°/01/1988 (fls. 77 – cláusula segunda), e foi posteriormente renovado por mais 04 (quatro) anos em 26/03/1991 (fl. 80), com término previsto para 30/11/1996.

Na demanda Renovatória, a Dimed S.A. pretendia a renovação do pacto locatício por mais 05 (cinco) anos, mediante a proposta de pagamento de aluguel mensal no valor de R$ 1.900,00 (mil e novecentos reais) com o que não concordava a requerida Maria de Lourdes Ribas, que defendia que o valor mínimo deveria ser de R$ 3.000,00 (três mil reais).

Depois do regular trâmite processual, inclusive com a realização de prova pericial para aferição do justo valor do aluguel, o pedido foi julgado improcedente (fls. 123-136), sob o fundamento de o que o valor da proposta de renovação (R$ 1.900,00) estava muito aquém daquele apurado pelo *expert* (R$ 3.400,00).

Eis o dispositivo da sentença, proferida em, 02/09/2004, pelo Dr. YHON TOSTES (fls. 135-136):

> Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS formulados nesta AÇÃO RENOVATÓRIA (autos n. 039.96.001736-2), aforada por DIMED S.A. – DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS contra MARIA DE LURDES RIBAS, razão porque fixo o prazo de 03 meses a contar do trânsito da decisão para a desocupação do imóvel (Lei n. 8.245, art. 74). FIXO, A PARTIR DA DATA DO ENCERRAMENTO DO CONTRATO, ALUGUEL NO VALOR DE R$ 3.400,00 (três mil

> e quatrocentos reais), corrigidos em dezembro de cada ano pela variação da poupança (índice fixado no aditivo ao contrato de fls. 17, cláusula segunda, parágrafo único, com prazo alterado pelo aditivo de fls. 19, cláusula terceira). Por conseguinte, CONDENO a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que arbitro em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Alegando vícios de contradição e omissão na sentença, a Dimed S.A. opôs Embargos de Declaração (fls. 145/149), rejeitados pela decisão de fls. 152/153, que também negou efeito interruptivo àquele recurso.

Inconformadas com a prestação jurisdicional, ambas as partes apelaram da sentença. A requerida Maria de Lourdes Ribas buscava tão somente a reforma parcial da decisão, para que os honorários sucumbenciais fossem arbitrados em 15% do valor da condenação, na forma do art. 20, § 3°, do CPC/73.

Por sua vez, a Dimed S.A., postulava a cassação da sentença, com o retorno dos autos à origem para a produção de nova prova pericial, sob o principal argumento de que apenas engenheiros e arquitetos poderiam realizar laudos de avaliação imobiliária, razão pela qual o perito judicial, que era corretor de imóveis, não disporia da qualificação técnica necessária ao caso. Sucessivamente, requereu que fosse acolhido como válido o valor do aluguel apurado pelo seu assistente técnico. Por fim, verberou que como preenchia todos os requisitos exigidos por lei para renovação do contrato de locação, o correto teria sido a sentença reconhecer a parcial procedência do seu pedido, renovando-se o contrato de locação pelo valor apurado em perícia idônea.

Em decisão de fl. 167, o Magistrado singular não recebeu a Apelação da Dimed S.A, por reputá-la intempestiva, em razão de decisão anterior ter negado efeito interruptivo aos Embargos de Declaração opostos pela Apelante.

Contra essa decisão, a Dimed S.A., interpôs Agravo de Instrumento (fls. 168/175 – AI n. 2005.021171-8), ao qual foi dado provimento, em acórdão da relatoria do Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL (fls. 178/181), o que permitiu, então, o conhecimento do reclamo.

Em julgamento realizado em 11/09/2007, a Primeira Câmara de Direito Civil, em acórdão da lavra da Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA, por votação unânime, negou provimento ao recurso da Dimed S.A e deu provimento ao recurso de Maria de Lourdes Ribas, para majorar a verba honorária para 15% sobre o valor da condenação (fl. 199/214).

Contra essa decisão, a Dimed S.A., opôs Embargos de Declaração (fls. 216/221), que foram rejeitados pelo acórdão de fls. 223/238, que entendeu que o recurso fora das hipóteses de cabimento, apenas para rediscutir a causa, exprimiria má-fé e abuso do direito de recorrer da Embargante, cominando-lhe, por isso, multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, na forma do art. 538, parágrafo único, do CPC/73.

Irresignada, a Dimed S.A., interpôs Recurso Especial (fls. 240/266), ao qual foi negado seguimento neste Tribunal, porque a fundamentação do recurso contrariava entendimento sumulado da Corte Superior (fl. 1.317). Contra essa decisão foi interposto Agravo de Instrumento, que não foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça em decorrência de sua intempestividade (fl. 307). Contra essa decisão, a Requerida interpôs Agravo Regimental, ao qual foi negado provimento (fl. 1.174), assim como aos Embargos de Declaração opostos dessa decisão (fl. 1.214).

Enquanto ainda estava pendente decisão acerca do destravamento do Recurso Especial, a Requerida ajuizou, no Juízo de origem, pedido de Execução Provisória, impugnada pela Dimed S.A. às fls. 273/289, com oferecimento de bens imóveis à penhora.

Em decisão de fls. 346/347, foi rejeitada a oferta de bens realizada pela executada Dimed, determinando-se a penhora em dinheiro, pelo sistema Bacen-Jud.

Em 23/10/2008, foi lavrado termo de penhora nos autos (fls. 392), no valor de R$ 1.129.148,20 (um milhão, cento e vinte e nove mil, cento e quarenta e oito reais e vinte centavos), constritados por meio do Bacen-Jud.

Contra a decisão que autorizou a penhora *on line* de dinheiro, a Dimed S.A., interpôs Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo (AI n. 2008.063319-5), no qual, por decisão do Des. PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA, foi concedida a liminar, determinando-se a liberação do valor bloqueado, mediante substituição pela penhora do imóvel de Matrícula n. 8.322, localizado na comarca de São José/SC, o que foi cumprido na origem, conforme termo de penhora nos autos de fl. 428.

Com a formalização da penhora, houve nova impugnação à Execução Provisória (fls. 483/494), na qual a Executada arguiu excesso de execução, consistente na capitalização de juros, excesso de correção monetária e cobrança de juros moratórios antes do trânsito em julgado da sentença da Ação Renovatória.

Em 04/02/2010, a Execução Provisória foi convertida em Definitiva (fls. 550), determinando-se a realização de prova técnica para apuração do *quantum* debeatur (fls. 590/591).

Noticiou-se nos autos que o Agravo interposto pela Dimed S.A., contra a decisão que havia determinado a penhora *on line,* em dinheiro, foi desprovido, com ordem para se realizar nova penhora pelo sistema Bacen-Jud (acórdão juntado às fls. 1.237/1.243). Diante disso, o Magistrado *a quo* determinou novo bloqueio judicial (fl. 626).

Contra essa decisão, a Dimed S.A., opôs Embargos de Declaração (fls. 753/756), no qual pretendia a liberação das quantias bloqueadas e a

manutenção da penhora sobre o imóvel constritado. Os Embargos foram rejeitados pela decisão de fl. 759, consignando o Magistrado singular que apenas estava cumprindo o que ficou decidido no Agravo de Instrumento.

Sobreveio aos autos o laudo pericial (fls. 636/695), fixando como valor devido, em 31/08/2010, o montante de R$ 1.792.558,31 (um milhão, setecentos e noventa e dois mil, quinhentos e cinquenta e oito reais e trinta e um centavos).

Em decisão datada de 18/10/2010 (fls. 767/768), atendendo a pedido da credora, foi deferido o levantamento do valor tido como incontroverso, pois reconhecido como tal pelo Executado, no importe de R$ 664.874,77 (seiscentos e sessenta e quatro mil, oitocentos e setenta e quatro reais e setenta e sete centavos).

Às fls. 775, a Executada apresentou impugnação ao laudo pericial, arguindo a nulidade da prova técnica, sob o principal fundamento de que o *expert r*esponsável pela perícia, Dr. Valdir Francisco Colzani, não possuiria a formação e qualificação exigidas em lei, haja vista que ele seria advogado e perito financeiro, contudo, apenas um contador poderia realizar perícia contábil. Apontou, outrossim, omissões e equívocos que o seu assistente técnico encontrou na perícia, relacionados ao cálculo da correção monetária da dívida, que deveria ser apenas a Taxa Referencial (TR) e não a TR + juros de 0,5% ao mês capitalizados, defendendo que *"o quantum debeatur deveria ser corrigido monetariamente pelo índice de correção da poupança (TR), ao qual não devem ser acrescidos juros capitalizados mensalmente de 0,5% ao mês"* (fl. 780). Também impugnou a inclusão, nos cálculos do valor devido, de juros de mora legais desde o vencimento de cada prestação, oportunidade em que arguiu que o acórdão exequendo comportaria rescisão no ponto, por violação dos arts. 128, 460, 512 e 515 do CPC/73 e do art. 396 do Código Civil (art. 963 do CC/1916), bem como dos arts. 69 e 73 da Lei. n. 8245/91.

Intimado a prestar esclarecimentos, o *Expert* peticionou ao Juízo, defendendo que a prova realizada nos autos consubstanciava-se, na verdade, em perícia financeira e não contábil, razão pela qual detinha plena capacidade de realizá-la. Além disso, respondeu aos quesitos remanescentes, tal como solicitado pela devedora.

Nesse ínterim, a Dimed S.A. ajuizou a Ação Rescisória n. 2010.081127-7, com o escopo de rescindir o acórdão e alterar o termo inicial de incidência dos juros moratórios nele fixados. Em decisão proferida em 30/12/2010, o Des. SAUL STEIL, concedeu a antecipação da tutela almejada e determinou a suspensão da execucional, além da liberação de qualquer valor acima de R$ 689.283,74 (seiscentos e oitenta e nove mil, duzentos e oitenta e três reais e setenta e quatro centavos), tidos como incontroversos.

Contra essa decisão, a Dimed S.A., também opôs Embargos de Declaração, acolhidos às fls. 930/932, somente para corrigir o erro material da decisão embargada, determinando a liberação de penhora dos valores que excedessem o *quantum* incontroverso, providência cumprida na origem (fls. 938 e 953).

No mérito, a Ação Rescisória foi julgada parcialmente procedente, rescindindo o acórdão atacado, apenas para determinar que o cômputo dos honorários advocatícios deveria considerar a mora da locatária, incidente apenas a partir do trânsito em julgado da Ação Renovatória da Locação.

Dessa decisão, Maria de Lourdes Ribas opôs Embargos de Declaração, que foram rejeitados.

Contra o acórdão não unânime proferido na Rescisória, Maria de Lourdes Ribas interpôs Embargos Infringentes, aos quais negou-se provimento (fls. 1347/1363).

Contra essa decisão, ambos os litigantes opuseram Embargos de Declaração. Aqueles opostos pela Dimed S.A. foram acolhidos,

esclarecendo-se que: "a) os juros de mora sobre as diferenças havidas de alugueres incidem a partir do trânsito em julgado da demanda, ocorrido em 18.08.2009 e; b) a correção monetária segue o contrato locatício firmado pelas partes" (fls. 1429). Por sua vez, aqueles opostos por Maria de Lourdes Ribas, foram rejeitados, considerando-se incabíveis por se referirem ao voto complementar proferido na ocasião pelo Des. NEWTON TRISOTTO. Por derradeiro, e, de ofício, determinou-se que constasse no aresto embargado que os Embargos Infringentes haviam sido "parcialmente providos" e não "desprovidos", como acabou constando, equivocadamente, daquele *decisum*.

Com o trânsito em julgado da Ação Rescisória (ocorrido em 18/08/2009), o Magistrado *a quo,* Dr. LEANDRO PASSIG MENDES, proferiu a seguinte decisão (fls. 1.505/1.506):

> Com o trânsito em julgado do acórdão proferido na ação rescisória necessária a complementação da perícia, considerando a contagem dos juros de mora em 12% ao ano, a partir do trânsito em julgado do acórdão [18-8-2009], e a correção monetária, que deve respeitar o contrato, ou seja, contada em dezembro de cada ano, pela variação da correção dos depósitos em poupança.
>
> Controvertem as partes se o contrato, ao determinar a correção calculada com base no índice da poupança, permitiu incluir no cálculo do débito os juros remuneratórios previstos para esse depósito, ou, tão somente, o fator relativo à correção monetária propriamente dita. Como se sabe, a remuneração da poupança é composta pela remuneração básica - taxa referencial - e remuneração adicional, que atualmente corresponde a 0,5% ao mês, enquanto a meta da taxa Selic ao ano for superior a 8,5%, ou 70% da meta da taxa Selic ao ano, vigente na data de início do período de rendimento, enquanto a meta da taxa Selic ao ano for igual ou inferior a 8,5%.
>
> Entendo que a interpretação a ser dada ao caso, mais consentânea com a finalidade do contrato, é que as partes ao estabeleceram a correção dos aluguéis, com base nos mesmos critérios usados para os depósitos

> em poupança, e não somente uma parcela dessa correção/remuneração. Por isso, eventual alteração no critério estabelecido para remuneração da poupança ensejaria atualização automática do índice, sem que as partes tivessem que firmar termo aditivo ao contrato. Portanto, o índice de correção monetária a ser utilizado no caso é mesmo a taxa referencial.
>
> Em consonância com este entendimento, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado, em aresto da lavra do Des. Anselmo Cerello, que "estando expressamente previsto no contrato firmado entre as partes que o saldo devedor será corrigido pelo índice de atualização dos depósitos em caderneta de poupança, cabível é a aplicação da TR como índice de correção" (Apelação Cível n. 2006.030598-4, da Capital).
>
> Sobre o débito deve incidir, ainda, a multa prevista pelo art. 475-J do CPC, pela conversão da execução provisória em definitiva, bem como multa por litigância de má-fé, fixada pelo Tribunal de Justiça [fl. 205].
>
> Intime-se o perito para complementar a perícia observando os parâmetros traçados nesta decisão, em 30 dias.
>
> Com a juntada dos cálculos, digam as partes em 15 dias.
>
> Intimem-se.

Contra essa decisão, a Dimed S.A., opôs Embargos de Declaração (fls. 1.523/1.528), pleiteando, em síntese, que fosse reconhecido, expressamente, a impossibilidade de capitalização dos juros no cálculo do valor devido. Apontou, ainda, contradição na decisão embargada, requerendo que se reconhecesse, expressamente, que o índice de correção monetária que deverá ser adotado para apuração do *quantum debeatur* corresponde apenas à Taxa Referencial (TR) e não ao índice de correção monetária da poupança (TR) + 0,5 % ao mês. Também se insurgiu quanto à determinação de incidência da multa do art. 475-J do CPC/1973, pugnando a manifestação judicial acerca de diversas teses pelas quais entendia que a penalidade era incabível na hipótese em comento.

A seu turno, Maria de Lourdes Ribas, também opôs Embargos de Declaração daquela decisão (fls. 1.529/1.534), apontando, em síntese, contradição naquele *decisum*, porquanto apesar de ter inicialmente reconhecido que a correção do valor devido deveria respeitar o contrato firmado entre as partes, ou seja, utilizar o "índice da poupança", acabou afirmando linhas a seguir que o índice a ser empregado é a taxa referencial, a qual não foi pactuada e consubstancia-se em indicador totalmente diferente do índice da poupança.

Pronunciamento do Juízo *a quo:*

Ao decidir os Embargos, o Magistrado singular proferiu a seguinte decisão:

> Não há como afastar o critério eleito pelas partes para correção dos aluguéis - índices de poupança -, sem prejuízo dos juros moratórios. Observo que o Tribunal de Justiça, ao julgar os embargos infringentes na ação rescisória, constou que os registros feitos pelo Des. Newton Trisotto não implicou a modificação da decisão. Como bem esclarece a decisão proferida em embargos de declaração de lavra do Des. Pedro Manoel Abreu, "na espécie, Sua Excelência apenas justificara a necessidade de rejeitar-se os embargos, por entender que, se admitida a atualização dos valores devidos pelos índices da caderneta de poupança, ter-se-ia, então, que acolhê-los parcialmente. Tratava-se de mera questão de adequação da parte dispositiva do acórdão. De resto, não houve divergência" [fl. 1.359].
>
> Essa questão - correção dos aluguéis pelos índices da poupança -, não sofreu alteração em nenhum julgado, de modo que persiste como critério plenamente válido e eficaz. Os aluguéis devem ser corrigidos e/ou remunerados, como se queira, ou se deseja, pelos mesmos critérios e fórmula usados para os depósitos em poupança, conforme divulgados pelo Banco Central do Brasil, quaisquer que sejam tais índices e sua composição, segundo a periodicidade estabelecida em aditivo contratual. Especificamente, incidirá a correção monetária [taxa referencial] mais juros de 0,5% ao mês. É absolutamente irrelevante, do ponto de vista jurídico, para o caso, discorrer sobre em que consiste a taxa referencial,

se somente esse índice seria reconhecido como correção monetária propriamente dita, e se os juros de 0,5%, que representam remuneração, seriam coisa diversa da correção, pois, repito, o critério contratualmente escolhido pelas partes caracteriza ato jurídico perfeito, insuscetível de modificação nesta etapa do processo.

Como os juros de 0,5% são capitalizados mensalmente, essa capitalização igualmente espraia seus efeitos para o cálculo, na periodicidade que a sentença estabeleceu [fl. 105], pois, repita-se, o contrato elegeu como critério de correção, os índices da poupança. Logo, "os juros remuneratórios são capitalizados, uma vez que tal capitalização decorre da própria natureza do contrato de depósito em conta poupança" (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, apelação cível nº 2007.72.08.002215-8, Santa Catarina, rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz). Se os índices da poupança foi o critério e método escolhido pelas partes, e se os depósitos em poupança são remunerados com juros de 0,5%, capitalizados mensalmente, fracionar essa equação para afastar esse mesmo critério - capitalização dos juros de 0,5% -, representaria violação ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, pois a sentença referendou esse critério. Se se pretendia somente corrigir os aluguéis pela taxa referencial, sem os juros de 0,5%, capitalizados mensalmente, essa ressalva deveria constar expressamente do contrato, pois então não se teria a expressão "variação da poupança".

Por isso, os embargos de declaração devem ser acolhidos, em parte, a fim de esclarecer que a correção dos aluguéis deve ser feita pelos mesmos critérios e índices dos depósitos em caderneta de poupança, com juros de 0,5% e taxa referencial, segundo a variação anual dos depósitos em poupança.

Entretanto, é de se modificar a decisão embargada, na parte relativa à incidência da multa de 10%, contemplada pelo art. 475-J do CPC, então vigente. Ocorre que se tratava, de largada, de execução provisória de sentença, em que o devedor é intimado para satisfazer a obrigação, mas sujeita ainda à sua confirmação pela superior instância. Não se trata de obrigação incondicional, mas sim sujeita precisamente ao julgamento pendente.

Sobre o tema:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPUGNAÇÃO. (1) MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INCIDÊNCIA IMPOSSÍVEL EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA. INCOMPATIBILIDADE COM DIREITO DE RECORRER. AFASTAMENTO. "A execução provisória não tem como escopo primordial o pagamento da dívida, mas sim de antecipar os atos executivos, garantindo o resultado útil da execução. [...] Compelir o litigante a efetuar o pagamento, sob pena de multa, ainda pendente de julgamento o seu recurso, implica obriga-lo a praticar ato incompatível com o seu direito de recorrer (art. 503, parágrafo único do CPC), tornando inadmissível o recurso.' (STJ, AgRg no REsp 1126748/PR, rel. Min. Humberto Martins, j. em 17/03/2011, DJe 29/03/2011)" (Agravo de Instrumento n. 2013.009764-9, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 25-4-2013).

E do Superior Tribunal de Justiça provém esse mesmo entendimento:

"PROCESSUAL CIVIL. MULTA DO ART. 475-J. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO AFASTADO PELA VIA ORDINÁRIA. REEXAME. SÚMULA N. 7/STJ. I. Ainda que a execução provisória realize-se, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, na dicção do art. 475-O do CPC, é inaplicável a multa do art. 475-J, endereçada exclusivamente à segunda, haja vista que exige-se, no último caso, o trânsito em julgado do pronunciamento condenatório, não reconhecido nas instâncias ordinárias" (AgRg no Ag 993399/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior. j. 20-4-2010).

Não bastasse, mesmo com a conversão da execução provisória em definitiva, é certo que não havia ainda montante líquido conhecido e definido, tanto que na sequência do processo, foi designada perícia e, posteriormente, houve a concessão de medida liminar na ação rescisória, que implicou a suspensão do processo, com expressa ressalva ao levantamento de determinado montante. Por isso, a decisão que estabeleceu a incidência da multa implicou contradição, pois não havia ainda débito líquido, mas, pelo contrário, incerteza quanto à composição

do saldo devedor. Seria necessária a específica intimação do executado, fixado o montante da dívida, para pagamento, o que efetivamente ainda não ocorreu.

No que diz respeito à omissão suscitada pela credora, é certo que o Tribunal de Justiça modificou a sentença proferida e fixou honorários de 15% sobre a condenação, o que não foi observado na decisão de fl. 1.429-1.430, mas a decisão não se reveste de omissão propriamente dita, pois necessariamente esses honorários não precisavam dela constar. É que a perícia foi designada para estabelecer o montante do débito, considerando precisamente as discrepância dos componentes da dívida principal, e não propriamente para incluir ou excluir as parcelas que são inexoravelmente decorrentes da coisa julgada, como honorários de sucumbência.

No tocante aos demais fundamentos dos embargos de declaração, é de se reiterar que "não está o magistrado obrigado a esmiuçar a motivação do decisório nos exatos termos em que solicitado pelas partes, bastando, para tanto, que da sua leitura conste expressa a fundamentação que o levou a rejeitar ou acolher o pedido" (EEARES 415.511, do Paraná, rel. Min. José Delgado).

Embora a decisão embargada tenha remetido novamente a matéria ao cálculo pericial, reexaminando essa questão, que trata de ordenamento processual, e não se converte em direito processual constituído em favor de qualquer dos litigantes, estimo que se possa superar essa providência, a fim de que se (*sic*) causa tramite pelo procedimento do art. 523 do CPC.

Pelo exposto, acolho, em parte, os embargos de declaração, para esclarecer que a correção dos aluguéis dar-se-á pelos índices da poupança e sua forma de cálculo, ou seja, correção monetária [=taxa referencial] mais juros de 0,5% ao mês, com capitalização mensal, segundo os dados divulgados pelo Banco Central do Brasil, bem como para afastar a multa de 10%, prevista no art. 475-J do CPC revogado.

Intime-se a executada, na pessoa de seus advogados, para, em 15 dias (art. 523, caput, do CPC), satisfazer o débito indicado pelo credor, com exclusão da multa de 10%, ciente de que, decorrido esse prazo,

> haverá inclusão da multa de 10% e de honorários de advogado nesse mesmo percentual (art. 523, § 1º, do CPC), com a expedição de ordem de bloqueio de depósitos, podendo oferecer impugnação nos próprios autos e independentemente de garantia do juízo, em 15 dias, contados da fluência do prazo para pagamento voluntário (art. 525, caput, do CPC).
>
> Intimem-se.

Do Agravo de Instrumento:

Contra essa decisão, a Dimed S.A. interpôs o presente Agravo de Instrumento, pretendendo a reforma da decisão objurgada sob os seguintes argumentos: a) é incontroverso que o índice de correção monetária que deve ser utilizado para a apuração do pretenso *quantum debeatur* é o índice de correção monetária da poupança; b) todavia, as partes divergem sobre qual a correta definição desse índice, uma vez que a Agravante entende que ele corresponde apenas ao índice de correção monetária da poupança, isto é, a Taxa Referencial (TR), enquanto a Agravada defende que o referido índice seria a TR + juros de 0,5% ao mês; c) ponderou que, até a decisão ora agravada, ainda não havia manifestação judicial a respeito do que se entenderia por "índice da poupança", razão pela qual defende que a decisão desta Câmera acerca da questão não representaria ofensa à coisa julgada; d) no julgamento dos Embargos Infringentes n. 2012.071812-8, interpostos contra o acórdão da Ação Rescisória n. 2010.081127-7, o Des. NEWTON TRISOTTO, fez declaração de voto vencedor, asseverando que o índice de correção a ser adotado é apenas a TR, porque em nenhum momento daquele julgamento teria sido "consignado que as prestações vencidas seriam atualizadas de acordo com a remuneração integral da caderneta de poupança"; e) portanto, não se pode deixar de considerar que, ainda que de forma indireta, aquele julgador teria se manifestado favoravelmente à tese da Agravante; f) há decisão preclusa e outra transitada em julgado impossibilitando a cobrança de juros capitalizados; g) a sentença exequenda determinou a cobrança de correção monetária anual, o que impede a cobrança de

TR + juros capitalizados de 0,5% ao mês; h) na decisão de fls. 546/548 do Cumprimento de Sentença, o Magistrado de primeiro grau decidiu que para a apuração do *quantum debeatur*, é inadmissível a capitalização de juros (mensal ou anual) e, como não houve recurso dessa decisão, ela precluiu e não pode ser modificada; i) não obstante, a decisão agravada permitiu a capitalização mensal dos juros remuneratórios de 0,5%, em evidente violação à decisão preclusa e à coisa julgada, uma vez que a sentença determinou que a correção monetária somente deveria incidir anualmente; j) eventual admissão de correção em periodicidade inferior à anual, viola além da coisa julgada, a Súmula 121 do STF, que veda *"a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada"*; k) a adoção da TR + juros de 0,5% ao mês implicará na capitalização mensal de juros, o que não é admitido em casos como o presente; l) não deve ser aceito qualquer critério de cálculo que implique na capitalização de juros; m) no julgamento dos Embargos Infringentes, ficou decidido que os juros devem ser simples, legais e incidentes a partir do trânsito em julgado da Ação Renovatória e não a partir do vencimento de cada prestação; n) tais premissas corroboram a inviabilidade de adoção da TR + juros de 0,5%, capitalizados mensalmente; o) o entendimento do TJSC também é no sentido de que o índice de correção monetária da caderneta de poupança corresponde à TR (sem juros remuneratórios) e não à TR + 0,5% ao mês, conforme jurisprudência e o Enunciado X do Grupo de Câmaras de Direito Comercial, que reza *"É possível a utilização da Taxa Referencial (TR) no cálculo da correção monetária do saldo devedor de contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), desde que previsto o reajuste com base nos mesmos índices aplicados aos saldos das cadernetas de poupança"*; p) no mesmo norte, preconiza a Súmula 454 do Superior Tribunal de Justiça, ao dispor que, *"Pactuada a correção monetária nos contratos do SFH pelo mesmo índice aplicável à caderneta de poupança, incide a taxa referencial (TR) a partir da vigência da Lei n. 8.177/1991)"*; q) de acordo com a jurisprudência pacífica do STJ, a correção monetária constitui-se em *"mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se*

preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita" (AgRg nos EResp n. 1.149.594); r) se incidir o índice de correção monetária da poupança (TR), o débito estará sendo corrigido, porém, se incidir TR + 0,5%, além de corrigido o débito também estará sendo remunerado; a sentença determinou apenas que o débito fosse corrigido e não corrigido e remunerado; s) a TR é um índice de correção monetária que cumpre perfeitamente a função de preservar o poder aquisitivo original da moeda; t) ao firmar o contrato de locação, a Agravante concordou em usar o índice de correção monetária da poupança (TR) como critério de atualização monetária dos aluguéis, mas não concordou que o índice além de corrigir, também remunerasse o valor do aluguel; u) a adoção do índice de correção composto pela TR + 0,5% ao mês, configurará enriquecimento sem causa da Agravada, pois o pretenso débito aumentaria 2% (dois por cento) ao mês; v) é imprescindível a realização de perícia para certificar se há ainda dívida a ser paga e qual o seu real valor, pois mesmo na hipótese de adoção dos critérios defendidos pela Agravada, as partes ainda chegaram a valores diferentes; w) ambos os litigantes requereram a produção de prova técnica e, em sua primeira decisão, o Magistrado *a quo* havia determinado a sua realização, não havendo justificativa para ter cancelado a complementação da perícia; x) os cálculos não são simples, não podendo a Agravante ser compelida a pagar valores controvertidos – sob pena de multa de 10% e de penhora *online* – com base em cálculos apurados unilateralmente pela Agravada; y) de acordo com planilha apresentada pela Agravada, o suposto saldo devedor seria de R$ 1.228.934,73; porém, de acordo com os seus cálculos, o débito já foi quitado e, ao utilizar os critérios defendidos pela Agravada, chegou ao valor de R$ 947.699,44, o que atesta a necessidade da perícia. Também se insurgiu em relação ao excerto do comando judicial agravado que determinou a incidência da multa, na forma do art. 523, § 1°, do CPC/2015, e da penhora *online*, defendendo que a decisão recorrida merece reforma para *"que se aguarde*

a complementação do laudo judicial e indicação imparcial (por perito judicial) do saldo devedor, oportunidade em que a Agravante deve ser intimada para realizar o pagamento voluntário do valor apurado, sendo inadmissível a incidência da multa e da realização de penhora online antes que isto ocorra".

Verberou, que, ainda que houvesse dívida líquida a ser paga, não poderia ser determinada a realização de penhora *online* neste momento, porque a execução está garantida por penhora de imóvel avaliado em R$ 20 milhões e porque a realização da penhora *online* causaria prejuízos irreparáveis à Agravante. Ponderou, outrossim, que não estão configuradas nenhuma das hipóteses que, de acordo com o art. 831 do CPC, autorizariam a realização de nova penhora.

Finalizou requerendo a antecipação da tutela recursal, para que fosse determinada a suspensão da decisão recorrida, impedindo-se a exigência da multa e de penhora *online* enquanto esta e. Corte não estabelecer os critérios que deverão ser utilizados para a apuração do *quantum* devido.

Do Pronunciamento da Câmara Civil Especial:

O pedido de tutela antecipada recursal foi deferido às fls. 1.567/1.569, pelo Des. EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR, determinando-se a suspensão da execução até a análise do mérito desse recurso, nos seguintes termos:

> 1. DIMED S.A. - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS interpôs agravo de instrumento em face da decisão proferida nos autos da execução de sentença autuada sob o n. 0001736-35.1996.8.24.0039/05, em trâmite na quarta vara cível da comarca de Blumenau, pela qual o magistrado da origem entendeu que a "correção dos aluguéis pelos índices da poupança" implica na incidência da taxa referencial (TR) acrescida dos juros de 0,5% a.m.. Alega a parte agravante, em síntese, que não há previsão no título executivo a respeito da aplicação dos juros, de modo que a correção deveria ser feita apenas com base na TR. Desta forma, requer, liminarmente, o deferimento do efeito suspensivo, com a consequente reforma da decisão vergastada de primeiro grau. É o

relato. 2. O agravo de instrumento é tempestivo, cabível (artigo 1.015, parágrafo único, da Lei n. 13.105/2015) e preenche os requisitos de admissibilidade, na forma do artigo 1.017 do novo Código de Processo Civil. A fim de que seja acolhido o pleito inicial, devem restar preenchidos os dispostos nos artigos 1.019, I, e 995, parágrafo único, da Lei n. 13.105/2015, *in verbis*: Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias: I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; [...] Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso. A respeito do tema, colhe-se da doutrina: [...] Pela nova sistemática recursal, todas as espécies de recursos passam a produzir, salvo decisão judicial em contrário ou por força de disposição legal, como é o caso da apelação (art. 1.012, caput), efeito meramente devolutivo, não obstando a eficácia da decisão, que poderá ser executada provisoriamente. O parágrafo único excepciona a regra geral, ao contemplar a possibilidade de suspensão da eficácia da decisão recorrida, desde que a imediata produção de seus efeitos possa ocasionar risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, bem como reste demonstrada a plausibilidade de êxito do recurso interposto. [...] (*in*, Novo Código de Processo Civil: anotado e comparado: Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 - Dario Ribeiro Machado Junior e outros; coordenação Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 575). Assim, o acolhimento do pedido pressupõe a existência da relevância da motivação do agravo e do receio de lesão grave e de difícil reparação, requisitos estes que passo a analisar se constantes no caso em tela. Verifico se tratar de execução de sentença em ação renovatória de locação, cuja decisão da fase de conhecimento foi parcialmente modificada em decorrência do julgamento da Ação Rescisória n. 2010.081127-7. O ponto nodal do presente instrumento gira em torno da correção monetária do valor dos locatícios, em questão de interpretação a respeito da abrangência da

atualização pelos índices da poupança. Quanto à motivação, perscrutando o caderno processual, observo que a questão já foi pincelada quando do julgamento dos Embargos Infringentes n. 2012.071812-8, esclarecendo a questão o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto em sua declaração de voto vencedor (fls. 1412-1413), de onde extraio: 01. Dispõe a Lei n. 8.177, de 1991: "Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados: I - como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD, no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive; II - como remuneração adicional por juros de: a) 0,5% (cinco décimos de por cento) ao mês, enquanto a meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, for superior a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento; ou b) 70% (setenta por cento) da meta da taxa Selic ao ano, definida pelo Banco Central do Brasil, mensalizada, vigente na data de início do período de rendimento, nos demais casos". Como se vê, os investimentos em caderneta de poupança são remunerados por "correção monetária" e "juros de mora". Na sessão de julgamento em que foram julgados os embargos infringentes foi mencionado que para efeitos de correção monetária seria utilizado como parâmetro a remuneração das cadernetas de poupança - que, repito, inclui correção monetária e juros de mora. Se adotado este parâmetro, estar-se-ia, por via indireta, acolhendo-se a pretensão da embargante. No entanto, dos termos do voto incorporado ao acórdão, concluo que não ocorre a hipótese. Em nenhum momento nele foi consignado que as prestações vencidas seriam atualizadas de acordo com a remuneração integral da caderneta de poupança. Considerando o excerto acima, percebo que o *animus* dos julgadores nos embargos infringentes era de rejeitar a hipótese de aplicação da remuneração integral da poupança, mantendo apenas a TR, de modo que não poderia o magistrado da origem modificar o entendimento e permitir a inclusão dos referidos juros no cálculo. Portanto, evidenciado o *fumus boni iuris*. O *periculum in mora*, por sua vez, resta caracterizado diante da iminente possibilidade de excesso de execução. 3. Desta forma, DEFIRO o efeito suspensivo, a fim de obstar o regular prosseguimento da execução enquanto pendente a análise exauriente da Câmara especializada competente. Comunique-se a origem, com urgência. Cumpra-se o disposto no artigo 1.019, II, do novo Código de Processo Civil. Intimem-se. Redistribua-se.

Dos Embargos de Declaração:

Contra essa decisão, Maria de Lourdes Ribas interpôs Embargos de Declaração às fls. 1.574/1.580, apontando omissão na decisão monocrática, que teria desconsiderado o resultado final da decisão dos Embargos Infringentes, que se deu quando do julgamento dos Embargos de Declaração contra ela interpostos, no qual teria ficado sedimentado que *"a correção monetária segue o contrato locatício firmado pelas partes"*. Também arguiu que houve omissão quanto a pedido expresso formulado no Agravo, uma vez que a Agravada teria requerido apenas a suspensão da decisão Agravada e não da Execução.

Em decisão de fls. 01/06, os Embargos foram rejeitados, nos seguintes termos:

> Vistos os autos... 1. MARIA DE LOURDES RIBAS opôs embargos de declaração em agravo de instrumento, contra a decisão interlocutória de fls. 1567-1569, alegando, em síntese, a ocorrência de hipótese autorizativa. Retornaram os autos conclusos. É o relatório essencial. 2. O presente recurso merece ser conhecido, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade. Trata-se de recurso de embargos de declaração, opostos contra a decisão interlocutória de fls. 1567-1569, pela qual determinei a suspensão do feito executivo até o julgamento final de mérito do presente instrumento. Sustenta a embargante, em síntese, que o comando judicial encontra-se eivado de contradição e omissão, na medida em que haveria decisão transitada em julgado a respeito da aplicação da correção monetária conforme ajustada no contrato, não sendo relevante à questão o posicionamento pessoal do Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto exarado em sua declaração de voto. Além do mais, aduz que o *decisum* embargado foi omisso por não ter sido a paralisação da execução solicitada pela parte agravante, sendo requerida tão somente a suspensão da decisão agravada e complementação da perícia. Logo, requer sejam sanados os vícios apontados, e consequentemente, pugna pelo provimento dos embargos declaratórios opostos. Com efeito, não se constata na decisão objurgada qualquer omissão ou contradição que pudesse justificar a oposição dos aclaratórios em análise. Isso porque, observo que, na verdade, a

embargante pretende rediscutir a matéria, apresentando os motivos pelos quais o recurso não merecia a atribuição de efeito suspensivo. Contudo, como bem asseverei no *decisum* ora embargado, não obstante as argumentações apresentadas neste momento processual, o que vislumbro do caderno pórtico é que, efetivamente, deve ser considerada apenas a correção monetária da poupança, uma vez que a decisão colegiada aponta que a correta interpretação a ser aplicada ao caso seria a de diferenciação entre a remuneração integral da poupança e a correção monetária atrelada a ela, devendo ser aplicada somente esta última. Já no que diz respeito à suposta omissão por ausência de pedido do agravante para suspensão da execução, também não merece razão a embargante. Compulsando os autos, verifico que, realmente, a agravante alegou que "não quer paralisar o trâmite da execução até o julgamento do presente recurso. A Agravante/Executada pretende que: (a) seja determinada a suspensão da decisão recorrida; (b) seja determinada a complementação da perícia (eventuais custos serão arcados pela Agravante/Executada), levando em consideração os critérios defendidos pela Exequente e pela Executada; (c) não incida a multa do art. 523, § 1º, do CPC (art. 475-J do CPC/73) e não seja realizada penhora *on line* enquanto este TJSC não estabelecer (por acórdão) os critérios que deverão ser usados e, ainda enquanto o pretenso débito não restar apurado pelo Ilustre Expert Judicial" (fls. 30). Contudo, apesar do excerto acima, em outra parte da narrativa da agravante, extraio que a empresa alega já ter realizado o pagamento integral da suposta dívida - se levado em consideração o critério de cálculo por ela entendido como correto -, havendo inclusive saldo remanescente a ser devolvido. Dessa forma, mostrar-se-ia imprudente, neste momento, determinar o prosseguimento da execução com os parâmetros pretendidos pela agravante, apesar de entender presente a verossimilhança de suas alegações, justamente por conta da análise perfunctória que é realizada. Diante deste contexto, entendi razoável apenas obstar o trâmite da execução até o pronunciamento final da Câmara especializada competente, de modo a evitar circunstâncias danosas que implicassem em prejuízo a qualquer das partes. Neste diapasão, vislumbro que o recorrente propôs a presente rebeldia com nítido intuito de rediscutir matéria satisfatoriamente superada na decisão combatida, isto porque insatisfeito com a solução adotada. A respeito, é pacífico o entendimento de que os embargos de declaração não têm

finalidade para a rediscussão de matéria já debatida dos autos. Têm cabimento quando necessária a complementação da decisão, em qualquer grau de jurisdição. Para a sua oposição, exigem-se requisitos objetivos que são o da decisão atacada apresentar obscuridade, contradição, omissão ou erro material, nos termos do estabelecido no artigo 1.022 do novo Código de Processo Civil, *in verbis*: Art. 1.022. Cabem 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. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o. Ao discorrer a respeito da obscuridade e da contradição (inciso I do Dispositivo citado), Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha esclarecem: [...] A decisão é obscura quando ininteligível, quer porque mal-redigida, quer porque escrita à mão com letra ilegível. Um dos requisitos da decisão judicial é a clareza; quando esse requisito não é atendido, cabem embargos de declaração para buscar esse esclarecimento. A decisão é contraditória quando traz proposições entre si inconciliáveis. O principal exemplo é a existência de contradição entre a fundamentação e a decisão. (Curso de direito processual civil, v. 3. 11.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 200). Já a omissão que autoriza a complementação do *decisum* via embargos declaratórios (inciso II) - além das hipóteses trazidas com o novel Código Processualista Civil no parágrafo único do artigo 1.022 supra colacionado - é aquela "em que incorreu o juízo ou tribunal, sobre ponto que deveria haver-se pronunciado, quer porque a parte expressamente o requereu, quer porque a matéria era de ordem pública e o juízo tinha de decidi-la *ex officio*" (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Comentários ao Código de Processo Civil. 1.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2123). E, por fim, sobre o erro material (inciso III), extraio da doutrina: Além das tradicionais causas ensejadoras dos embargos declaratórios, a saber, a existência de obscuridade contradição ou omissão, o inciso III do art. 1.022 passa admitir também a ocorrência de erro material, encampando, assim, a jurisprudência consolidada nos tribunais superiores acerca do tema (*in*, Novo Código de Processo Civil:

anotado e comparado: Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 - Dario Ribeiro Machado Junior e outros; coordenação Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 575). Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery arrematam que o erro material "consiste na incorreção do modo de expressão do conteúdo. Os erros de grafia são os exemplos mais comuns" (op. cit., p. 2123). O Superior Tribunal de Justiça, a respeito da matéria, já decidiu: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS. 1. "Os embargos de declaração constituem a via adequada para sanar omissões, contradições, obscuridades ou erros materiais do decisório embargado, admitida a atribuição de efeitos infringentes apenas quando esses vícios sejam de tal monta que a sua correção necessariamente infirme as premissas do julgado" (EDcl no AgRg nos EREsp 747.702/PR, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, Corte Especial, DJe 20/9/12). 2. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no AREsp 288.430/PB, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, j. 6-6-2013, DJe 1-7-2013). O entendimento deste Tribunal de Justiça acerca da finalidade dos aclaratórios não destoa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. TENTATIVA CLARA DE REDISCUTIR QUESTÃO JÁ DECIDIDA. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO DO RECLAMO. "Os embargos de declaração não têm a finalidade de restaurar a discussão da matéria decidida com o propósito de ajustar o *decisum* ao entendimento sustentado pelo embargante. A essência desse procedimento recursal é a correção de obscuridade, contradição ou omissão do julgado, não se prestando à nova análise do acerto ou justiça deste, mesmo que a pretexto de prequestionamento" (ED em ED em AC n. 2006.044595-8/0001.01, de Palmitos, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. 27-5-2008). (TJSC, Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 0012648-80.2012.8.24.0023 (2014.056423-9/0001.00), da Capital, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 13-4-2016 - grifei). Destarte, não havendo o preenchimento dos requisitos constantes na legislação de regência, a rejeição do presente incidente é a medida que se impõe ao caso dos autos. 3. Desta forma,

> REJEITO os embargos de declaração opostos, tendo em vista que ausentes os requisitos do artigo 1.022 do novo Código de Processo Civil. Comunique-se a origem. Intimem-se.

Das Contrarrazões:

Às fls. 1.594/1.620, a Agravada apresentou contrarrazões, através das quais pugna pelo desprovimento do recurso, sob os seguintes argumentos: a) seria "completamente desnecessário a definição do índice de correção monetária, nesta fase processual, muito menos da forma de aplicação, porque no presente caso já há decisão judicial transitada em julgado (formal e material) definindo que a correção monetária deve ser utilizada pelo índice da poupança, na forma contratada e utilizada pelas partes durante toda a contratualidade, ou seja, pelo índice da poupança e não pelo índice da TR (que sequer foi pactuado); b) "por toda a contratualidade e por todo o período em que tramitou a Ação Renovatória as partes sempre atualizaram os valores dos aluguéis anuais pelo índice que representa a variação das cadernetas de poupança e não pela TR, sendo que mesmo após o ajuizamento da Ação Renovatória a própria autora da Renovatória, ora Agravante/executada, continuou utilizando o índice da caderneta de poupança (e não apenas da TR) para corrigir os valores dos aluguéis que pagava mensalmente"; c) "não há que se falar em capitalização de juros, primeiro porque o índice da poupança se refere à correção monetária e não a juros moratórios; segundo porque a decisão de fls. 546-548 (da execução de sentença) se referiu a impossibilidade de se capitalizar juros de mora, tão somente; e terceiro porque quando se aplica o índice da poupança – na forma utilizada pelo cálculo do Perito Judicial – não há qualquer tipo de capitalização, porque, o valor correspondente a correção monetária é somado ao saldo devedor somente no final do cálculo, sem que seja capitalizado mensalmente"; d) em relação à complementação da perícia, defendeu que "é totalmente desnecessária a complementação da perícia judicial para se apurar o *quantum debeatur*, porque, para que seja dado

prosseguimento ao cumprimento de sentença, após o julgamento da ação rescisória, são necessários simples cálculos aritméticos"; e) no que tange à multa do art. 523, § 1° do CPC, sustentou que ela é devida "desde a decisão de fls. 238 (da execução), reforçada pela decisão de fls. 546/548, ambas preclusas e sacramentadas pela decisão agravada de fls. 1.430. Além disso, a Agravante/Devedora em nenhum momento efetuou o pagamento ou o depósito do valor que entende devido, pois o depósito existente somente ocorreu porque a penhora *on-line* foi perfectibilizada via Bacen-Jud. E quanto à possibilidade de realização de Penhora *on-line* esta questão, também, encontra-se decidida por decisão transitada em julgado"; f) ao contrário do que afirma a Agravante, a Agravada não requereu a complementação da perícia judicial para se apurar o *quantum debeatur*, pois entende que tal prova é desnecessária. Por fim, requereu o desprovimento do recurso, mantendo-se a decisão agravada.

Parecer do Ministério Público:

Ressalta-se a ausência de parecer Ministerial, uma vez que o feito não se enquadra naquelas hipóteses que exigem a participação do Ministério Público.

Após, vieram-me os autos conclusos para julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

I – Da Admissibilidade:

O recurso é tempestivo, foi instruído com cópia dos documentos indispensáveis, conforme preconiza do art. 1.017, inciso I, do CPC/2015, tendo a Agravante efetuado devidamente o recolhimento do preparo, preenchendo assim os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

II – Do Julgamento do Mérito Recursal:

a) Da forma de correção do débito exequendo

Da percuciente análise de todo o processado até aqui, exsurge incontroverso que o índice de correção a ser adotado para o cálculo dos valores devidos deve respeitar o convencionado pelas partes no contrato por elas entabulado.

Originalmente, o contrato previa como índice de reajuste a variação das Obrigações do Tesouro Nacional (OTN's), conforme expresso na sua cláusula terceira (fl. 77):

> Cláusula Terceira: Pagará a LOCATÁRIA, até o dia 05 do mês seguinte ao vencido, o aluguel mensal de Cz$ 40.000,00 (quarenta mil cruzados), reajustado semestralmente nos meses de janeiro e julho, de acordo com o índice de variação das OTN's – Obrigações do Tesouro Nacional -, ou outro índice oficial equivalente que vier a substituí-las.

Como é cediço, o art. 18 da Lei das Locações dispõe expressamente que: "É lícito às partes fixar, de comum acordo, novo valor para o aluguel, bem como inserir ou modificar cláusula de reajuste" – grifei.

Dessa forma, no aditivo contratual entabulado pelas partes, em 26/03/1991, elas houveram por bem adotar como forma de reajuste o índice da poupança, conforme depreende-se do parágrafo único, da cláusula segunda daquele aditivo (fl. 79):

> CLÁUSULA SEGUNDA: A partir de 1° de março de 1991 a LOCATÁRIA pagará o aluguel mensal no valor de Cr$ 220.000,00 (duzentos e vinte mil cruzeiros) até o dia 05 (cinco) do mês seguinte ao vencido, em moeda corrente nacional.
>
> Parágrafo único: O aluguel será reajustado trimestralmente nos meses de junho, setembro, dezembro e março de cada ano pelo **índice da poupança.**

Posteriormente, em 1°/07/1994, em novo aditivo contratual, as partes ajustaram o seguinte em relação ao reajuste dos aluguéis (fl. 82):

> Cláusula terceira: O locativo não sofrerá reajuste pelo período de doze meses. Vencido tal período o locativo será reajustado pela **variação do índice** contratual verificado no período, salvo sua substituição por outro índice oficial.

Como se pode ver, no primeiro aditivo, de 1991, as partes alteraram o índice de reajuste, de Obrigações do Tesouro Nacional para o índice da poupança, conquanto que no segundo aditivo contratual, de 1994, modificaram a periodicidade desse reajuste, mas mantendo a referência à variação do índice da poupança.

Pois bem, em relação à forma de remuneração dos depósitos em caderneta de poupança, a Lei n. 8.177/1991, assim prescrevia em seu art. 12:

> Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:
>
> I – como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD, no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive;
>
> II – como adicional, por juros de meio por cento ao mês;

Importante esclarecer que, atualmente a remuneração adicional (inciso II) tem o percentual de 0,5% como teto, acompanhando a variação da taxa Selic, de acordo com os critérios da Lei n. 12.703/2012.

Conforme se depreende da leitura do dispositivo legal, a remuneração da poupança se dá pela Taxa Referencial acrescida da remuneração adicional, que juntos formam o denominado "índice global de remuneração dos depósitos de poupança" ou ainda "índice cheio da poupança".

Da percuciente análise do contrato firmado entre as partes, infere-se que essa foi a forma de reajuste dos aluguéis convencionada.

Por sua vez, a sentença da Ação Renovatória decidiu expressamente que os aluguéis seriam "corrigidos em dezembro de cada ano pela

variação da poupança" (fls. 135-136). O acórdão que julgou a Apelação Cível interposta dessa decisão, não modificou o índice de correção fixado na sentença, porquanto não foi objeto da insurgência recursal e as decisões posteriores também não modificaram a forma de correção ajustada contratualmente pelas partes.

Importante ressaltar que os Embargos Infringentes decidiram a questão relativa aos juros de mora. Muito embora a declaração de voto vencedor do e. Des. NEWTON TRISOTTO tenha feito referência à forma de remuneração dos investimentos em caderneta de poupança, no julgamento dos Embargos de Declaração interpostos contra essa mesma decisão, o Des. Relator, Pedro Manoel Abreu, deixou claro que a questão "não foi objeto de discussão nos embargos infringentes" e que "a correção monetária segue o contrato locatício firmado pelas partes".

Reputo oportuno consignar a explicação exarada pelo Des. Pedro Manoel Abreu, nos Embargos de Declaração, a respeito da declaração de voto vencedor e do que foi objeto efetivo de análise e decisão no julgamento dos Infringentes:

> De outro turno, Maria de Lourdes Ribas pugna por esclarecimentos acerca do voto proferido pelo eminente Des. Newton Trisotto, que, à evidência, não proferiu voto condutor, sendo este reservado ao signatário. Desnecessário esclarecer o nele constante, uma vez que não influenciou no resultado do julgamento e tampouco foi objeto de discussão nos embargos infringentes. Somente haveria necessidade de apreciar aclaratórios para tratar das questões levantadas no voto vencido se houvesse divergência entre os julgadores, o que, na hipótese, não ocorreu, posto que o julgamento foi unânime. A respeito da correção monetária, aliás, o aresto apenas consignou que ela seria verificada pelo que as partes avençaram. Não houve decisão, no julgado, a esse respeito.
>
> [...]
>
> Ocorre, contudo, que a matéria nele encartada não foi objeto de decisão, posto que, frise-se novamente, a correção monetária foi aquela

> convencionada pelas partes no contrato locatício. Os embargos de Maria de Lourdes Ribas, portanto, devem ser rejeitados.
>
> [...]
>
> No mérito, acolher os embargos de Dimed S/A, para esclarecer que: a) os juros de mora sobre as diferenças havidas de alugueres incidem a partir do trânsito em julgado da demanda, ocorrido em 18.08.2009 e; b) a correção monetária segue o contrato locatício firmado pelas partes – grifei.

Portanto, em mais de uma decisão, foi referendado o critério de reajuste estabelecido pelas partes, qual seja, o índice de variação da poupança.

Muito embora a Agravante defenda que o índice da poupança corresponda exclusivamente à Taxa Referencial, reputo que essa não seja a melhor exegese a ser adotada, sobretudo depois do cotejo entre o contrato de locação e as decisões judiciais tomadas em mais de 21 anos de tramitação da demanda.

Sobre o tema, valho-me dos conhecimentos do Dr. Valdir Francisco Colzani, perito judicial responsável pela prova técnica produzida no feito, que esclareceu que "o índice mensal de variação da poupança é representado, desde a lei 8.177, de 01/03/1991, pela variação mensal da TR + juros capitalizados de 0,5% ao mês, o que resulta em 6,1678% ao ano" (fls. 851).

Não se olvida que a Taxa Referencial é tida como índice de correção monetária dos depósitos em caderneta de poupança e que a jurisprudência admite que ela seja utilizada como fator de correção, todavia, nem as partes nem nenhuma decisão judicial estabeleceu que ela, por si só, seria o índice de correção dos aluguéis no caso em tela. Pelo contrário, a alusão sempre foi à "poupança", que como adredemente explicitado, corresponde à índice mais amplo, composto de TR + juros de meio ponto percentual.

Como bem ressaltou o Magistrado *a quo* na decisão agravada:

> Se os índices da poupança foi o critério e método escolhido pelas partes, e se os depósitos em poupança são remunerados com juros de 0,5%, capitalizados mensalmente, fracionar essa equação para afastar esse mesmo critério – capitalização dos juros de 0,5% - , representaria violação ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, pois a sentença referendou esse critério. Se se pretendia somente corrigir os aluguéis pela taxa referencial, sem os juros de 0,5, capitalizados mensalmente, essa ressalva deveria constar expressamente do contrato, pois então não se teria a expressão "*variação da poupança.*

Dessa forma, uma vez contratado entre as partes que o reajuste seria pela variação do índice da poupança e se, por força de lei, esse índice é composto pela TR + 0,5%, inconteste que é esse o parâmetro que deve ser utilizado para a elaboração dos cálculos do valor devido.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência deste e. Tribunal de Justiça:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO *DECISUM*. NULIDADE RECHAÇADA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONDENAÇÃO PARA RESTITUIÇÃO COM APLICAÇÃO DOS ÍNDICES OFICIAIS APLICÁVEIS À CADERNETA DE POUPANÇA. IRRESIGNAÇÃO EM RELAÇÃO AO 0,5% QUE INTEGRA O CÁLCULO DOS RENDIMENTOS DA POUPANÇA. CÁLCULO DO ÍNDICE DA CADERNETA QUE ENGLOBA MEIO PONTO PERCENTUAL. AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO EXTRA PELO PERITO JUDICIAL. CÁLCULO CORRETO. LAUDO OFICIAL QUE DEVE PREVALECER EM CASO DE DIVERGÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPRÓVIDO. De acordo com o Banco Central o cálculo dos rendimentos de poupança é feito com base na remuneração básica (Taxa Referencial - TR) mais 0,5 ponto percentual, de modo que determinada a restituição das verbas de contribuição previdenciária esta deve conter as correções devidas pelos índices oficiais aplicados, sem

> qualquer restrição (Agravo de Instrumento n. 2009.073927-0, de Mafra, rel. Des. SAUL STEIL, j. 31/01/2012 - grifei).

No mesmo sentido:

> FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA (ART. 475-I,CPC). IMPUGNAÇÃO: EXCESSO DE EXECUÇÃO (ART. 475-L,V,CPC). REJEIÇÃO SUMÁRIA (ART. 475-L,§2°,CPC).
>
> [...] se o título judicial determina que incidam os índices aplicáveis às cadernetas de poupança, se tais índices congregam taxa básica de remuneração e juros (art. 12, I-II, Lei n. 8.177/91), e se não há nenhuma ressalva em sentido contrário, correto é concluir que ambos os componentes da fórmula, abrangidos pela coisa julgada material, devem ser utilizados enquanto fator de atualização do crédito, nisso não existindo excesso (Agravo de Instrumento n. 2007.043317-6, de Itaiópolis, rela. Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA, j. 19/02/2008 – corpo do acórdão).

A Agravante também sustenta em suas razões recursais, que no julgamento dos Embargos Infringentes, teria ficado estabelecido que os juros incidentes sobre o débito deveriam ser simples, legais e contados somente a partir do trânsito em julgado da Ação Renovatória, razão pela qual entende que, adotando-se o entendimento de que o índice de variação da poupança consiste na conjugação da TR + 0,5% ao mês, estar-se-ia admitindo a correção de forma mensal, o que implicaria em ofensa à coisa julgada.

Todavia, do cotejo entre a decisão proferida nos Embargos Infringentes e nos Embargos de Declaração contra eles interpostos, percebe-se que também este julgado manteve a correção monetária pelos critérios estipulados no contrato.

É o que consta expressamente do dispositivo daqueles aclaratórios:

> No mérito, acolher os embargos da Dimed S.A., para esclarecer que: a) os juros de mora sobre as diferenças havidas de alugueres incidem a

> partir do trânsito em julgado da demanda, ocorrido em 18.08.2009 e; b) a correção monetária segue o contrato locatício firmado entre as partes.

A Agravante também entende que a questão estaria preclusa porque ao determinar a realização de perícia o Magistrado *a quo teria* afirmado que não se admitiria qualquer forma de capitalização dos juros nos cálculos. Entretanto, analisando a decisão citada pela Recorrente, colacionada às fls. 590/592, denota-se, uma vez mais, que determinou-se a observância da correção monetária pela variação da poupança, senão vejamos:

> Não vislumbro autorização da sentença ou do acórdão para que os juros de mora ou legais, fossem capitalizados, ainda que em periodicidade anual. Isso não se confunde com a adoção da "variação da poupança" [fls. 105], contemplada pela sentença como critério de correção das prestações vencidas (fl. 591).

Sobre o tema, relevante transcrever o esclarecimento prestado pelo perito judicial (registre-se que a perícia foi realizada na execução provisória, antes do julgamento da Ação Rescisória e recursos posteriores que alteraram o termo inicial de incidência dos juros moratórios), Dr. Valdir Francisco Colzani, acerca da forma de cálculo da correção monetária pela variação da poupança:

> Por mais simplório que possa parecer, há que se dizer que a correção da poupança deve ser capitalizada mensalmente, em respeito à Resolução do Bacen 1.236, de 30/01/1986, e ao Decreto-Lei 2.311, de 23/12/1986, pois, se assim não fosse, a correção, por exemplo, de 1% ao mês resultaria em 36% após 36 meses, quando, na verdade, a sua variação teria sido de 43,0769%.
>
> Imagine-se no período de inflação elevadíssima da ordem de 20% ao mês, se não acumulada representaria apenas 240% ao final de 12 meses, quando seu reflexo efetivo teria sido de 791,61%.
>
> Quanto aos juros capitalizados anualmente, o que representa 6,1678% é exatamente o que se acha contido na variação da poupança que as Partes elegeram como indexador do contrato que firmaram, o qual foi mantido

> pela sentença de Primeiro Grau e pelo egrégio TJSC, nada mais tendo a acrescentar ao que foi exaustivamente dito na seção anterior.

Ora, se o contrato firmado entre as partes prevê a correção monetária pela variação do índice da poupança, se a sentença e decisões posteriores abonaram tal critério, e se o referido índice congrega taxa básica de remuneração e juros (art. 12 da Lei n. 8.177/91), não há como se acolher a pretensão da Agravante de corrigir o valor devido apenas pela Taxa Referencial (TR).

Por fim, oportuno ressaltar que não se desconhece o entendimento jurisprudencial alinhavado pela Agravante em seu recurso, no sentido de que a TR é índice de correção monetária da poupança, e as decisões que nos contratos do Sistema Financeiro da Habitação reputam como válida apenas a TR para fins de correção dos débitos contratados sob a rubrica "índices aplicáveis à caderneta de poupança".

Entretanto, para o deslinde da questão versada nesse recurso sobreleva considerar que nem o contrato, nem a sentença ou nenhuma decisão previu como fator de reajuste dos aluguéis pela Taxa Referencial, por si só, mas sim a variação da poupança, que é índice distinto, tanto que o próprio Banco Central, em sua página eletrônica, na ferramenta denominada "calculadora do cidadão", permite que se faça a correção de valores apenas pela TR ou pela "poupança".

b) Da desnecessidade de complementação da prova pericial

Em suas razões recursais, a Agravante também ataca o ponto da decisão judicial que dispensou a complementação da prova pericial.

De acordo com a Agravante, o fato de as partes defenderem posições antagônicas quanto aos critérios que serão utilizados para apuração do *quantum debeatur*, aliada à complexidade dos cálculos justificaria a necessidade de complementação da perícia.

Na verdade, a discrepância verificada entre os cálculos realizados pelos litigantes, dizia respeito à forma como cada uma delas interpretava a correção monetária pela variação do índice da poupança.

Compulsando os autos, infere-se que o valor da diferença dos aluguéis a cujo pagamento a Dimed S.A. foi condenada, já foi apurado em perícia judicial, os juros de mora também já foram fixados como incidentes desde o trânsito em julgado da Ação Renovatória da Locação, remanescendo divergência apenas em relação a forma de cálculo da correção monetária. Como visto, os cálculos englobam apenas juros de mora e correção monetária, apuráveis por cálculos aritméticos.

Logo, a princípio, superada a divergência pela presente decisão, não mais subsistiria as consideráveis dissonâncias nos valores apontados pela credora e pela executada, uma vez que todos os demais critérios para o cálculo da dívida já foram exaustivamente decididos.

Outrossim, muito embora a Agravante verbere que ainda que valendo-se dos mesmos critérios adotados pela Agravada, chega a valores diversos dos encontrados pela Exequente, não apontou qualquer outro erro nos cálculos apresentados pela Agravada se não a fórmula por ela adotada para corrigir o débito pela variação dos índices da poupança, razão pela qual, definidos nesta decisão os critérios para a apuração do valor devido, que pode ser realizado por cálculos aritméticos, é despicienda, por ora, a complementação da prova pericial.

Contudo, apresentado os cálculos pela credora com base nos critérios aqui definidos e, verificado equívoco nessa operação, é faculdade do Magistrado *a quo*, se valer do disposto no art. 524, § 2° do CPC/2015, assegurada a impugnação pela devedora/Agravante no momento oportuno.

> CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REMESSA AO CONTADOR JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO DO CÁLCULO. IMPUGNAÇÃO. PEDIDO

DE PERÍCIA. DESNECESSIDADE. CRITÉRIOS DE CÁLCULO DETALHADOS NO COMANDO CONDENATÓRIO. VÍCIOS SANÁVEIS NO DOCUMENTO ELABORADO PELA CONTADORIA. ACOLHIMENTO PARCIAL. Na fase de cumprimento de sentença, havendo disparidade entre os cálculos apresentados, deve o magistrado solicitar o auxílio do contador judicial para que se resolva a controvérsia. Dispensável a realização de perícia ante a ausência de complexidade envolvida no cálculo, que deverá aplicar os índices constantes no comando condenatório. O laudo a ser elaborado pela contadoria judicial deve especificar os critérios utilizados para a apuração da base de cálculo, bem como os encargos incidentes, além de ser assinado pelo responsável técnico (Agravo de Instrumento n. 2009.035892-2, da Capital, rel. Des. SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA, j. 06/02/2014).

DESNECESSIDADE DE PROVA TÉCNICA A FIM DE VERIFICAR O "QUANTUM DEBEATUR" - APURAÇÃO DO IMPORTE POR CÁLCULOS ARITMÉTICOS CONFORME OS CRITÉRIOS FIXADOS NAQUELA "ACTIO" - PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS AFASTADOS - RECLAMO PROVIDO NO PONTO. Não é necessária prévia perícia quando a apuração quantitativa do valor devido pode ser feita mediante a elaboração de cálculos aritméticos, a partir de elementos e critérios definidos na demanda revisional. "In casu", a verificação do "*quantum* debeatur" na "actio" de revisão contratual, a qual ainda não transitou em julgado, ocorrerá pela simples apresentação de meros cálculos aritméticos pela parte, revelando-se desnecessária, via de regra, a determinação de prova técnica para este desiderato (Agravo de Instrumento n. 0008822-76.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. ROBSON LUZ VARELLA, j. 24/01/2017).

c) Da possibilidade de penhora pelo sistema Bacen-Jud

A Agravante também se insurge contra o ponto da decisão que

advertiu que na hipótese de não pagamento haverá penhora pelo sistema Bacen-Jud (penhora *on line)*.

De acordo com a Recorrente, tal determinação é incabível, inicialmente porque entende que o *quantum debeatur* ainda precisaria ser apurado por perícia judicial e porque há nos autos um imóvel penhorado, avaliado em R$ 20 milhões de reais, suficiente para garantir a execução, razão pela qual a Agravada não terá nenhum prejuízo com a não realização da penhora *on line*.

Defendeu, ainda, que eventual penhora eletrônica a prejudicaria de maneira irreparável.

Sem razão a Agravante.

A determinação quanto ao deferimento da constrição de valores pelo Juízo singular está em plena consonância com a regra de que a execução se faça pelo modo menos gravoso para o devedor (art. 805 do CPC/2015), pois, apesar da existência de colisão entre os dois princípios processuais, o da menor onerosidade para o devedor e o da efetividade da execução em favor do credor, num juízo de ponderação e bom senso, deve prevalecer o último.

O art. 835 do Código de Processo Civil de 2015, prevê que a penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

> Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
>
> I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
>
> [...]
>
> § 1º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Deve ser salientado também que a previsão do bloqueio eletrônico no Código de Processo Civil torna mais forte e revigora o caráter de não exceção da medida, mas sim de regra de procedimento, especialmente diante do § 1° do art. 835.

Portanto, eventual bloqueio de numerário nas contas de titularidade da Agravante, a fim de possibilitar a realização da penhora, é procedimento legal.

Ademais, no caso em apreço, a devedora/Agravante não trouxe nenhuma prova de eventual bloqueio em suas contas bancárias possa vir a comprometer sua capacidade financeira, como também não o fez quando recorreu da primeira determinação de penhora *on line* neste feito, motivando o desprovimento do seu recurso, por fundamentos que, como continuam válidos no caso, transcrevo a seguir:

> A agravante visa à nulidade da penhora realizada por entender que a execução deve ser realizada por meio menos gravoso para o devedor, nos termos do art. 620, do Código de Processo Civil, razão pela qual o bloqueio de seus ativos financeiros não merece subsistir, por importar prejuízo ao exercício de sua atividade comercial. Razão, contudo, não lhe assiste. Isso porque, a Lei n. 11.382/2006 alterou o Código de Processo Civil substituindo a execução formal pela fase de cumprimento de Sentença no mesmo processo, com vistas a dar celeridade e efetividade ao procedimento executivo. Em atenção a tais predicados, estabeleceu, no art. 655, do CPC, ordem de preferência de bens penhoráveis, qual seja: "A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II - veículos de via terrestre; III - bens móveis em geral; IV - bens imóveis; V - navios e aeronaves; VI - ações e quotas de sociedades empresárias; VII - percentual do faturamento de empresa devedora; VIII - pedras e metais preciosos; IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado; X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; XI - outros direitos." Se assim o é, a penhora dos valores depositados nas contas da devedora não padece de nenhum vício de ilegalidade, devendo ser rejeitada tão-somente mediante prova robusta a demonstrar o risco de grave lesão à executada, o que não é o caso dos autos. *In casu*, a agravante limita-se a afirmar que o bloqueio de valores em suas contas bancárias prejudica o exercício de sua atividade comercial, sem contudo, apresentar qualquer elemento hábil a comprovar tal alegação, não tendo se desincumbido do ônus que lhe competia (art. 333, II, do CPC).

Sobre a distribuição do ônus da prova, ensina Humberto Theodoro Júnior: "Não propriamente um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigira prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente." (*in* Curso de direito processual civil, 26 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, v.1, p. 423). Demais disso, importante salientar que a penhora através do sistema Bacen Jud não exige o exaurimento de todas as outras vias possíveis de constrição, pois obedece à ordem prevista no art. 655 do CPC, não ofendendo o princípio da menor onerosidade para o devedor, e dá efetividade ao procedimento de execução, de forma a conceder ao credor o direito tutelado de forma célere e eficiente. Ademais, importante salientar que se por um lado a execução deve ser conduzida pelo meio menos gravoso ao devedor (art. 620, do CPC), por outro, não se pode ignorar o fato de que o procedimento executivo desenvolveu-se no interesse do credor, conforme dispõe o art. 612, do Código de Processo Civil, *verbis:* "Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados." Sobre a matéria, destaca-se da jurisprudência deste Tribunal: "Embora a execução se deva realizar pelo modo menos gravoso para o devedor (art. 620 do CPC), não pode o aplicador do Direito olvidar que ela se realiza no interesse do credor (art. 612, CPC). Sob esta perspectiva, é equivocado entender que a penhora em dinheiro constitui menoscabo àquele primeiro princípio. Na ordem de nomeação de bens prevista no art. 655, do Código de Processo Civil, o dinheiro ocupa a primeira posição e em todo o Livro II, desse estatuto, não há uma só palavra a condicionar a sua constrição à ausência ou insuficiência de outros bens. Na verdade e em regra, só se opõe à penhora de dinheiro quem pretende postergar o processo, ainda que isso possa reverter em seu detrimento." (AI n. 2007.045928-0, Rel. Des. Newton Janke, j. 06-03-2008). Outrossim, compulsando-se o autos verifica-se que o capital social da sociedade empresária agravante é de R$ 84.000.000,00 (oitenta e quatro milhões de reais) (fl. 169), razão pela qual é possível concluir-se, sem maiores esclarecimentos, ter a agravante numerário suficiente para satisfação do débito sem prejuízo de suas atividades comerciais. Em sendo

assim, inegável que a penhora de valores da conta corrente da executada é o modo mais eficaz de garantir a satisfação do crédito da exequente. Nesse sentido, destaca-se do acervo jurisprudencial Catarinense: "AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA – LETRAS FINANCEIRAS DO TESOURO NACIONAL (LFTs) – NÃO ACEITAÇÃO PELO EXEQÜENTE – DETERMINAÇÃO PARA QUE A CONSTRIÇÃO RECAIA SOBRE DINHEIRO – OBSERVÂNCIA DA ORDEM LEGAL – EXEGESE DO ART. 655 DO CPC – INTERPRETAÇÃO HARMÔNICA ENTRE OS PRINCÍPIOS DA MENOR ONEROSIDADE PARA O DEVEDOR E DA UTILIDADE DA EXECUÇÃO PARA O CREDOR – DECISÃO MANTIDA – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – RECURSO DESPROVIDO. Não comprovada a existência de prejuízo para o devedor, deve-se observar a ordem legal estabelecida para a constrição em dinheiro. Proceder a execução de modo menos gravoso para o devedor não significa retirar do credor as garantias legais para a satisfação do seu crédito." (Agravo de Instrumento n. 2006.028743-5, Rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 23-11-2006). E: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – DECISÃO ADMITINDO PENHORA DO VALOR EXEQÜENDO EM CONTA BANCÁRIA DO EXECUTADO – POSSIBILIDADE – ART. 655, I DO CPC – FALTA DE COMPROVAÇÃO EXPRESSA DE PREJUÍZO FINANCEIRO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO É de admitir-se a penhora do valor exeqüendo sobre a conta corrente de propriedade do executado, mormente por não haver expressa confirmação de que tal gravame trar-lhe-ia prejuízo (Agravo de Instrumento n. 2006.034651-9, Rel. Des. Edson Ubaldo, j. 26-07-2007). Destarte, a decisão objurgada deve ser mantida, já que visa dar maior celeridade e efetividade a execução, bloqueando os valores necessários ao pagamento do título executivo judicial executado, através dos meios necessários à sua efetivação, conforme o disposto no art. 655-A, do Código de Processo Civil: "Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução." Desta feita, não havendo óbice à constrição judicial de valores depositados em contas

> bancárias da executada, bem assim à míngua de prova do risco de grave lesão à executada, em homenagem à ordem preconizada pelo art. 655, do Código de processo Civil, a manutenção da penhora sob numerário é medida de justiça. Assim, revogo o efeito ativo concedido pelo Juiz de Segundo Grau que determinou a liberação do valor bloqueado via Bacen Jud em favor da agravante (fls. 526/529), restabelecendo-se imediatamente a constrição via Bacen Jud, através de fac-simile, a ser transmitida ao Juízo *a quo* para cumprimento urgente da medida. O levantamento da penhora sobre o imóvel somente poderá ser implementado quando novamente houver constrição de numerário suficiente à satisfação do débito. Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento (Agravo de Instrumento n. 2008.063319-5, de Lages, rel. Des. STANLEY DA SILVA BRAGA, j. 14/09/2010 – fls. 1.237/1.239).

d) Da incidência da multa do art. 523, § 1° do CPC/2015

Aqui, faz-se mister consignar que a questão relativa à incidência ou não da multa do art. 523, § 1° do CPC/2015 (antigo art. 475-J do CPC/1973), é objeto de análise do Agravo de Instrumento n. 0035382-55.2016.8.24.0000, interposto pela ora Agravada, Maria de Lourdes Ribas, contra a mesma decisão aqui objurgada e que também será objeto de julgamento na data de hoje.

No presente recurso, a Dimed S.A., pugnou que a multa só incidisse depois que o *quantum debeatur* fosse definido por perícia complementar. Todavia, inexistindo necessidade de complementação da prova pericial, não há como se afastar a aplicabilidade da multa ao devedor que, depois de intimado, não cumpre voluntariamente a obrigação que lhe foi imposta por título judicial, nos termos expressos na decisão recorrida, que não merece reparos no ponto.

Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0002843-73.2013.8.24.0054
Relator: Desembargador Joel Figueira Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. IMÓVEL DESTINADO À MORADIA. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 2.028 DO CÓDIGO CIVIL EM VIGÊNCIA. EXISTÊNCIA DE REGRA ESPECÍFICA. ARTIGO 2.029 C/C 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. PRAZO AQUISITIVO DE 10 ANOS, APÓS 2 ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL 2002. HIPOTECA SOBRE O IMÓVEL QUE NÃO REPRESENTA ÓBICE À PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. RECONHECIMENTO DA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS DA POSSE MANSA, PACÍFICA, ININTERRUPTA E COM *ANIMUS DOMINI*. INVERSÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. RECURSO DA RÉ DESPROVIDO E DA AUTORA PROVIDO.

I – Não se aplica a regra de transição do artigo 2.028 do Código Civil quando há na legislação norma específica ao caso concreto.

In casu, tratando-se de ação de usucapião extraordinária, em que a Autora utiliza o imóvel para moradia habitual, aplica-se a regra específica do artigo 2.029 c/c 1.238, parágrafo único, ambos do Código Civil de 2002.

II – A existência de hipoteca gravada na matrícula do imóvel não obsta à sua aquisição pela usucapião, mormente se a modalidade não depender de justo título e boa-fé, como é o caso da usucapião extraordinária.

III – Para a caracterização da prescrição aquisitiva capaz de dar azo à usucapião extraordinária, faz-se necessário que o interessado, com *animus domini* (posse plena ou absoluta), mantenha a posse mansa, pacífica e ininterrupta da coisa por um prazo não inferior a quinze anos, podendo reduzir-se para dez anos, conforme o disposto no art. 1.238 do Código Civil.

Nessa toada, demonstrados durante a instrução processual os requisitos necessários para a aquisição do imóvel por meio

da usucapião extraordinária, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

IV – Tendo os Réus resistido à pretensão da Autora por meio da apresentação de defesa e interposição de recurso de apelação, respondem pelas verbas sucumbenciais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0002843-73.2013.8.24.0054, da comarca de Rio do Sul Vara da Faz. Pública, Ac. do Trabalho e Reg. Pub. em que é Apte/Apdo Rodobens Administradora de Consórcios Ltda e Apdo/Apte Margrit Reinke.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade de votos, conhecer de ambos os recursos, negar provimento ao recurso da Ré e dar provimento ao recurso da Autora. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 9 de março de 2017, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Joel Dias Figueira Júnior e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Júlio César M. Ferreira de Melo e Cesar Abreu.

Funcionou como representante do Ministério Público a Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça Monika Pabst e lavrou parecer a Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça Gladys Afonso.

Florianópolis, 9 de março de 2017.

Joel Dias Figueira Júnior
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Margrid Reinke ajuizou *ação de usucapião extraordinária* contra Cláudio

Ricier Brito pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos na exordial de fls. 2-10, alegando, em síntese, que desde o ano de 1991, detém a posse mansa, pacífica, ininterrupta e com *animus domini* de um imóvel com área total de 607m², localizado na Rua Professor João Conrado Stoll, n. 929, Bairro Budag, na cidade de Rio do Sul/SC, de propriedade do Réu.

Por tal razão, requereu a declaração do domínio sobre o bem objeto da lide, com o consequente registro em seu nome.

À fl. 46, foi deferido à Autora o benefício da gratuidade da justiça.

Emenda à inicial (fl. 50), com pedido de alteração do valor da causa.

Regularmente citado, o Réu (fls. 54-55), bem como os confinantes (fls. 76-77) e eventuais interessados (fls. 94-95), deixaram o prazo transcorrer *in albis* sem que fosse apresentada defesa.

Devidamente intimadas, as Fazendas Públicas Federal (fl. 62) e Estadual (fl. 63), deixaram o prazo transcorrer sem apresentar manifestação, enquanto que o Município de Rio do Sul/SC (fls. 65-66), afirmou não ter interesse na causa (fl. 73).

Ao Réu revel, citado por edital (fl. 94-95), foi nomeado curador especial que, intimado (fl. 96-v), apresentou resposta em forma de contestação (fls. 98-99), sustentando, em suma, que a posse exercida pela Autora é precária, motivo pelo qual o pedido deve ser julgado improcedente.

Réplica às fls. 116-118.

O Ministério Público, em parecer da lavra do eminente Promotor de Justiça Ernani Dutra, deixou de opinar no feito por entender ausente interesse que justificasse sua intervenção (fl. 120).

Citada (fl. 134), a empresa credora da hipoteca que recai sobre o imóvel litigioso – Rodobens Administradora de Consórcios Ltda. – apresentou contestação extemporânea (fls. 154-170).

Sentenciando antecipadamente (fls. 146-149), o Magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido. Por consequência, condenou a Autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$ 1.500,00, cuja exigibilidade está suspensa em razão da gratuidade da justiça que lhe foi deferida.

Inconformada, a Demandante interpôs recurso de apelação (fls. 220-242), pugnando, em suma, pela decretação de nulidade da sentença proferida pelo Magistrado *a quo*, ante o cerceamento de defesa ocorrido, com o consequente retorno dos autos à origem para regular processamento do feito.

A Ré Rodobens Administradora de Consórcios Ltda. opôs embargos de declaração (fls. 253-256), que foram rejeitados (259-260).

Contrarrazões às fls. 267-288.

Em julgamento realizado por esta Quarta Câmara de Direito Civil (fls. 319-328), o apelo foi conhecido e provido.

Após o retorno dos autos à origem, o feito foi saneado (fl. 333).

Em audiência de instrução e julgamento, foi produzida prova testemunhal (fls. 342-343).

Alegações finais do Réu às fls. 354-355 e da Autora às fls. 357-364.

Sentenciando (fls. 373-381), o Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido para declarar o domínio da Autora sobre o imóvel matriculado sob o n. 31.452, no Registro de Imóveis da cidade de Rio do Sul/SC, por consequência, cancelou o registro R-3-31452, relativo à hipoteca. Ao final, condenou a Demandante ao pagamento das despesas processuais, cuja exigibilidade está suspensa em razão da gratuidade da justiça que lhe foi deferida.

Irresignada, a Ré Rodobens Administradora de Consórcios Ltda. interpôs recurso de apelação (fls. 385-396), postulando a reforma total

da sentença, sob o fundamento de que não resultaram comprovados pela Autora os requisitos autorizadores da aquisição do imóvel pela usucapião.

Recurso adesivo da Demandante (fls. 420-424), pugnando pelo afastamento da sua condenação ao pagamento das despesas processuais.

Contrarrazões da Autora às fls. 404-418.

O Ministério Público, em parecer da lavra da eminente Procuradora Gladys Afonso, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto pela empresa Rodobens Administradora de Consórcios Ltda., bem como pelo não conhecimento do recurso adesivo da Autora.

Presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos.

É o relatório.

VOTO

1 Do recurso da Ré Rodobens Administradora de Consórcios Ltda.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Ré Rodobens Administradora de Consórcios Ltda. contra a sentença que julgou procedente o pedido exordial.

Sustenta a Demandada, em suas razões recursais, que não resultaram demonstrados pela Demandante os requisitos autorizadores da aquisição do imóvel pela usucapião, motivo pelo qual o *decisum* deve ser inteiramente reformado.

Razão, contudo, não lhe assiste.

Para a caracterização da prescrição aquisitiva capaz de dar azo à usucapião extraordinária, faz-se necessário que o interessado, com animus domini (posse plena ou absoluta), detenha a posse mansa, pacífica e ininterrupta da coisa pelo prazo estabelecido em lei para o caso concreto.

Para os casos de usucapião em que a parte tenha utilizado o imóvel como moradia habitual não se aplica a regra de transição prevista no art.

2.028 do Código Civil, mas sim a regra especial do art. 2.029 cumulado com o art. 1.238, parágrafo único, ambos do Código Civil, *in verbis*:

> Art. 2.029. Até dois anos após a entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e no parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior, Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916.
>
> Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
>
> Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Assim, tem-se que a legislação vigente proporcionou um prazo especial de transição para as hipóteses dos artigos supracitados. Nesse sentido colhe-se da doutrina de Maria Helena Diniz sobre os ditames do artigo 2.029 do Código Civil:

> Prazo de usucapião: Os prazos de usucapião extraordinário (de dez anos se o possuidor estabeleceu no imóvel sua moradia habitual ou nele realizou obras ou serviços de caráter produtivo) e de usucapião ordinária (de cinco anos se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base em registro constante de cartório próprio, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesses social e econômico) sofrerão, até dois anos após a entrada em vigor de novo Código, um acréscimo de dois anos, pouco importando o tempo transcorrido sob a égide do Código Civil de 1916. A partir de 11-1-2005 aos prazos de usucapião ordinária e extraordinária não mais deverão ser adicionados os dois anos, pois o art. 2.029 é norma transitória que não mais terá aplicabilidade (Código Civil Comentado. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1957). (Grifou-se)

Sobre o tema colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. POSSE PARCIALMENTE EXERCIDA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 1.238, § ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INTELIGÊNCIA DA REGRA DE TRANSIÇÃO ESPECÍFICA CONFERIDA PELO ART. 2.029. POSSE MANSA E PACÍFICA. SÚMULA 7/STJ.
>
> [...]
>
> 3. Ao usucapião extraordinário qualificado pela "posse-trabalho", previsto no art. 1.238, § único, do Código Civil de 2002, a regra de transição aplicável não é a insculpida no art. 2.028 (regra geral), mas sim a do art. 2.029, que prevê forma específica de transição dos prazos do usucapião dessa natureza.
>
> 4. É plenamente possível o reconhecimento da prescrição aquisitiva quando o prazo exigido por lei se exauriu no curso do ação de usucapião, por força do art. 462 do CPC, que privilegia o estado atual em que se encontram as coisas, evitando-se provimento judicial de procedência quando já pereceu o direito do autor ou de improcedência quando o direito pleiteado na inicial, delineado pela causa petendi narrada, é reforçado por fatos supervenientes. Precedentes. [...] (AgRg no Resp 1163175/PA, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dj 19-3-2013).

E também de minha lavra:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. IMÓVEL DESTINADO À PLANTIO. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 2.028 DO CÓDIGO CIVIL. EXISTÊNCIA DE REGRA ESPECÍFICA AO CASO. ARTIGO 2.029 C/C 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. PRAZO AQUISITIVO DE 10 ANOS,

> APÓS 2 ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL 2002. DEMONSTRAÇÃO DE POSSE MANSA, ININTERRUPTA E COM ANIMUS DOMINI. REQUISITOS PARA O PREENCHIMENTO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA CARACTERIZADOS. RECURSO PROVIDO. I - Não se aplica a regra de transição do artigo 2.028 do Código Civil quando há na legislação norma específica a incidir no caso concreto. Tratando-se de ação de usucapião extraordinária, em que os autores utilizam o imóvel para plantio ou moradia, aplica-se a regra específica do artigo 2.029 c/c 1.238, parágrafo único, ambos do Código Civil/2002. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2014.067713-4, de Campo Belo do Sul, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 28-01-2016). (Grifou-se)

Destarte, ajuizada a ação em 2-4-2013 (fl. 2), o prazo prescricional aquisitivo deve ser de 10 anos, pois passados mais de dois anos da entrada em vigor do Código Civil/2002, não devendo, portanto, haver qualquer acréscimo na contagem do prazo.

Consoante se infere dos autos, resultou suficientemente demonstrado por meio dos depoimentos testemunhais, documentos (fls. 24-44) e fotografias colacionadas ao caderno processual (fls. 246-250), que a Autora reside no imóvel litigioso desde o ano de 1991, ou seja, há mais de 22 anos.

Os testigos ouvidos em audiência de instrução e julgamento (CD – audiovisual à fl. 343), em especial João Fábio Maçaneiro e Alminda Baade, asseguraram que residem próximo à Demandante há cerca de 30 (trinta) anos, e que, com a morte dos genitores da Autora, ela passou a ser reconhecida, por todos da vizinhança, como a única proprietária do bem.

As testemunhas afirmaram, ainda, que nunca houve qualquer discussão acerca da propriedade do referido imóvel, que antes pertencia, pelo que sabem, aos pais da Autora, bem como que, ao longo dos anos, a Demandante realizou diversas obras no bem, como a construção de

um muro de contenção, troca de calçada, além da realização de outras pequenas reformas destinadas à melhoria e conservação do imóvel.

A prova testemunhal, portanto, corrobora com a tese inicial de que, desde o ano de 1991, a Autora ocupa com exclusividade, com *animus domini* e sem oposição de quem quer que seja, o bem objeto de litígio.

Nessa toada, importante salientar, que a alegação do Réu de que a Autora habita o imóvel por mera tolerância sua, não subsiste. Isso porque, o Demandante não trouxe aos autos elementos mínimos de prova a corroborar as suas alegações, ônus que lhe competia com exclusividade, a teor do disposto no art. 333, II, do Código de Processo Civil de 1973.

Igualmente não prevalece a tese arguida pela Ré Rodobens Administradora de Consórcios Ltda. de que a existência de hipoteca sobre o imóvel representa óbice à prescrição aquisitiva.

A usucapião é modo de aquisição originária da propriedade, e, portanto, goza de autonomia quanto à eventual relação contratual existente sobre o imóvel, máxime quando a mesma não altera em nada a realidade fática do bem, que permanece sob a posse de quem zela pelo terreno, nele estabelecendo, inclusive, sua moradia – como, *in casu,* ocorre – a despeito de não ostentar sua propriedade.

A respeito do tema, colhe-se o entendimento manifestado pelo Min. Luis Felipe Salomão no julgamento do REsp 941.464, oriundo desta Corte Estadual:

> "[...] A declaração de usucapião é forma de aquisição originária da propriedade ou de outros direitos reais, modo que se opõe à aquisição derivada, a qual se opera mediante a sucessão da propriedade, seja de forma singular, seja de forma universal. Vale dizer que, na usucapião, a propriedade não é adquirida do anterior proprietário, mas, em boa verdade, contra ele. A propriedade é absolutamente nova e não nasce da antiga. É adquirida a partir da objetiva situação de fato consubstanciada na posse *ad usucapionem* pelo interregno temporal exigido por lei. Aliás, é até mesmo desimportante que existisse antigo proprietário.

> Os direitos reais de garantia não subsistem se desaparecer o "direito principal" que lhe dá suporte, como no caso de perecimento da propriedade por qualquer motivo. Com a usucapião, a propriedade anterior, gravada pela hipoteca, extingue-se e dá lugar a uma outra, *ab novo*, que não decorre da antiga, porquanto não há transferência de direitos, mas aquisição originária. Se a própria propriedade anterior se extingue, dando lugar a uma nova, originária, tudo o que gravava a antiga propriedade - e lhe era acessório - também se extinguirá.
>
> Assim, com a declaração de aquisição de domínio por usucapião, deve desaparecer o gravame real hipotecário constituído pelo antigo proprietário, antes ou depois do início da posse *ad usucapionem*, seja porque a sentença apenas declara a usucapião com efeitos ex tunc, seja porque a usucapião é forma originária de aquisição de propriedade, não decorrente da antiga e não guardando com ela relação de continuidade. (REsp 941.464/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 29/06/2012)

Nesse mesmo norte, precedentes desta Corte:

> APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO. IMÓVEL HIPOTECADO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. HIPOTECA CONSTITUÍDA SOBRE O IMÓVEL QUE NÃO REPRESENTA ÓBICE À PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. A existência de gravame de hipoteca sobre o bem usucapiendo não enseja qualquer impedimento ao acolhimento da pretensão inicial, inclusive, porquanto este sequer subsiste sobre o bem, já que com o reconhecimento da prescrição aquisitiva, extinguem-se os direitos reais que foram constituídos sobre o imóvel. Inexistindo providências por parte da credora hipotecária para desocupação do imóvel durante o período de ocupação da autora, a posse mostra-se mansa e pacífica, com animus domini, passível de usucapião (TJRS, Apelação Cível nº 70043071760, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, j.19.07.2012). [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2014.018970-1, de Descanso, rel. Des. Edemar Gruber, j. 13-10-2014).

> DIREITO CIVIL. AÇÃO VISANDO A EXTINÇÃO DE HIPOTECA E O CANCELAMENTO DO SEU REGISTRO NO CARTÓRIO IMOBILIÁRIO PROPOSTA POR AQUELE QUE ADQUIRIU A PROPRIEDADE DO IMÓVEL POR FORÇA DE SENTENÇA DECLARATÓRIA DE USUCAPIÃO. PRETENSÃO JULGADA PROCEDENTE. RESPONSABILIDADE DO RÉU PELAS DESPESAS DO PROCESSO. RECURSO DESPROVIDO. "Assegurada ao primitivo credor hipotecário participação na posterior ação de usucapião, não se pode ter como ilegal a decisão que reconhece ser a usucapião modo originário de aquisição da propriedade e, portanto, prevalente sobre os direitos reais de garantia que anteriormente gravavam a coisa" (STJ: T-4, REsp n. 620.610, Min. Raul Araújo; T-3, AgRgREsp n. 647.240, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva). 02. Tendo o réu resistido à pretensão do autor - consistente no cancelamento da hipoteca que grava o imóvel usucapido -, responde pelas despesas do processo. O fato de o autor não ter deduzido extrajudicialmente a sua pretensão não exonera o réu dos ônus da sucumbência se os termos da contestação e/ou do recurso revelarem, estreme de dúvida, que o pleito teria sido rejeitado. (TJSC, Apelação Cível n. 0002165-29.2014.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Newton Trisotto, j. 17-11-2016).

Assim, preenchidos os requisitos da usucapião extraordinária – nos termos acima expostos – impõe-se a manutenção da sentença que conferiu à Autora o direito à aquisição da propriedade por meio da usucapião.

2 Do recurso da Autora

Pugna a Demandante, em seu recurso adesivo, pela inversão do ônus de sucumbência, porquanto foi vencedora na demanda.

Razão lhe assiste.

É consabido que em ações de usucapião o ônus sucumbencial incide sobre quem se opor ao pedido formulado, em aplicação ao princípio da causalidade.

O assunto é pacificado neste Tribunal, colhendo-se, a título exemplificativo, o seguinte julgado:

> PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - INDEFERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA E CONDENAÇÃO DO RÉU AOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS - INCONFORMISMO [...] 2. AFASTAMENTO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA - INACOLHIMENTO - OFERECIMENTO DE CONTESTAÇÃO - RESISTÊNCIA CONFIGURADA - CONDENAÇÃO MANTIDA - APELO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 2. Em ação de usucapião, o oferecimento de contestação pelo confrontante manifestando oposição à pretensão inicial respalda a imposição dos ônus de sucumbência ao réu. (Apelação Cível n. 2013.059459-0, de Canoinhas, rel. Des. Monteiro Rocha, julgada em 22-5-2014). (Grifou-se)

Destarte, inverte-se os ônus da sucumbência a fim de que os Réus arquem com a integralidade das despesas processuais e honorários advocatícios, que se fixa em 15% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015.

Por todo o exposto, conhece-se de ambos os recursos, nega-se provimento ao recurso da Ré Rodobens Administradora de Consórcios Ltda. e dá-se provimento ao recurso da Autora, invertendo-se o ônus de sucumbência.

Derradeiramente, desentranhe-se dos autos a contestação e documentos apresentados a destempo pela *Ré Rodobens Administradora de Consórcios Ltda* às fls. 154-216.

É o voto.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0305695-60.2015.8.24.0075, de Tubarão
Relator: Desembargador Luiz Cézar Medeiros

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL OBJETIVA DO ESTADO E DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS PÚBLICOS – CUSTÓDIA PELO ESTADO DE SANTA CATARINA DE VEÍCULO FURTADO – RETENÇÃO POR ESTACIONAMENTO PRIVADO CONVENIADO SOMENTE COM O MUNICÍPIO – LIBERAÇÃO DO BEM CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA ESTADIA – ATO ABUSIVO – COMPROVAÇÃO – DEVER DE INDENIZAR – *QUANTUM* COMPENSATÓRIO

1 O comportamento arbitrário e o descaso do estacionamento, que reteve indevidamente o veículo, apesar da ordem de liberação emitida pela autoridade policial, configura dano moral indenizável, ante a sensação de impotência e insegurança sentida pelo prejudicado.

2 Na fixação do valor dos danos morais deve o julgador, na falta de critérios objetivos, estabelecer o *quantum* indenizatório com prudência, de maneira que sejam atendidas as peculiaridades e a repercussão econômica da reparação, devendo esta guardar proporcionalidade com o grau de culpa e o gravame sofrido.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – INOCORRÊNCIA

Para que haja condenação em multa por litigância de má-fé é necessário que esteja evidenciado o dolo do litigante em prejudicar a parte contrária ou o de atentar contra o regular desenvolvimento do processo.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORAÇÃO – DESNECESSIDADE

Devem ser mantidos inalterados os honorários advocatícios, se estes não se mostrarem irrisórios e tiverem ultrapassado o limite máximo legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0305695-60.2015.8.24.0075, da Comarca de Tubarão 1ª Vara Cível em que é Apelante/Apelado JF Guinchos e Estacionamento Ltda.-ME. e Apelante/Apelado José Rodrigues Filho.

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado no dia 20 de fevereiro de 2017, os Excelentíssimos Senhores Desembargador Luiz Cézar Medeiros, Desembargador Henry Petry Junior e Desembargadora Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2017.

Desembargador Luiz Cézar Medeiros
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de fl. 65, da lavra do Meritíssimo Juiz Edir Josias Silveira Beck, por refletir fielmente o contido no presente feito:

> "JOSÉ RODRIGUES FILHO aforou a presente ação que chamou de OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO contra JF ESTACIONAMENTOS Ltda-ME, afirmando ter a ré se negado a devolver veículo seu (do autor), que dantes fora apreendido em razão de ter sido objeto de furto, exigindo, para devolução, o pagamento de diárias, o que se mostra ilícito e lhe causou danos de ordem material e moral, razão porque requereu a condenação da ré ao pagamento de indenização e a obrigação de entrega do automóvel. Citada, a ré apresentou contestação afirmando que a não devolução do automóvel se deu pela não apresentação dos documentos liberatórios necessários, não havendo assim a recusa narrada na exordial, pugnando portanto pela improcedência do pedido. A autor manifestou-se diante da resposta. A

> audiência conciliatória restou sem êxito. Nesta audiência de instrução e julgamento foi ouvida uma testemunha, fazendo as partes remissivas suas alegações finais".

Restou consignado na parte dispositiva da sentença:

> "ANTE O EXPOSTO, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS e, por conseguinte, determino a ré a devolução do veículo (confirmada assim a concessão da tutela tal como antecipada), bem como condeno-a a pagar ao autor a quantia de R$ 112,63 (cento e doze reais com sessenta e três centavos), monetariamente corrigida desde o aforamento da demanda e com juros de mora desde a contestação, bem como ao pagamento de R$ 3.000,00 (três mil reais), monetariamente corrigida desde esta data e com juros de mora de 1% ao mês desde 09 de outubro de 2015.
>
> Condeno a ré, mais, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários de advogado, os que fixo em R$ 1.000,00 (mil reais) tendo em conta o valor da condenação não comportar a fixação em percentual a fim de remunerar condignamente o procurador do autor. Publicada em audiência, dão-se os presentes por intimados" (fl. 96).

Não conformada com a prestação jurisdicional, a demandada apelou, aduzindo que a sentença seria nula, pois *extra petita*. Argumentou que até a audiência de instrução e julgamento o autor não havia referido que tivera a compra e venda do seu automóvel frustrada em razão da apreensão do veículo.

Suscitou a impossibilidade de produzir prova negativa, no sentido de não ter retido indevidamente o automóvel do demandante. Insistiu na tese de que foi o requerente quem não apresentou os documentos necessários para a liberação do carro.

Impugnou a condenação ao pagamento de danos materiais, porquanto a viagem realizada pelo demandante ocorreria de qualquer forma para a retirada do veículo em Tubarão.

Insurgiu-se, também, em relação ao pagamento de indenização a título de danos morais, pois o que seria o abalo pela retenção do veículo por 20 dias, quando o Estado de Santa Catarina o manteve no pátio por 11 meses (fl. 107).

O autor também apelou da sentença, pugnando pela majoração da indenização por danos morais para R$ 8.800,00.

Pugnou, ainda, pela majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais, que deveriam ser calculados com base no valor do veículo (R$ 16.194,00) e nas indenizações arbitradas a título de danos morais e materiais.

O demandante, em contrarrazões, pediu a condenação da demandada em litigância de má-fé.

As contrarrazões do requerente foram apresentadas às fls. 118-124, e as da demandada às fls. 129-134.

Os autos, então, vieram conclusos para julgamento.

VOTO

1 Preenchidos os requisitos legais (NCPC, art. 1.010), os recursos devem ser conhecidos.

2 Trata-se de verificar a correção ou não da sentença que condenou JF Estacionamentos Ltda. ME ao pagamento de indenização por danos materiais e morais em favor do autor em razão da retenção indevida do veículo Fiesta Flex 2006/2007, furtado em Balneário Camboriú, apesar da ordem de liberação emitida pela Delegada da Polícia Civil.

Fundamentou o Meritíssimo Juiz Edir Josias Silveira Beck:

> "Fato incontroverso nos autos é ter sido o veículo do autor objeto de furto e, posteriormente, de apreensão pela autoridade policial civil,

> sendo assim encaminhado para os pátios da ré. Controvertem as partes, todavia, quanto à devolução e entrega do veículo ao autor. A testemunha hoje ouvida, devidamente compromissada a dizer a verdade, demonstrou que a negativa noticiada na vestibular de fato ocorreu. A ré, em seu turno, não logrou fazer contraprova suficiente para afastar as afirmações promovidas pelo referido testigo. Assim, tendo o autor se desimcumbido do ônus de provar o alegado (os bilhetes de passagem da página 32 confortam razoavelmente a afirmação de que viajou para esta cidade na companhia do advogado do autor), disse reconhecer a ilicitude do ato praticado pela ré, já que não é dado reter o veículo na situação indicada na inicial, longe disso dizer, todavia, indevidas as diárias pretendidas, como já assinalado na decisão de deferimento de antecipação da tutela das páginas 37/38, o que, contudo, não justifica a ação perpetrada pela ré, daí porque ilícita. Violado o direito, para caracterização do ato ilícito há que se ver presente ou não o dano alegado. O prejuízo de ordem material reclamado pelo autor encontra comprovação nos documentos acostados à inicial. No que diz respeito ao dano moral, há que se considerar que o autor se viu privado, como se viu indevidamente, do seu automóvel, o que por certo lhe trouxe aflição de espírito para além do que se convencionou chamar de "mero dissabor". A testemunha ouvida, a título exemplificativo, confirmou a não realização do negócio de compra e venda do automotor por conta da retenção. Há, assim, dano moral passível de indenização. Nos termos estabelecidos pelo artigo 944 do Código Civil, a indenização deve medir-se pela extensão do dano. No que diz respeito ao dano moral, difícil é medir ou mensurar o abalo psíquico experimentado, vale dizer, em pecúnia. Portanto, considerando que o grau de culpa da ré não se mostra de todo relevado (os valores de fato lhe eram devidos, muito embora ausente o direito de retenção), não havendo comprovação de que o autor se utilizava do automóvel na forma indicada na inicial, tenho por justo e necessário fixar o valor da verba reparatória em R$ 3.000,00 (três mil reais). A ordem de devolução, pelas razões já apresentadas, é corolário lógico" (fls. 95-96).

2.1 Não se constata a alegada nulidade da sentença, porquanto ainda que referido pelo Meritíssimo Juiz o negócio frustrado em razão da retenção do veículo, o referido fato, por si só, não foi o único subsídio do julgado. O fundamento configurador do dano moral no *decisum* é: *"No que*

diz respeito ao dano moral, há que se considerar que o autor se viu privado, como se viu indevidamente, do seu automóvel, o que por certo lhe trouxe aflição de espírito para além do que se convencionou chamar de 'mero dissabor'". A compra e venda não realizada do veículo foi apenas um argumento utilizado para enfatizar que o abalo sofrido não se restringiu ao mero aborrecimento, veja-se: *"A testemunha ouvida,* ***a título exemplificativo****, confirmou a não realização do negócio de compra e venda do automotor por conta da retenção. Há, assim, dano moral passível de indenização"* [grifou-se].

Assim sendo, não se constata o vício apontado pela requerida.

2.2 A demandada arguiu a impossibilidade de produzir prova diabólica.

Não é, contudo, o que se verifica no caso sob análise.

A questão de fato sobre a qual recaiu a atividade probatória, conforme delimitado pelo Magistrado *a quo*, é a negativa de liberação do veículo.

O autor sustentou que, apesar de ter apresentado os documentos pertinentes (fls. 84-85), a ré se negou a liberar o automóvel sem o pagamento da estadia no valor de R$ 3.110,00.

O requerente juntou com a inicial o documento de carro em seu nome (fl. 16), o boletim de ocorrência do furto (fl. 20), o termo de entrega do bem (fl. 33), bem como a ordem de liberação do bem datada em 9.10.2015 (fl. 34), que corroboram a tese do demandante. Frise-se que o carro foi liberado somente com ordem judicial após 70 dias da referida data (fl. 122).

A demandada, por sua vez, poderia ter demonstrado os fatos jurídicos por ela narrados pela via testemunhal, ainda que fosse através

dos funcionários que atenderam o requerente e que poderiam indicar, em hipótese, uma terceira pessoa que houvesse presenciado o ocorrido.

A narrativa do Estacionamento, ademais, não lhe confere confiabilidade, porquanto ausente de qualquer especificidade, principalmente acerca dos documentos que seriam necessários, a seu ver, para a liberação do veículo.

Não é crível que o requerente, no mesmo dia em que conseguiu a liberação do veículo na Delegacia da Polícia Civil, não tivesse em mãos os documentos necessários para a retirada do bem no pátio da demandada. Afinal, a autoridade policial obviamente não teria emitido a autorização de entrega do carro se os documentos pertinentes não tivessem sido a ela apresentados.

Por outro lado, tendo em vista a simples negativa aos fatos jurídicos apresentados pelo autor desacompanhada de qualquer indício de veracidade, no sentido de não ter recebido a chave encomendada pelo requerente e não ter cobrado pela estadia do veículo, é mais provável que a prova dos fatos alegados pela ré seja impossível de produzir pelo simples fato de não terem ocorrido.

Frise-se, por oportuno, que a demandada possui convênio com o Município de Tubarão, razão pela qual o veículo do autor abandonado na cidade a ela foi destinado. Pelo fato de o bem ser objeto de furto, porém, ele passou a ser da custódia do Estado de Santa Catarina, com quem a ré não possui qualquer relação jurídica. Aduziu ela, inclusive, que *"a empresa ré tem servido de apoio aos órgãos competentes, numa espécie de serviço público sem contraprestação, prática esta que vem desde tempos longínquos"* (fl. 58).

Dessa perspectiva, portanto, é ainda mais crível a versão do autor, a qual é corroborada por documentos e prova testemunhal, no sentido de ter sido impedido de retirar seu veículo sem o pagamento

da correspondente estadia, pois caso ele não adimplisse com a referida despesa, a demandada arcaria com o prejuízo de ter prestado seus serviços sem qualquer contraprestação.

2.3 Restou evidenciada a ilicitude do ato da demandada ao reter de forma abusiva o veículo do autor, atentando contra o sossego e a liberdade dele. Nesse sentido, a dignidade do requerente foi afetada, na medida que fora tolhido de seu direito de dispor de seu bem.

Não há dúvidas de que os maiores estresses da vida cotidiana são aqueles relacionados ao sofrimento de se desejar realizar algo e ser impedido pela conduta abusiva de terceiros; são os que lesam inequivocadamente os direitos de personalidade.

Dessarte, demonstrada a ilicitude dos atos praticados pela ré e os decorrentes danos suportados pelo autor, está caracterizado o dever de indenizar os prejuízos morais e materiais sofridos.

Deve ser avaliada, por conseguinte, a correspondente verba indenizatória.

Ainda que, na prática, não seja possível delimitar com exatidão a importância que equivale ao dano moral, a reparação deve consistir numa justa compensação ao lesado pela ofensa imposta. Nesse passo, o *quantum* indenizatório deve ser estabelecido de tal forma que desestimule a prática de ilícitos, recomendando-se ainda ao Julgador que observe os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sem descurar da apreciação de todos os elementos que concorreram para a causa da lesão, bem como das suas consequências.

Por isso, entende-se que, acompanhando a função compensatória, o montante da indenização possui também um sentido punitivo, que contém uma concepção de função preventiva e resulta na ideia de ressarcimento-prevenção. Isso faz com que os bens jurídicos ligados à personalidade da pessoa e tutelados pelo Estado não constituam simples valores abstratos dissociados da realidade hodierna.

Nessa alheta é a lição de Carlos Alberto Bittar:

> *"A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante"* (Reparação civil por danos morais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 205-206).

A respeito do tema Humberto Theodoro Júnior enfatiza:

> *"[...] resta, para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários", acrescenta que "o problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível sócio-econômico dos litigantes e da menor ou maior gravidade da lesão"* (Alguns aspectos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. Revista dos Tribunais. v. 662, p. 7-17, dez. 1990).

Contudo, não se pode fazer com que o caráter punitivo da condenação se sobreponha à natureza reparatória da indenização por danos morais. Noutras palavras, o efeito repressivo da indenização, com natureza claramente sancionatória, não pode sobrelevar o fim maior dos danos morais que, na sua essência, têm natureza nitidamente compensatória.

Em suma, em casos como o presente, deve-se partir da premissa de que o *quantum* indenizatório não pode ser tão grande que se converta em fonte de enriquecimento pelas lesões sofridas, nem tão pequeno ao ponto de se tornar insignificante.

Ao que consta dos autos, a quantia fixada na sentença é razoável ao abalo sofrido pelo autor.

Com efeito, muito embora o comportamento da ré seja reprovável, porquanto de forma abusiva reteve o veículo do requerente, a situação econômica das partes e as demais circunstâncias do caso concreto não recomendam a alteração do montante compensatório arbitrado na sentença.

O fato de o carro ter ficado sob custódia do Estado de Santa Catarina por meses não mitiga a ilicitude praticada pelo Estacionamento, que recusou-se a liberar o veículo ao demandante independentemente do pagamento das correspondentes despesas, mesmo mediante a informação de que o bem era objeto de furto e após apresentação dos correspondentes documentos de liberação emitidos pela autoridade policial.

2.4 A demandada, ainda, impugnou a condenação ao pagamento de danos materiais, porquanto a viagem realizada pelo demandante da cidade onde reside – Balneário Camboriú – para a sede da requerida – Tubarão – ocorreria de qualquer forma para a retirada do veículo.

A sobredita premissa seria válida caso a ré não tivesse, indevidamente, dado causa à permanência do autor na cidade ou então à necessidade de outros deslocamentos até que a situação fosse enfim resolvida com a intervenção do Judiciário.

Assim, considerando as despesas que o autor teve de suportar em razão do comportamento abusivo da ré, os danos materiais, no valor de R$ 112,63, se mostram ínfimos e inequivocadamente devidos.

2.5 Não há razão para a majoração dos honorários advocatícios, porquanto não são irrisórios (R$ 1.000,00) e já fixados acima do limite legal de 20% sobre o valor da condenação.

2.6 No que toca ao pedido formulado em contrarrazões, de condenar a requerida nas penas processuais previstas para a litigância de má-fé, em face dos fatos jurídicos narrados nos autos, que seriam incompatíveis com a realidade, há de ser indeferido.

Reputa-se litigante de má-fé aquele que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, alterar a verdade dos fatos, usar do processo para conseguir objetivo ilegal, opuser resistência injustificada ao andamento do processo, proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, provocar incidentes manifestamente infundados ou interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório (CPC/1973, art. 17; equivalente ao CPC/2015, art. 80). A doutrina também o define como aquele que *"se utiliza de procedimentos escusos com objetivo de vencer ou que, sabendo ser impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito"* (NERY JUNIOR, Nelson, ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 423).

A tese apresentada dissociada do conjunto probatório, contudo, não configura propriamente a litigância de má-fé, pois a interposição de recurso com o intuito de buscar a declaração do direito que os litigantes entendem ser-lhes devido, ainda que improvável na visão da parte adversa, não justifica a aplicação da multa ora pleiteada.

Para que haja condenação em multa por litigância de má-fé, é necessário que esteja evidenciado o dolo do litigante de prejudicar a parte contrária, o que não se vislumbra nos autos.

Nestes termos é a jurisprudência:

> "PROCESSO CIVIL – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – INOCORRÊNCIA
>
> Para que haja condenação em multa por litigância de má-fé é necessário que esteja evidenciado o dolo do litigante em prejudicar a parte contrária

> ou o de atentar contra o regular desenvolvimento do processo. [...]" (AC n. 2016.010548-8, Des. Luiz Cézar Medeiros).

Dessa feita, tendo em vista que a requerida não atentou ao bom andamento da lide, incabível a aplicação de condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Registre-se, inclusive, que a frágil defesa serviu para corroborar a convicção do julgador acerca da ilicitude praticada pela demandada.

3 Ante o exposto, conheço dos recursos e nego-lhes provimento.

Em obediência ao art. 85, §§ 2º e 11 do Código de Processo Civil de 2015, fixam-se honorários recursais em favor do patrono do autor em R$ 500,00 (quinhentos reais), os quais, cumulativamente com os R$ 1.000,00 já arbitrados em primeiro grau de jurisdição, perfazem um total de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

A majoração se justifica, não somente por atender ao preceituado na novel legislação processual civil quanto ao balizamento para a fixação dos honorários advocatícios, mas principalmente pela insubsistência dos argumentos recursais, que motivaram o desnecessário acréscimo de trabalho da parte recorrida.

Apelação Cível n. 0300953-40.2014.8.24.0135, de Navegantes
Relator: Des. Henry Petry Junior

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. - IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

RECURSO DO INVESTIGANTE. (**1**) AUSÊNCIA DE PREPARO. JUSTIÇA GRATUITA. MÉRITO RECURSAL. POSSIBILIDADE. DEFERIMENTO.

- Sendo o pedido de concessão das benesses da gratuidade da Justiça objeto do mérito recursal, é dado ao recorrente, por ocasião da interposição do reclamo, deixar de recolher o preparo comumente devido.

- Presentes os elementos exigíveis, e nada contraindicando o deferimento da pretensão, impõe-se a concessão da graça.

MÉRITO. (**2**) EXAME DE DNA. REPETIÇÃO. DESNECESSIDADE. IDONEIDADE DO LABORATÓRIO. POSSIBILIDADE DE ERRO NA COLETA. ALEGAÇÃO GENÉRICA. LAUDO PRETÉRITO COM RESULTADO DIVERSO. PROVA A DESTEMPO. OCULTAÇÃO INJUSTIFICADA. (ART. 435, § ÚNICO, CPC/2015).

- Inviável a desconsideração de exame pericial de DNA em razão de juntada, em tempo inoportuno, de suposto exame de DNA realizado preteritamente ao aforamento da lide (extrajudicial, algo ilegível e estranhamente realizado sem o material genético da mãe), cuja existência, nada obstante, deixou de ser mencionada pelo autor anteriormente à apresentação da conclusão pericial confirmando a paternidade. De se acrescentar, ademais, que o laudo pericial foi elaborado de comum acordo pelas partes por instituição idônea, em procedimento que observou o contraditório.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300953-40.2014.8.24.0135, da comarca de Navegantes (1ª Vara Cível), em que é Apelante A. A. de S. e são Apelados M. V. de S.:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Cézar Medeiros, com voto, e dele participou a Excelentíssima Senhora Desembargadora Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2017.

Henry Petry Junior
RELATOR

RELATÓRIO

1 A ação

Perante a 1ª Vara Cível da comarca de Navegantes, A. A. de S. ajuizou, em 03/10/2014, *"ação negatória de paternidade"* (autos n. 0300953-40.2014.8.24.0135) (fls. 01/02) contra M. V. de S. - menor impúbere neste ato representado por sua genitora, S. da S. -, todos qualificados nos autos.

Narrou, em síntese, ter vivido em união estável com a genitora do réu, tendo esse nascido na pendência do relacionamento. Asseverou que durante discussões do casal a genitora teria lhe confessado que o acionado não era seu filho biológico, de modo que pretende investigar o fato, com realização de exame genético.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 03/13.

Citado, o réu apresentou resposta na forma de contestação (fls. 39/50), oportunidade em que arguiu, preliminarmente, a impossibilidade

jurídica do pedido, vez que o ato de perfilhação é irrevogável e irretratável, inexistindo mácula de consentimento a justificar a alteração pretendida.

Aduziu, ainda, que a presente ação negatória de paternidade seria retaliação ao ajuizamento de ação pretendendo a fixação de obrigação alimentar e que à recusa do menor em realizar exame de DNA não se aplica a presunção do artigo 1º da Lei n. 12.004/2009.

Sustentou, por fim, ser destituída de fundamento a suspeita do autor, termos em que requereu a improcedência da exordial.

A contestação veio instruída com os documentos de fls. 51/119.

Em decisão interlocutória, o magistrado *a quo* afastou a prefacial arguida, determinando, ato contínuo, a realização de exame pericial genético (fl. 132).

Houve, ainda, juntada de laudo pericial (fls. 146/150); requerimento de realização de novo exame (fl. 153); manifestação do Ministério Público (fls. 157/158); e petição requerendo a concessão dos benefícios da Justiça gratuita e colacionando novos documentos (fls. 161/167).

Após, sobreveio sentença (fls. 168/169).

1.1 A sentença

No ato compositivo da lide (fls. 168/169), proferido em 22/07/2016, o Magistrado Tanit Adrian Perozzo Daltoé julgou improcedente o pedido.

Condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, arbitrados estes em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

1.2 O recurso

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação (fls. 175/179), pugnando, preliminarmente, a concessão dos benefícios da Justiça gratuita. No mérito, impugnou o exame pericial realizado, apontando

resultado diverso atingido em exame realizado anos antes – 03/02/2011 -, o qual aduz que não foi colacionado aos autos no momento oportuno em razão de ter sido extraviado.

Requer, por fim, seja dado provimento ao recurso a fim de anular a sentença, retornando os autos ao primeiro grau de jurisdição para realização de novo exame de DNA.

Contrarrazões às fls. 181/189 pela manutenção da sentença.

Com a ascensão dos autos a esta Corte de Justiça, a Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer da lavra do Procurador de Justiça Mário Gemin, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 195/197).

Após, vieram-me conclusos em 14/12/2016 (fl. 198).

É o relatório possível e necessário.

VOTO

2 A admissibilidade do recurso

2.1 Um esclarecimento necessário

A **segurança jurídica** é preceito assegurado em algumas passagens da Constituição da República Federativa do Brasil, como no caput do art. 5º, e, ainda, no inc. XXXVI do mesmo dispositivo, o qual dispõe que *"a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"*, previsão repisada no caput do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cujos §§ 1º a 3º conceituam os institutos.

Sob esse prisma, o Código de Processo Civil de 2015, em termos de direito intertemporal processual, regulando a sucessão de leis processuais no tempo e a sua aplicação aos processos pendentes, adotou a **regra *tempus regit actum***, nos termos de seu art. 1.046, impondo a aplicação imediata da lei processual a partir de sua entrada em vigor,

em 18.3.2016 (art. 1.045 do Código de Processo Civil de 2015), mas, à luz do princípio da segurança jurídica, apenas aos atos pendentes, salvaguardando, portanto, o ato processual perfeito, o direito processual adquirido e a coisa julgada, conforme melhor leitura do art. 14 do Código de Processo Civil de 2015.

A temática, para ser melhor compreendida, comporta exegese da **teoria do isolamento dos atos processuais**, pela qual, muito embora se reconheça o processo como um instrumento complexo formado por uma sucessão de atos inter-relacionados, advindo nova lei processual e se deparando esta com um processo em desenvolvimento, para fins de definir sua específica incidência ou não sobre cada ato, necessário se faz verificar se possível tomá-los individualmente.

Dessa forma, constata-se se os elementos do ato a ser praticado são efetivamente pendentes e independentes dos atos anteriores - aplicando-se, portanto, a lei nova - ou se possuem nexo imediato e inafastável com um ato praticado sob a vigência da lei anterior, passando a ser tomados, enquanto dependentes, como efeitos materiais dele - aplicando-se, assim, a lei antiga -, vez que imodificável a lei incidente sobre os atos anteriores, seja porque atos processuais perfeitos (uma vez consumados ao tempo da lei antiga), seja porque existente sobre eles um direito processual adquirido (uma vez passíveis de exercício ao tempo da lei antiga, com termo pré-fixo de início de exercício ou condição preestabelecida inalterável para o exercício).

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp n. 1.404.796/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 26.3.2014), firmado, aliás, em sede de Recurso Especial Repetitivo (arts. 543-C do Código de Processo Civil de 1973; e 1.036 a 1.041 do Código de Processo Civil de 2015).

Dessa forma, tendo a sentença guerreada sido publicada em 02/09/2016 (fl. 173), isto é, quando já em vigência do Código de Processo

Civil de 2015, o caso será analisado sob o regramento do novo Diploma.

2.2 A admissibilidade do recurso

O procedimento recursal, em seu juízo de admissibilidade, comporta uma série de pressupostos, doutrinariamente divididos em: **[a] intrínsecos**, os quais se compõem por: **[a.1]** cabimento; **[a.2]** interesse recursal; **[a.3]** legitimidade recursal; e **[a.4]** inexistência de fato extintivo do direito de recorrer; e **[b] extrínsecos**, que se subdividem em: **[b.1]** regularidade formal; **[b.2]** tempestividade; **[b.3]** preparo; e **[b.4]** inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer ou do seguimento do recurso.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

2.2.a. A ausência de preparo

O procedimento recursal deve conter o preparo, pois importa, como qualquer outro ato processual, a realização de gastos, os quais, em regra, devem ser suportados pelo interessado em sua produção, devendo ser depositada a importância necessária à sua tramitação, inclusive aquela destinada a promover a remessa e o posterior retorno dos autos ao respectivo Tribunal, sob pena de deserção e, portanto, não conhecimento do recurso (art. 511, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973).

Entretanto, verifica-se que o Ato Regimental n. 84/2007 desta Corte, que *"dispõe sobre o preparo, a gratuidade e a deserção no Tribunal de Justiça*", no § 1º de seu art. 5º, diz ser *"dispensado o preparo nos recursos em que o mérito verse acerca da concessão ou não da gratuidade, sem prejuízo de exigência posterior"*, ou seja, se o pedido de concessão da benesse for objeto do mérito recursal, poder-se-á deixar de recolher o devido preparo.

2.3. A Justiça gratuita

A Constituição da República Federativa do Brasil garante em seu

art. 5º, inc. XXXV, que *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*, ou seja, assegura-se que nenhum conflito deixará de ser apreciado pelos órgãos jurisdicionais, os quais ofertarão solução útil e definitiva para todo e qualquer litígio - trata-se da garantia constitucional do direito de ação, expressão maior do acesso à Justiça.

Nesse sentido, prevê o art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, que *"o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos"*.

A Lei n. 1.060/1950, a seu turno, *"estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados"*, tendo sido recepcionada pela Constituição Cidadã, conforme precedentes da Corte Superior Infraconstitucional: STJ, REsp n. 903.779/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 17.11.2011; e STJ, AgRg no AREsp n. 259.029/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. em 19.2.2013.

A aferição da hipossuficiência para fins de concessão dos benefícios da gratuidade da Justiça, nos termos da lei de regência, portanto, assenta-se, basicamente, na presunção consubstanciada na afirmação do pleiteante de que não possui condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo próprio ou de sua família (art. 4º, *caput*, da Lei n. 1.060/1950).

2.3.a.Os efeitos

Apesar da possibilidade de formulação do pleito de concessão do beneplácito da gratuidade em qualquer fase processual, de modo a não desamparar e impedir o acesso à Justiça (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil) daqueles que sofreram, no curso da marcha processual, alteração em sua situação econômico-financeira, conforme remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, seus efeitos se operam *ex nunc*, não sendo hábeis a alcançar os atos praticados anteriormente.

O uso da expressão latina *ex nunc*, porém, em rigorosa exegese,

pode ensejar a compreensão de que os efeitos operam somente a partir da decisão de deferimento, o que, a toda evidência, não merece prosperar.

Consigno, por lealdade, não desconhecer o entendimento atualmente sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça - o qual, aliás, já adotei (TJSC, AC n. 2013.013039-6, deste Relator, j. em 21.3.2013) - de que *"a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita não possui efeito retroativo, razão pela qual o recorrente não está exonerado do recolhimento do preparo até que seja deferido seu pedido"* (STJ, AgRg no REsp n. 1.441.563/SP, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. em 10.6.2014).

Entretanto, revisitando minhas razões, passei a entender que *"a gratuidade judiciária opera efeitos ex nunc, a fim de alcançar somente os atos posteriores ao pedido formulado"* (TJSC, AI n. 2013.063534-6, deste Relator, j. em 20.2.2014), como, aliás, outrora decidiu a Corte Superior, para a qual *"a concessão do benefício só produzirá efeitos quanto aos atos processuais relacionados ao momento do pedido, ou que lhe sejam posteriores, não sendo admitida, portanto, sua retroatividade"* (STJ, AgRg no AI n. 979.812/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 21.10.2008).

Isso porque, com a devida vênia, não parece ter o legislador erigido tal protetivo instituto a fim de relegar sua incidência a partir do momento em que apreciado pelo Estado-juiz, mas, sim, da oportunidade em que requerido. Ora, a necessidade se manifesta, justamente, no momento em que formulado o pleito de concessão do beneplácito, devendo deste surtir efeitos, ainda que apreciado tempos depois da formulação.

Entendimento contrário, uma vez aplicado em seus estritos termos, num hipótetico absurdo, obstaria, *verbi gratia*, que qualquer parte ajuizasse demanda sem recolhimento das custas iniciais, pois, ainda que formulasse o pedido de gratuidade na peça de introito, ele seria examinado apenas quando do recebimento desta, o que não permitira o abarcamento isentivo da carta vestibular.

Assentadas tais conjecturas, passa-se à análise do caso concreto submetido ao crivo jurisdicional.

2.3.b A espécie

Na situação vertente, o autor requereu a concessão dos benefícios da gratuidade da Justiça (fl. 160), juntando declaração de hipossuficiência econômico-financeira (fl. 161) e cópia da carteira de trabalho e previdência social (fls. 162/163), a qual consigna que percebia remuneração mensal de R$ 601,58 (seiscentos e um reais e cinquenta e oito centavos), encontrando-se no presente momento desempregado.

De se destacar que do acervo probatório colacionado aos autos não se colhe nenhum sinal exteriorizando riqueza, o que vem a corroborar o declarado pela parte.

Assim, diante do exposto, tenho que presentes os pressupostos para o deferimento do benefício da Justiça gratuita, visto que, consoante se sabe, a simples declaração, ainda que de próprio punho, já serve às exigências legais para concessão da benesse.

Importante acentuar, nesse aspecto, que a concessão da benesse retroage à data do pleito, ou seja, seus efeitos aplicam-se a partir do momento do protocolo da petição de fls. 159/160 – em relação à qual a sentença foi omissa.

2.3 O mérito

2.3.1 A filiação

Nada obstante a filiação consista em um conceito atemporal a acompanhar o desenvolvimento da humanidade desde o seu primórdio, é dotada, simultaneamente, de dinamismo, na medida em que se amolda aos valores vigentes em cada época.

Historicamente, o ordenamento jurídico discriminava os filhos entre legítimos (nascidos da relação casamentária) e ilegítimos (havidos fora do matrimônio), dedicando atenção e amparo à primeira categoria em detrimento da segunda. A este respeito, Renata Nepomuceno Cysne leciona:

> Na perspectiva histórica das relações familiares, a família matrimonializada e os filhos advindos dessa relação recebiam todo o amparo social, religioso e jurídico, enquanto os filhos tidos como "ilegítimos" foram alvo de profundos preconceitos, pelos "pecados" cometidos por seus pais. A igreja proibia e alei dificultava o reconhecimento de filhos ilegítimos, tudo em razão da manutenção da paz da família matrimonial. (CYSNE, Renata Nepomuceno. Os laços afetivos como valor jurídico: na questão da paternidade socioafetiva. In: Família e Jurisdição II. BASTOS, Eliane Pereira; LUZ, Antônio Fernandes da. (coords). Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.190)

Com o advento da Constituição de 1988, aboliu-se qualquer possibilidade de diferenciação entre filhos, passando a destinar-se igual tratamento a filhos concebidos dentro ou fora da relação matrimonial, bem como aos de origem biológica ou socioafetiva.

O artigo 227, §6º, da Carta Magna é o dispositivo que traduz e normatiza este avanço jurídico ao dispor que:

> § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Farias e Rosenvald enfatizam a importância da Constituição no processo de busca pela isonomia ao sintetizarem que *"O tratamento jurídico dos filhos emprestado pelo Pacto Social de 1988 corresponde ao término de um longo processo de discriminações que, historicamente, marcou a legislação brasileira"* (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 566).

Sob o prisma constitucional, não há dúvidas de que a filiação consubstancia um direito indisponível. Na lição de Belmiro Pedro Welter, *"a perfilhação é direito natural e constitucional de personalidade, sendo indisponível, inegociável, imprescritível, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de manifesto*

interesse público e essencial ao ser humano" (WELTER, Pedro Belmiro. Coisa julgada na investigação de paternidade. Revista Jurídica. N. 256. Ano 46, fevereiro de 1999, p. 19).

Segundo Mauro Nicolau Júnior, o registro de nascimento - apesar de alguns posicionamentos em sentido contrário - não exprime, propriamente, a paternidade. O que ele reflete é um acontecimento jurídico. Ao registro não interessa a história natural das pessoas, senão apenas um evento jurídico.

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

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

Maria Berenice Dias analisa as diferenciações entre os vínculos parentais biológicos e socioafetivos:

> Dois fenômenos marcaram de forma significativa tudo que a lei diz, a doutrina sempre sustentou e a jurisprudência vinha decidindo sobre os vínculos de parentalidade. Até hoje, quando se fala em filiação e em reconhecimento de filho, sempre se esteve a falar em filiação

> biológica. Em juízo sempre foi buscada a chamada verdade real, sendo assim considerada a relação de filiação decorrente do vínculo de consanguinidade.
>
> O primeiro grande marco que introduziu profunda revolução no direito das famílias foi a quebra do princípio de que a família se identificada com o casamento.
>
> No momento em que se admitiram como entidades familiares estruturas não constituídas pelo matrimônio, passou-se a reconhecer a afetividade como elemento constitutivo da família. Essa mudança de paradigmas não se limitou ao âmbito das relações familiares. Refletiu-se também nas relações de filiação. O prestígio que se emprestou à afetividade, como elemento identificador da família, passou a ser também o elemento identificador dos elos de filiação.
>
> (...)
>
> Outro acontecimento veio trazer reflexos significativos no que diz com os vínculos parentais. Os avanços científicos, que culminaram com a descoberta dos marcadores genéticos e permitem a identificação da filiação biológica por meio de singelo exame não invasivo, desencadearam verdadeira corrida ao Judiciário, na busca da "verdade real". (Manual de Direito das Famílias. 5ª ed., rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 331).

Delimitados os preceitos norteadores do caso em apreço, passa-se à análise do caso concreto submetido ao crivo jurisdicional.

2.4 A espécie

Inicialmente, cumpre consignar que a causa de pedir do apelante cinge-se à suposta inexistência de vínculo biológico, não abordando a ausência de socioafetividade como causa de pedir.

2.4.1. O vínculo genético

A análise da prova nas ações de investigação de paternidade não constitui tarefa fácil para o julgador, sendo certo que o juiz é

soberano na análise da prova autuada, decidindo de acordo com o seu convencimento motivado (art. 131 do Código de Processo Civil de 1973 com correspondente no artigo 371 do Código de Processo Civil de 2015).

A concepção ocorre no interior do corpo da mulher e não admite testemunhas, de regra. Resta ao julgador, nas ações do gênero, o recurso às provas também indiretas, formadas pela simbiose dos fatos que integram a causa *petendi*, que é constituída da enumeração da lei e da busca na comprovação do ato gerador, este já com respaldo no avanço científico da prova. (ALMEIDA, Maria Cristina de. Prova do DNA: Uma evidência absoluta- In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 2, jul/set 1.999, p. 145/146)

Considerável parcela da doutrina sustenta que o exame de DNA é praticamente incólume a erros. Póvoas, por exemplo, justifica que:

> Não obstante, os erros de análise de DNA ocorreram, em sua maioria, no início da utilização desta técnica e, sobretudo, por conta de erros laboratoriais. Com o passar do tempo e o aprimoramento dos profissionais e equipamentos, tornou-se quase impossível a ocorrência de exames de DNA com resultados eivados de erro. (PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. Multiparentalidade: A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. 1 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 50).

Na espécie, foi realizada perícia técnica visando apurar a consanguinidade, a qual concluiu que: "De acordo com os resultados das amostras analisadas descritos no item 5, a probabilidade de A. A. de S. Ser o pai biológico de M. V. de S. É de 99,999995%" (fl. 148).

O apelante, contudo, impugna o referido laudo, referenciando a existência de um laudo anterior, realizado no ano de 2011, o qual descartou a paternidade.

Nestes termos, solicitou a realização de nova perícia.

Pois bem.

A segunda perícia, à luz do art. 480 do Código de Processo Civil de 2015 – aplicável à espécie -, pode ser determinada de ofício ou a requerimento das partes, desde que a matéria não pareça suficientemente esclarecida ao magistrado, destinatário da prova, destinando-se a "corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados" da primeira.

Nessa linha, o entendimento jurisprudencial majoritário assenta que a repetição da prova especializada, tal qual o exame de DNA, só é obrigatória quando se demonstre de forma plausível elementos a descaracterizar seu grau de confiabilidade, como ao apontar concretamente a inidoneidade do laboratório que a fez, a impropriedade na coleta do material ou qualquer outro vício de consentimento como erro, dolo ou fraude na elaboração. De outro modo, a verificar apenas a vontade de repetição ou a ausência de elementos de desconfiança mais robustos, deve prevalecer o exame pericial realizado, sem descurar que seu resultado não tem caráter vinculante frente ao juiz (*peritus peritorum* – perito dos peritos).

Sobre o tema, colhem-se os seguintes precedentes deste Tribunal de Justiça:

> **I**) DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA - NEGATIVA DE PATERNIDADE - PEDIDO PARA REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME - INDEFERIMENTO - INSURGÊNCIA DA AUTORA - POSSIBILIDADE DE ERRO - INOCORRÊNCIA - LABORATÓRIO IDÔNEO - AUSÊNCIA DE IMPUTAÇÃO DE VÍCIO, ERRO, DOLO OU FRAUDE NO EXAME - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> Em ação de investigação de paternidade, sendo idôneo o laboratório responsável pelo exame de DNA, inexistentes irregularidades na coleta do material ou no exame realizado, não subsistem razões jurídicas para renovação da prova pericial.

O teste de paternidade por análise de DNA apresentado só pode ser anulado se comprovado, satisfatoriamente, padecer de erro, dolo ou fraude em sua elaboração. (TJSC, AI n. 2012.003688-2, de Lages, rel. Des. MONTEIRO ROCHA, Quinta Câmara de Direito Civil, j. em 21.9.2012);

II) AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. SENTENÇA FIXANDO O ENCARGO EM 3 (TRÊS) SALÁRIOS MÍNIMOS. APELO DO ALIMENTANTE. LAUDO TÉCNICO DO EXAME DE DNA QUE CONFIRMA A PATERNIDADE. INSURGÊNCIA QUANTO À IDONEIDADE DO LABORATÓRIO SOMENTE APÓS O CONHECIMENTO DO RESULTADO. REQUERIMENTO DE NOVA PERÍCIA EM LABORATÓRIO DIVERSO. CARÁTER PROTELATÓRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. [...] (TJSC, AC n. 2012.036503-7, de Biguaçu, rel. Des. RONEI DANIELLI, Sexta Câmara de Direito Civil, j. em 27.9.2012);

III) PROCESSO CIVIL E CIVIL. AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS, PREPARATÓRIA DE AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO E DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. PEDIDO MINISTERIAL PARA REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME DE DNA ENVOLVENDO O SUPOSTOS PAI E MÃE DA CRIANÇA. HOMOLOGAÇÃO DOS EXAMES REALIZADOS. APELO DOS RÉUS. SENTENÇA CONCISAMENTE FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. MÉRITO. PRETENDIDA REPETIÇÃO DA PROVA PERICIAL. AVENTADA CONTRADIÇÃO ENTRE OS LAUDOS ANTERIORES. AUSÊNCIA DE VÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO DESNECESSÁRIO. RECURSO DESPROVIDO.

[...] "Descabe determinar a repetição do exame de DNA, em sede cautelar, quando o exame que foi realizado não apresenta qualquer

vício, tendo atendido todas as normas técnicas recomendadas" (TJRS, Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves). [...] (TJSC, AC n. 2012.028658-0, de Guaramirim, rel. Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN, Segunda Câmara de Direito Civil, j. em 20.9.2012); e

IV) APELAÇÃO CÍVEL - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - EXAME DE DNA QUE ATESTA RESULTADO POSITIVO - ARGUIÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA, COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DA PROVA TÉCNICA - INSURGENTE QUE SUSTENTA A POSSIBILIDADE DE O PARENTESCO EXISTENTE ENTRE ELE E A GENITORA DA DEMANDANTE, ASSIM COMO AS INTERVENÇÕES REALIZADAS PARA TRATAMENTO DE UM CÂNCER, TEREM INFLUENCIADO NO RESULTADO DA PERÍCIA - HIPÓTESE DESCARTADA NOS ESCLARECIMENTOS PRESTADOS PELO RESPONSÁVEL TÉCNICO DO LABORATÓRIO QUE LEVOU A EFEITO O EXAME - ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS DE CONVICÇÃO COM FORÇA PARA DEMONSTRAR A ORIGEM GENÉTICA - ASSEVERAÇÃO QUE NÃO MERECE ACOLHIDA - CONCLUSÃO DO LAUDO RESPECTIVO APRESENTADA COM COERÊNCIA E LÓGICA, DE MODO A INFUNDIR CREDIBILIDADE - AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE INDICATIVOS DE VÍCIO, FRAUDE, OU DA INOBSERVÂNCIA, DE UM MODO GERAL, DAS CAUTELAS EXIGIDAS PARA A FEITURA DO EXAME GENÉTICO, QUE, ALIÁS, FOI ACOMPANHADO POR AMBOS OS LITIGANTES - PROVA DETERMINANTE - [...]

Em sede de ação de investigação de paternidade, não merece acolhida pedido genérico de realização de novo exame de DNA, desacompanhado de justificativa plausível, mormente quando não se constata haver impropriedades no laudo relativo à perícia já realizada, ou suspeitas de que o resultado desta possa ter sido manipulado. [...] (TJSC, AC n. 2009.075421-0, de Sombrio, rel. Des. LUIZ FERNANDO BOLLER,

Quarta Câmara de Direito Civil, j. em 12.4.2012).

Essa corrente encontra força no seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça, o qual reforça a necessidade de motivação concreta para a realização da segunda perícia:

> INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REALIZAÇÃO DA PERÍCIA GENÉTICA PELO EXAME DO DNA. ORDEM DO JUIZ DE DIREITO PARA A REALIZAÇÃO DE SEGUNDA PERÍCIA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NO CASO A DESAFIAR O RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. RAZÕES NÃO RELEVANTES PARA A DILIGÊNCIA DETERMINADA. MATÉRIA DE PROVA.
>
> RECURSO ESPECIAL RETIDO. PROCESSAMENTO, AINDA QUE NÃO INTERPOSTA A APELAÇÃO PELA PARTE INTERESSADA, DESDE QUE REITERADO NO PRAZO DE QUE DISPONHA PARA APELAR.
>
> [...] – Devidamente caracterizado o gravame que suportou o réu com a ordem de realização de nova perícia genética pelo exame do DNA, tem-se como configurada no caso uma decisão interlocutória a desafiar o recurso de agravo de instrumento.
>
> – Deferimento da segunda perícia sem motivos relevantes argüidos pela parte interessada e sem que o Magistrado tivesse apreciado com a profundidade necessária o conteúdo do laudo pericial. Inexistência, na espécie, de matéria insuficientemente esclarecida, de modo a justificar a efetivação da nova diligência.
>
> – Incidência, ademais, do verbete sumular n. 7-STJ.
>
> Recurso especial não conhecido. (STJ. REsp 651.001/SP, rel. Min. BARROS MONTEIRO, j. em 16.9.2004).

Não se olvida precedentes minoritários outros que, diante dos elevados valores em discussão e da possibilidade em tese de erros nestes

exames laboratoriais, admitem a repetição sem maiores elementos concretos, sobretudo sendo o exame pericial a única prova a embasar o julgamento:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. RESULTADO DO EXAME DE DNA QUE CONCLUI PELA PATERNIDADE. PEDIDO DE NOVO EXAME PERICIAL. ÚNICA PROVA PRODUZIDA DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE DE ERRO, EM TESE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO AGRAVADO. RECURSO PROVIDO.
>
> **I** - Diante dos elevados valores que envolvem todas as lides atinentes ao acertamento de paternidade, a busca da verdade real haverá de ser incansavelmente perseguida pelo juiz instrutor do feito, de maneira que a colheita das provas seja a mais ampla e segura possível, a fim de possibilitar a justa composição do conflito em prol da pacificação familiar e social.
>
> **II** - Assim, se a única prova produzida é a pericial, há de se considerar, em tese, a possibilidade de erro material no laudo conclusivo, mesmo que improvável, mas não impossível, razão pela qual o pedido do interessado em submeter-se a novo exame, mesmo que desprovido de qualquer outro fundamento, há de ser deferido, pondo fim, dessa forma, a eventuais dúvidas ou incertezas em tema tão caro para todos os envolvidos na lide pendente.
>
> **III** - Não se pode exigir que as partes, leigas no tocante aos procedimentos a serem seguidos em exame dessa complexidade, apontem concretamente o momento em que a eventual falha técnica teria ocorrido.
>
> **IV** - Verificando-se que o Agravante suportará as despesas com a realização do novo exame, não se visualiza prejuízo ao menor, garantindo-se, ao mesmo tempo, o pleno direito de defesa do réu. (TJSC, AI n. 2010.064097-7, de Lages, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. em 29.3.2011)

Penso, contudo, que a inegável evolução técnica nos últimos anos faz com que tais exames mostrem-se cada vez mais seguros e insuscetíveis

a erros, devendo a repetição ser relegada para hipóteses em que se demonstre, ao menos minimamente, elementos que desconstituam a credibilidade da prova. De outro modo, a repetição seria regra, ao ponto da solução das lides exigirem sempre duas provas periciais.

Resta analisar, portanto, o caso concreto, a fim de verificar se o caderno processual aponta qualquer particularidade a lançar descrédito à prova especializada, o que, adiante-se, não se confirma.

De antemão, saliente-se que o laboratório responsável pelos exames (DNANÁLISE), consoante pesquisa à internet (*in*: http://www.dnanalise.com.br/site/index.php#a, acesso em 05/12/2016), trata-se de instituição credenciada e que conta com certificação ISO 15:189 do Sistema Nacional de Creditação e participante do Programa de Controle Externo de Qualidade do PNCQ em seus exames de paternidade.

O apelante fundamenta sua irresignação na existência de um laudo pericial anterior, supostamente realizado em 03/02/2011 por instituição diversa – cujo nome não se encontra legível (fls. 164/167) -, o qual apresentou conclusão divergente, excluindo a possibilidade de paternidade.

Algumas considerações, no entanto, devem ser tecidas acerca do laudo em comento.

Primeiramente, a sua existência não foi mencionada na exordial, tampouco o foi no decorrer da instrução probatória, vindo à tona somente após o laudo pericial vir aos autos, confirmando a paternidade do réu.

O autor tenta justificar a omissão do referido laudo sustentando a ocorrência de extravio do laudo datado de 2011, sua argumentação, porém, não convence. Isso porque a ausência de domínio sobre o referido laudo justifica apenas que esse não tenha sido colacionado juntamente à exordial, mas não que tenha a informação sido omitida do

Juízo, mormente quando se considera que ela consistiria em elemento probatório deveras favorável ao autor.

Outrossim, a ausência do documento poderia ter sido facilmente suprida, houvesse o autor requerido a expedição de ofício ao laboratório realizador do exame, para que esse enviasse ao Juízo uma segunda via dos resultados obtidos quando do traçamento dos perfis genéticos das partes.

Com efeito, disciplinam os artigos 434 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015 que:

> Art. 434. **Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações.**
>
> Parágrafo único. Quando o documento consistir em reprodução cinematográfica ou fonográfica, a parte deverá trazê-lo nos termos do caput, mas sua exposição será realizada em audiência, intimando-se previamente as partes.
>
> Art. 435. **É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.**
>
> **Parágrafo único. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm - art5. (grifo acrescido)

Veja-se, portanto, que a situação exposta no caso concreto não se amolda à exegese legal, na medida em que o documento de fls. 164/167 foi apresentado somente após a etapa de dilação probatória, nada obstante seja anterior ao aforamento da exordial. Em que pese não

possa ser reputado como documento novo, tampouco se enquadra na exceção prevista pelo parágrafo único, na medida em que o autor não fornece justificativa plausível para sua inércia, limitando-se a sustentar que o referido documento havia sido extraviado.

Oras, uma informação de tamanha importância para o deslinde de uma ação de investigação de paternidade não deixaria de ser mencionada na exordial apenas porque o documento não se encontrava sob o domínio da parte que alega a informação, mormente quando o sistema fornece meios para que o juízo requeresse a expedição de ofício ao laboratório para que esse prestasse esclarecimentos nos autos.

Outrossim, de se destacar que, no suposto exame apresentado pelo autor, estranhamente, não consta a coleta de material genético da genitora – S. da S. -, gerando indagação acerca da técnica adotada para realizar a descrição do perfil genético do menor, visto que, via de regra, se faz necessária a presença de material pertencente a ambos ascendentes.

Por fim, o exame pericial realizado em juízo é dotado de imparcialidade, visto que as partes acompanharam sua produção e foram oportunizadas a participarem de todas as etapas, em amplo contraditório.

A mesma imparcialidade, contudo, não se observa quando o laudo técnico é realizado unilateralmente, a exemplo do exame supostamente realizado em 03/02/2011. Assim sendo, esse elemento probatório não possui o condão de desacreditar a perícia técnica realizada.

Consoante bem salientado pelo parecer ministerial:

> Assim sendo, porque juntado a destempo (art. 306 e seguintes do CPC/1973 e art. 434 e seguintes do NCPC), e de elaboração unilateral, o documento das fls. 164-167, não merece ser considerado e, tendo em vista o alto grau de confiabilidade da prova realizada por determinação judicial (fls. 147-150), crê-se impositiva a manutenção da sentença impugnada. (fl. 197)

Assim sendo, por todo o exposto, voto pelo desprovimento do recurso.

2.5 Os honorários advocatícios recursais

Os **honorários advocatícios recursais** têm 3 (três) pressupostos: **[1]** sentença publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015; **[2]** prévia fixação ou arbitramento de verba honorária na decisão recorrida; e **[3]** trabalho adicional realizado em grau recursal, com valoração entre os **limites quantitativos** de 10% (dez por cento) e, na soma com o percentual estabelecido na decisão recorrida, de 20% (vinte por cento), à luz dos **critérios qualitativos**, quais sejam: **[a]** o grau de zelo do profissional; **[b]** o lugar de prestação do serviço; **[c]** a natureza e a importância da causa; e **[d]** o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Sob esse prisma, a distribuição deverá se embasar na **sucumbência** em grau recursal ou, se ausente, na **causalidade**, com incidência, sucessiva e subsidiariamente, sobre: **[a]** o valor atualizado da condenação; **[b]** o valor atualizado do proveito econômico obtido; ou, não sendo possível mensurá-lo, **[c]** o valor atualizado da causa.

Porém, sendo referidos parâmetros inestimáveis, nas perspectivas da não quantificabilidade ou da exorbitância, ou irrisórios, cumpre arbitrar a verba honorária mediante **apreciação equitativa**, conforme inteligência dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; 1º, *caput*, da Lei n. 6.899/1981; 884 do Código Civil; 1º, 8º, 14, 85, §§ 2º, 6º, 8º, 10 e 11, 322, § 1º, e 1.046 do Código de Processo Civil de 2015; e 1º, *caput*, e 5º, *caput* e incs. XXXVI e LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Na espécie vertente, observa-se que o causídico da parte ré apresentou contrarrazões, atingindo o escopo de manter a sentença irretocável, razão pela qual devida a majoração dos honorários advocatícios para R$ 2.000,00 (dois mil reais).

De se acentuar, contudo, que a concessão dos benefícios da Justiça gratuita presentemente deferidos retroage ao momento do pleito, o qual

foi realizado anteriormente à sentença, de modo que a exigibilidade da condenação referente aos honorários advocatícios, bem como das custas processuais, resta suspensa, consoante preconiza o § 3º do artigo 98 do Código de Processo Civil de 2015.

2.6 Uma derradeira observação

Com efeito, uma vez presentes os requisitos essenciais, é ofício indeclinável do julgador apreciar as pretensões trazidas à baila pela parte, justificando tanto seu acolhimento quanto seu desacolhimento, sob pena de negar, de certa forma, a tutela jurisdicional, porquanto lhe tolhe o direito constitucionalmente assegurado de ver seus argumentos apreciados pela jurisdição estatal (arts. 3º, caput, do Código de Processo Civil de 2015; e 5º, inc. XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Nada obstante, não se trata de dimensão absoluta, vez que pode a decisão se balizar em apenas alguns dos argumentos expostos, deixando-se de se manifestar sobre outros, desde que suficientes aqueles ao desvelo da controvérsia e a justificar as razões do convencimento do juízo, à luz dos arts. 458, inc. II, do Código de Processo Civil de 1973, 11, *caput*, e 489, inc. II, do Código de Processo Civil de 2015 e 93, inc. IX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Outrossim, tal compreensão não ofende o § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, em especial seu inc. IV, segundo o qual *"não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que" "não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador"*. Isso porque se a decisão se encontrar escorada em argumentos suficientemente aptos a chancelar sua higidez, não sendo a conclusão fático-jurídica formulada passível de infirmação por quaisquer outras alegações, a ausência de exame específico das demais teses versadas estará albergada pela exceção legal.

Nesse sentido, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022

DO CPC. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. Argumenta-se que as questões levantadas no agravo denegado, capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada monocraticamente, não foram analisadas pelo acórdão embargado (art. 489 do CPC/2015).

Entende-se, ainda, que o art. 1.021, § 3º, do CPC/2015 veda ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

3. **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.Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg nos EREsp 1483155/BA, rel. Min. OG Fernandes, j. em 15/06/2016, grifo acrescido).

Delineados esses aspectos processuais, passo à conclusão.

3 A conclusão

Assim, quer pelo expressamente consignado neste voto, quer pelo que do seu teor decorre, suplantadas direta ou indiretamente todas as questões ventiladas, deve o recurso ser conhecido e desprovido, tudo nos termos supra.

É o voto.

Apelação Cível n. 0002353-41.2013.8.24.0025, de Gaspar
Relator: Desembargadora Cláudia Lambert de Faria

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ADQUIRENTE DO BEM QUE PRETENDE A RESCISÃO DO PACTO, EM RAZÃO DO SUPOSTO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL POR PARTE DO VENDEDOR. CLÁUSULA QUE PREVÊ A INOCORRÊNCIA DE ÔNUS REAIS OU PESSOAIS SOBRE O IMÓVEL, ALÉM DE OUTROS GRAVAMES SOBRE A PROPRIEDADE. INTERDIÇÃO DO TERRENO, EM RAZÃO DE RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA DOS MORADORES, PELA DEFESA CIVIL, QUE NÃO POSSUI RELAÇÃO COM O ESTABELECIDO NO CONTRATO.

O fato de não ser possível construir no local até a regularização do imóvel não pode ser confundido com um gravame que pende sobre o bem, na medida em que apenas diz respeito à impossibilidade momentânea de edificação.

ALEGAÇÃO DO APELANTE DE QUE OS REQUERIDOS TERIAM ASSUMIDO A OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR O IMÓVEL PRONTO PARA CONSTRUÇÃO, DIANTE DA TERRAPLANAGEM EFETUADA POR ELES. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL NESTE SENTIDO.

INTERDIÇÃO PELA DEFESA CIVIL QUE, ADEMAIS, É TEMPORÁRIA. PARECERES DO ÓRGÃO QUE INDICAM A NECESSIDADE DE ESTUDO DA ÁREA COM PROFISSIONAIS TÉCNICOS, ALÉM DA RECUPERAÇÃO DA VEGETAÇÃO RASTEIRA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE TOTAL E PERPÉTUA DE CONSTRUÇÃO NO IMÓVEL.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0002353-41.2013.8.24.0025, da comarca de Gaspar 2ª Vara em que é Apelante David Afonso Alves e Apelados Alfredo Manoel da Silva e outros.

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer o recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Henry Petry Junior, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 9 de maio de 2017.

Desembargadora Cláudia Lambert de Faria
Relatora

RELATÓRIO

DAVID AFONSO ALVES ajuizou ação de rescisão contratual c/c perdas e danos em face de ALFREDO MANOEL DA SILVA, MARIA SOUZA DA SILVA E ARNALDO ALFREDO DA SILVA, aduzindo que adquiriu um imóvel dos réus, mediante contrato de compra e venda. Contudo, segundo alegou, os réus não cumpriram com o pactuado, mais especificamente com a cláusula terceira do contrato particular, razão pela qual pugnou pela rescisão contratual e condenação dos réus ao pagamento atualizado das parcelas já adimplidas e, ainda, da multa contratual.

Concedido o benefício da gratuidade da justiça ao autor na fl. 36.

Citados (fl. 45v), os réus deixaram transcorrer *in albis* o prazo de defesa (fl. 46).

Na sentença de julgamento antecipado do feito (fls. 47-49), o togado singular julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando o

autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 788,00, com base no art. 20, § 4º, do CPC/1973, ficando sua exigibilidade suspensa em razão de ser beneficiários da justiça gratuita, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação (fls. 53-59), sob o fundamento central de que os apelados/réus descumpriram o que foi acordado na cláusula terceira do contrato de compra e venda firmado, especialmente no tocante à ausência de ônus sobre o imóvel, tendo em vista que ficou estabelecido que os próprios recorridos entregariam o imóvel ao apelante pronto para construção, ou seja, já terraplanado. Entretanto, segundo aduz, ao realizar obras para construção, houve embargo pela Defesa Civil, ao argumento de que o local oferece riscos à integridade física dos moradores. Assim, pugna pela reforma total da sentença.

Os autos vieram conclusos para julgamento.

VOTO

Inicialmente, diante da entrada em vigor, a partir de 18/03/2016, do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16/03/2015), faz-se necessário definir se a nova lei será aplicável ao presente recurso.

Com relação ao requisitos de admissibilidade recursal, consoante Enunciado administrativo n. 2 do Superior Tribunal de Justiça (aprovado em sessão do Pleno do dia 16/03/16), aquela Corte decidiu que *"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"*.

No caso em apreço, a sentença foi publicada no dia 30/09/2015 (fl. 51), ou seja, antes da entrada em vigor do novo CPC, portanto, devem ser observados os requisitos de admissibilidade na forma prevista no antigo CPC/1973.

Assim sendo, vê-se que foram devidamente preenchidos na espécie os requisitos de admissibilidade, pelo que deve ser conhecido o recurso.

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 sentença foi prolatada pelo juízo *a quo* com fundamento no antigo CPC/1973, de forma que a análise do pleito recursal deve ainda obedecer aos dispositivos daquele código.

De início, faz-se necessário consignar que os réus/apelados, devidamente citados, não apresentaram defesa, tendo, pois, sido declarada a sua revelia, incidindo, pois, a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, nos moldes do art. 319, do CPC/1973.

Contudo, ainda que aplicada tal norma, *"trata-se de presunção iuris tantum, isto é, vencível por prova em sentido contrário, desde que, à luz da convicção do juiz, resulte a não veracidade dos fatos constitutivos do direito do autor. É preciso ter presente que os fatos constitutivos invocados pelo autor precisam ser plausíveis. Por outras palavras, não é pela circunstância de ter ocorrido revelia que, pura e simplesmente, tornar-se-iam verdadeiros os fatos constitutivos, quando, evidentemente, não forem plausíveis."* (ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. Comentários ao código de processo civil: comentários à Lei 9.613/98 com as alterações da Lei 12.683/12. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 709).

O artigo 475 do Código Civil dispõe sobre a possibilidade da parte lesada pelo inadimplemento contratual pedir a sua resolução, *in verbis:*

> Art. 475. 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.

No caso em análise, o apelante aduz que houve inadimplemento contratual por parte dos apelados (vendedores), na medida em que restou descumprido o estabelecido na cláusula terceira do pacto, mais especificamente, em relação à ausência de ônus sobre o imóvel.

O contrato entabulado entre as partes visou a transferência da propriedade, ao apelante, de 300 m², referente ao lote nº 12, da área maior de 174.599,32 m², situada na rua João Domingos Pereira, bairro das Mansões, na cidade de Ilhota/SC (fls. 16-18).

Dentre o avençado, destaca-se o teor da cláusula terceira (fl. 17):

> Cláusula Terceira: O VENDEDOR declara, sob pena de ser cível e penalmente responsabilizado, que não pesa sobre o seu imóvel, quaisquer ônus ou gravames, quer seja real, pessoal ou fiscal, judicial ou extrajudicial, de caráter real, foro, pensão, arresto, sequestro e hipoteca de qualquer espécie e grau, estando a parte obrigada por si, seus herdeiros e sucessores.

Em que pese a alegação de descumprimento da referida cláusula contratual, não é o que se extrai dos autos.

Veja-se que o apelante embasa sua tese no fato de que a Defesa Civil da cidade de Ilhota emitiu dois pareceres (em 15/06/2012 – fls. 19-20 – e em 07/02/2013 - fls. 24-27) desfavoráveis à construção no local, interditando-o em razão dos "riscos à integridade física aos moradores".

Com efeito, a restrição emitida pela Defesa Civil não possui o condão de caracterizar o descumprimento, pelos apelados, do contrato de compra e venda firmado entre as partes.

Isso porque, tal cláusula diz respeito aos encargos que pesam sobre o imóvel, sejam pessoais ou reais, sendo esses caracterizados por restringir o direito de propriedade da coisa. Ora, o fato de não ser possível construir no local até a regularização do imóvel não pode ser

confundido com um gravame que pende sobre o imóvel, na medida em que apenas diz respeito à impossibilidade momentânea de exercer um direito possessório (construção).

Ainda, diferentemente do que aduzido pelo recorrente, não consta no negócio jurídico realizado menção sobre a responsabilidade dos apelados de entregar o imóvel pronto para construção, o que afasta, por completo, a alegação de descumprimento contratual.

Por fim, ressalta-se que, apesar de a Defesa Civil da cidade de Ilhota ter interditado o local, nos pareceres constou expressamente que tal providência é transitória, ou seja, "até que sejam sanados todos e quaisquer problemas referentes ao terreno descrito" (fls. 20 e 25). Desse modo, não se vislumbra a impossibilidade total e perpétua de construção no terreno, mas apenas até que sejam regularizadas as pendências relativas nos pareceres, notadamente o "estudo com engenheiro, geólogos, geomorfológicos, para recuperação da área degradada, com ART, de responsável técnico, com direcionamento das águas fluviais, e recuperação da vegetação rasteira (fls. 20 e 25).

Em decorrência, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Apelação Cível n. 0302847-83.2015.8.24.0113, de Camboriú
Relatora: Desembargadora Rosane Portella Wolff

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. INDENIZAÇÃO POR INVALIDEZ PERMANENTE POR ACIDENTE. JUÍZO *A QUO* QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS EXORDIAIS, EM FACE DO DECURSO INTEGRAL DO INTERREGNO PRESCRICIONAL. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR.

PRESCRIÇÃO. PRAZO DE 1 (UM) ANO, CONTADO DA DATA DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INVALIDEZ. ART. 206, § 1º, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL E SÚMULA N. 278 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HIPÓTESE CONCRETA EM QUE NÃO TRANSCORREU O PRAZO PRESCRICIONAL ENTRE O CONHECIMENTO INDUBITÁVEL DA LESÃO PERMANENTE INCAPACITANTE E O AJUIZAMENTO DA DEMANDA INDENIZATÓRIA. SÚMULA N. 229 DA CORTE DA CIDADANIA. SENTENÇA MODIFICADA.

PROCESSO QUE NÃO SE ENCONTRA PRONTO PARA JULGAMENTO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302847-83.2015.8.24.0113, da 1ª Vara Cível da comarca de Camboriú, em que é Apelante Alex Luiz Zeferino e Apelado Gente Seguradora S/A:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do Recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Luiz Cézar Medeiros, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Henry Petry Júnior.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2017.

Desembargadora Rosane Portella Wolff
Relatora

RELATÓRIO

Alex Luiz Zeferino ajuizou Ação de Cobrança n. 0302847-83.2015.8.24.0113, em face de Gente Seguradora S/A, perante a 1ª Vara Cível da comarca de Camboriú.

Relatou, em síntese, que: a) trabalha como professor auxiliar para o município de Camboriú, o qual possui contrato de seguro de vida em grupo firmado com a Ré; b) em 12-11-2013, foi vítima de acidente de trânsito, no qual sofreu fratura exposta da perna direita; c) em decorrência do tratamento médico permaneceu afastado das atividades laborativas por aproximadamente cinco meses, obtendo alta médica em 18-6-2014; d) atualmente apresenta claudicação, redução dos movimentos do tornozelo, redução da força muscular do membro inferior direito, além de quadros de algia em joelho direito; e) diante da irreversibilidade das sequelas, evidente a obrigação da Ré em indenizá-lo com o valor integral do capital segurado contratado para os casos de invalidez permanente por acidente; e f) em 23-3-2015, visando o recebimento da verba indenizatória, procurou a Demandada administrativamente, contudo não obteve êxito.

Diante dos fatos, pleiteou: a) a inversão do ônus da prova, especialmente para que a Seguradora fosse compelida a exibir os documentos relativos a contratatualidade em discussão; b) a condenação da Requerida ao pagamento integral do capital segurado referente a invalidez permanente por acidente, acrescido de correção monetária desde a contratação; c) a condenação da Ré ao pagamento de danos

morais; d) a concessão da gratuidade processual; e) a produção de provas; e f) a condenação da Seguradora ao pagamento dos ônus sucumbenciais (fls. 1-20).

À fl. 45, o Togado de origem designou audiência conciliatória, a qual restou inexitosa (fl. 140).

Citada (fl. 49), a Seguradora contestou o feito (fls. 54-85).

Arguiu, preliminarmente, a ocorrência da prescrição. No mérito, sustentou, em resumo, a ausência de prova da alegada incapacidade permanente do Segurado e a inexistência de ato ilícito que justifique o pretendido dano extrapatrimonial.

Ao final, rogou pela acolhida da preliminar ou, então, pela improcedência dos pleitos iniciais.

A sentença foi prolatada pelo Magistrado Rogério Carlos Demarchi (fls. 149-151), em cuja parte dispositiva constou:

> **ANTE O EXPOSTO**, com fundamento no art. 487, inciso II, do Código de Processo Civil, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido formulado na inicial.
>
> Condeno o autor ao pagamento das despesas processuais resultantes deste feito, bem como em honorários advocatícios de sucumbência, estes que fixo em R$ 800,00 (oitocentos reais), nos termos do artigo 85, § 2.º, do Código de Processo Civil, suspensa a exigibilidade, pois foi deferido ao autor os benefícios da justiça gratuita.
>
> Publique-se. Registre-se.Intimem-se.
>
> Transitada em julgado, arquive-se.
>
> (fl. 151; destaques do original).

Irresignado, o Autor interpôs Apelação (fls. 155-159).

Sustentou, em suma, que o julgamento antecipado da lide cerceou o seu direito de defesa, pois foi impedido de comprovar a sua debilidade. Ainda, defendeu a inocorrência da prescrição, em razão do pedido administrativo de pagamento de indenização à seguradora ter suspendido o prazo prescricional até a ciência da decisão.

Por fim, pleiteou o conhecimento e o provimento do Recurso para afastar a prescrição e julgar procedentes os pleitos exordiais.

Intimada, a Seguradora apresentou suas contrarrazões (fls.163-168).

Dessarte, vieram conclusos os autos a este Corte.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do Recurso.

No Apelo, o Autor defendeu que sua pretensão não foi atingida pela prescrição, sob o argumento de que o pedido administrativo de pagamento de indenização à Seguradora suspendeu o prazo prescricional até a ciência da decisão.

Bem visualizada a demanda, tem-se que lhe assiste razão.

Sobre o tema, o art. 206 do Código Civil prevê:

> Art. 206. Prescreve:
>
> § 1º Em um ano:
>
> [...]
>
> II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:
>
> a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data

> em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;
>
> b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;
>
> (destacou-se).

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já editou as seguintes súmulas:

> Súmula 101: A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano.
>
> Súmula 229: O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão.
>
> Súmula 278: O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.
>
> (sublinhou-se).

Então, como se verifica, a tese jurídica encampada é a de que o marco inicial da prescrição de um ano se dá a partir do momento em que o Segurado tem conhecimento inequívoco da invalidez.

In casu, o Togado *a quo* reconheceu a prescrição com base na alegação do Autor de que teve alta médica em 18-6-2014.

Todavia, não é plausível pressupor que, já no momento da alta médica, *de per si*, haveria a constatação inequívoca da invalidez do Requerente.

A propósito, uma das hipóteses em que essa situação poderia ocorrer, é quanto há a amputação de um membro, ou seja, quando não depende de tratamento de reabilitação prévio a fim de verificar a consolidação da invalidez.

Nas outras situações, em que há, por exemplo, redução de mobilidade, claudicação, a constatação da invalidez deve se dar por laudo médico, e não por presunção.

Nesse sentido, a Corte da Cidadania já decidiu:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544, DO CPC/73) - AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA OBRIGATÓRIA (DPVAT) - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL.
>
> INSURGÊNCIA DA SEGURADORA.
>
> 1. Termo inicial do prazo prescricional para exercício da pretensão de cobrança de seguro obrigatório.
>
> 1.1. A segunda Seção, no âmbito de julgamento de recurso especial representativo da controvérsia (artigo 543-C do CPC/73), reafirmou o entendimento, cristalizado na Súmula 278 desta Corte, no sentido de que "o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez" (REsp 1.388.030/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 11.06.2014, DJe 01.08.2014).
>
> 1.2. Nessa perspectiva, o referido órgão julgador, também no bojo do repetitivo, assentou que, exceto em casos de invalidez permanente notória (amputação de membro, entre outros), ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase da instrução, a vítima do acidente de trânsito tem ciência inequívoca do caráter permanente de sua incapacidade na data de emissão do laudo médico pericial (EDcl no REsp 1.388.030/MG, julgado em 27.08.2014, DJe 12.11.2014). Tal exegese decorreu da constatação da inexistência de norma legal autorizando o julgador "a presumir a ciência da invalidez a partir de circunstâncias fáticas com o decurso do tempo, a não submissão a tratamento ou a interrupção deste".
>
> 2. Caso concreto. Em razão da perícia técnica determinada pelo juízo em 12.7.2010, constata-se não ocorrida a prescrição da pretensão autoral. Incidência das Súmulas 7 e 83/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 721.440/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 17-11-2016).

No presente caso, o Autor envolveu-se em acidente de trânsito em 12-11-2013 e sofreu fratura exposta na perna direita (fl. 2).

Por conta disso, foi submetido a cirurgia para colocação de pinos e fixador externo na tíbia, sendo que, depois, realizou uma outra cirurgia, para colocar uma haste intramedular (fl. 2).

Ainda, em razão dos tratamentos médicos, permaneceu afastado de seu labor até 18-6-2014, quando então recebeu alta médica (fl. 2, item 4).

Ora, nesse ponto, tem-se que a alta médica a que se referiu o Demandante foi a autorização recebida de seu médico a fim de que retornasse à sua vida cotidiana, como por exemplo, ao trabalho.

A propósito, o Autor informou que, ao tempo da propositura da ação, apresentava "claudicação, redução dos movimentos do tornozelo, redução de força muscular do membro inferior direito, além de quadros de algia em joelho direito, devido aos parafusos de fixação da hasta [*sic*] intramedular, sendo que estas lesões são permanentes, ou seja, não há possibilidade de recuperação significativa da cura" (fl. 2, item 5).

E, o único documento que dá conta do conhecimento, pelo Autor, da consolidação da invalidez, é relato do médico que acompanhou seu caso (fl. 38), o qual está datado de 28-2-2015.

Além de ser devido considerar essa a data como termo *a quo* da fluência da prescrição, o Autor realizou pleito administrativo em 23-3-2015 (fl. 43), sendo que, a partir desse dia, o prazo prescricional se quedou sobrestado, ao passo em que retornou seu cômputo somente em 2-6-2015 (fls. 136-137), data da ciência da negativa da cobertura, nos termos da Súmula 229 da Corte da Cidadania.

Na sequência, tem-se que a presente ação indenitária foi proposta em 7-12-2015.

Ou seja, não houve a fluência do prazo prescricional de 1 (um) ano entre a data do conhecimento da estabilização da invalidez e a propositura da ação, considerando-se o período de suspensão por conta do pleito de pagamento na via extrajudicial.

Logo, a sentença deve ser reformada no ponto.

Outrossim, diante da ausência de instrução processual, tem-se que o feito não se encontra pronto para julgamento, o que torna necessária a remessa ao Juízo de origem para que tenha seguimento em seus ulteriores termos.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, conhece-se do Recurso e dá-se-lhe provimento para cassar a sentença, determinando-se o retorno dos autos ao Juízo de origem para prosseguimento.

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0002229-96.2011.8.24.0035
Relator: Desembargador Subst. Rubens Schulz

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA E INDENIZATÓRIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE FUMO EM FOLHA. EMISSÃO DE NOTA PROMISSÓRIA. GARANTIA PRESTADA POR MEIO DE AVAL. FALECIMENTO DO CÔNJUGE OUTORGANTE. PRETENSO RECEBIMENTO DE SEGURO PRESTAMISTA. NÃO CABIMENTO. ESPOSA DO AVALISTA QUE PRESTOU MERA OUTORGA UXÓRIA, NÃO FIGURANDO COMO GARANTIDORA. SEGURO DE VIDA CONTRATADO APENAS PARA O PRODUTOR E SEU CÔNJUGE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Constando na nota promissória emitida como garantia de contrato de compra e venda apenas o marido como avalista, e comparecendo sua esposa apenas como anuente (outorga uxória), ela não assume a qualidade de garantidora.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0002229-96.2011.8.24.0035, da comarca de Ituporanga (1ª Vara), em que é Apelante Adilson da Cruz e Apelada Continental Tobaccos Alliance S/A CTA.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Stanley Braga, presidente com voto, a Desa. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, e o Des. Subst. Rubens Schulz, relator.

Florianópolis, 31 de janeiro de 2017.

Desembargador Subst. Rubens Schulz
RELATOR

RELATÓRIO

Adilson da Cruz ajuizou *"ação declaratória c/c indenizatória"* em face de CTA – Continental Tabaccos Alliance S/A.

Em suma, alegou ter realizado um contrato de financiamento de insumos agrícolas para a safra de fumo junto à requerida, sendo seus pais, Ondina de Pinho da Cruz e Laurino Antônio da Cruz, avalistas da avença. Com o falecimento de sua mãe, em 19-8-2010, afirmou ter direito ao recebimento de indenização, no valor de R$ 15.180,10 (quinze mil, cento e oitenta reais e dez centavos), relativa ao seguro prestamista contratado. Argumenta que seu irmão Adenir da Cruz também tinha Ondina como avalista em um contrato com a ré e foi indenizado em relação ao seguro de vida pelo falecimento dela. Por fim, requereu fosse declarado (fls. 2-16).

Citada, a requerida apresentou contestação. Afirmou ter celebrado com o autor contrato de promessa de compra e venda de tabaco em folha na safra 2010/2011, no qual concedeu ao autor empréstimos para o custeio da produção, valores posteriormente debitados da conta corrente do produtor. Salientou que o autor emitiu nota promissória em branco, para o caso de inadimplemento e que, para garantia do pagamento, foi constituído aval na pessoa de Laurino Antônio da Cruz, de forma que a assinatura de Ondina de Pinho da Cruz foi aposta no título apenas por

exigência legal (outorga uxória). Acrescentou que a obrigação contratual é de estipulação de seguro em nome do contratante e seu cônjuge, realizando-se também em relação ao avalista, o Sr. Laurino, para maior segurança. Ao final, juntou documentos (fls. 24-44).

Houve réplica (fls. 49-50).

Encerrada a instrução do feito, o magistrado singular proferiu sentença, julgando improcedentes os pedidos formulados pelo autor, condenando-o ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência em favor do procurador da parte adversa, os quais arbitrou em R$ 1.000,00 (mil reais), ficando sobrestada a cobrança em virtude do benefício da justiça gratuita que lhe fora concedido (fls. 63-66).

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação. Em síntese, afirma não concordar com o julgamento antecipado da lide, porquanto deveria a ré ter sido compelida a informar os requisitos para cobertura do seguro para o caso e justificar por que o irmão do apelante, que havia firmado contrato com os mesmos avalistas perante a ré, recebeu o seguro pela morte da mãe e o apelante não. Quanto ao mérito, alega que, como houve obrigação legal para que a Sra. Ondina assinasse a nota promissória com o avalista, Sr. Laurino, nada mais justo que o apelante também tenha o direito de receber a indenização referente ao seguro de vida referenciado no contrato de empréstimo para custeio da produção (fls. 69-72).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 76-82), os autos ascenderam a esta Corte.

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 à luz das

disposições do Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista que a sentença recorrida foi publicada ainda na sua vigência, excetuadas eventuais normas de aplicabilidade imediata do novo regramento processual.

Objetiva o apelante – em decorrência do falecimento de sua mãe, que, segundo alega, figurava como avalista no contrato de financiamento de insumos agrícolas para safra de fumo firmado com a ré – o recebimento de indenização relativa ao seguro prestamista no valor de R$ 15.180,10 (quinze mil, cento e oitenta reais e dez centavos).

De fato, em 29-4-2010, autor e ré entabularam um "contrato de compra e venda de fumo em folha safra 2010/2011" (fls. 37-40), tendo o autor firmado nota promissória em branco, com autorização de preenchimento, como garantia para o caso de inadimplemento (fl. 41), sendo o título avalizado por Laurino Antônio da Cruz, pai do apelante, constando, ainda, a assinatura de Ondina de Pinho da Cruz, na condição de cônjuge do avalista.

Pois bem.

O instituto da outorga uxória consiste na autorização dada por um dos cônjuges ao outro, para a prática de determinados atos – como, v.g., a prestação de aval –, sem a qual estes não teriam validade.

A esse respeito, dispõe o artigo 1.647 do Código Civil de 2002:

> Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:
>
> I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;
>
> II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;
>
> III - prestar fiança ou aval;
>
> IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação (grifou-se).

Como se sabe, "aval é a declaração cambial, eventual e sucessiva, pela qual o signatário responde pelo pagamento do título de crédito. É uma garantia típica cambiária [...] escrito no próprio título ou numa folha anexa. O avalista garante o pagamento do título de crédito e não a pessoa do avalizado" *(COSTA, Wille Duarte. Títulos de Crédito, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 199).*

E sobre a outorga uxória, interessante preleção é extraída da doutrina de Maria Helena Diniz:

> [...] Para preservar o patrimônio familiar, a lei impõe limitações ao poder de administração do casal, exigindo que, para a prática de certos atos, se obtenha a outorga marital ou uxória, sem a qual não estará legitimado para efetivá-los, salvo se o regime matrimonial for o da separação absoluta de bens (Código civil anotado. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1.275).

Diante dessas premissas, entende-se que, no caso de outorga uxória propriamente dita, dada em aval, a qualquer título, o cônjuge outorgante no aval não adquire, a princípio, a qualidade de avalista, uma vez que tal ato, como já dito, consiste apenas na concordância do outro cônjuge com negócios que poderiam onerar o patrimônio comum da família.

Nessa linha, consoante o entendimento dos doutrinadores Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, o cônjuge outorgante somente adquirirá qualidade de avalista quando assinar o contrato como tal, hipótese em que ambos os consortes terão responsabilidade solidária. Veja-se:

> Caso fique claro no instrumento do contrato (fiança) ou no título cambial (aval) que o cônjuge está dando autorização para que seu consorte preste fiança ou aval, o cônjuge autorizador *não é* fiador nem avalista, qualidades ostentadas apenas pelo cônjuge autorizado. Quando houver assinaturas de ambos os cônjuges no contrato ou no título, sob a rubrica de avalistas ou fiadores, ambos são garantes, com responsabilidade solidária (Código Civil anotado e legislação extravagante. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 737 – grifou-se).

Na demanda em apreço, como bem destacou o sentenciante, verifica-se que Ondina de Pinho da Cruz não assinou a nota promissória como avalista, já que seu nome foi aposto logo abaixo da assinatura de Laurino Antônio da Cruz – este denominado expressamente "avalista" –, em campo onde, também de forma expressa, se identifica "cônjuge". Diante desse contexto, não há dúvida de que Ondina de Pinho da Cruz não avalizou a nota promissória, representando a sua assinatura mera vênia conjugal para atendimento da previsão contida no citado artigo 1.647, III, do Código Civil.

Noutro norte, observa-se haver no contrato firmado entre as partes expressa autorização para que a requerida contrate seguro para o produtor e seu cônjuge (cláusulas 2.8 e 2.8.1), nada dispondo acerca da contratação de seguro de vida para o avalista ou para o consorte outorgante.

Uma vez fixada a premissa de que a assinatura da Sra. Ondina aposta na nota promissória constituiu mera outorga uxória para que seu cônjuge pudesse ser avalista – não podendo lhe ser atribuída a qualidade de garantidora – e não havendo contratação de seguro em seu nome, dessome-se correta a sentença que julgou improcedente a pretensão do apelante.

Por fim – rechaçando a tese de que houve cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide – frisa-se que, tendo o julgador o poder de decidir acerca da necessidade de proceder-se a instrução probatória para a formação do seu convencimento, consoante autorizam os artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil de 1973, e tendo ele considerado a prova produzida suficientemente clara e precisa para a construção do juízo de certeza acerca dos fatos sobre os quais se funda a lide, não está ele obrigado à produção de outras provas, a fim de mero contentamento das partes.

Nessa senda, com acerto, destacou o magistrado, com fulcro no artigo 844, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, ser descabido ordenar que a empresa demandada exibisse os contratos relativos à operação realizada por Adenir da Cruz, irmão do apelante, por se ele pessoa absolutamente estranha à relação jurídica em discussão (fl. 51).

Desta forma, cumpridos os requisitos autorizadores do julgamento antecipado da lide, delineados no artigo 330, I, do referido Diploma – o qual permite que o juiz conheça 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"* –, não há falar em cerceamento de defesa.

Nega-se, portanto, provimento ao presente recurso.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0003588-79.2009.8.24.0026, de Guaramirim
Relatora: Desembargadora Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS CAUSADOS EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. CRUZAMENTO DE VIA SEM AS DEVIDAS CAUTELAS PELO REQUERIDO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

RECURSO DE APELAÇÃO DO REQUERIDO. PRELIMINAR DE MÉRITO. NÃO CONHECIMENTO DO APELO NO TOCANTE AOS DANOS MATERIAIS (DESPESAS COM CONSERTO DA MOTOCICLETA E DESPESAS HOSPITALARES). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NAS RAZÕES DO RECLAMO NESTE TOCANTE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.010, II, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE DO RECURSO NÃO ATENDIDO NESTE PONTO.

PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CULPA EXCLUSIVA DO AUTOR PELO ACIDENTE DE TRÂNSITO. INSUBSISTÊNCIA. BOLETIM DE OCORRÊNCIA CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL CAPAZ DE COMPROVAR A CULPA EXCLUSIVA DO CONDUTOR DEMANDADO. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* DE VERACIDADE NÃO DERRUÍDA. MANOBRA DE CONVERSÃO À ESQUERDA COM CRUZAMENTO DE RODOVIA SEM A DEVIDA OBSERVÂNCIA DO FLUXO DE TRÁFEGO PELA PREFERENCIAL. DEVER DE SOBRECAUTELA. EXEGESE DOS ARTIGOS 28, 29 §2º, 34 e 35, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO PREPONDERÂNCIA SOBRE EVENTUAL EXCESSO DE VELOCIDADE. CULPA EXCLUSIVA DO REQUERIDO EVIDENCIADA. RESPONSABILIDADE CIVIL CARACTERIZADA.

PLEITO DE AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSUBSISTÊNCIA. AUTOR QUE SOFREU LESÃO PERMANENTE DE MEMBRO INFERIOR ESQUERDO.

OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DO AUTOR DEMONSTRADA. ABALO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

PEDIDO DE MINORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. SUBSISTÊNCIA. DIMINUIÇÃO A FIM DE ADEQUAR A QUANTIA FIXADA À EXTENSÃO DOS DANOS CAUSADOS AO AUTOR. SOPESADA, AINDA, A CONDIÇÃO FINANCEIRA DAS PARTES.

PLEITO DE AFASTAMENTO DOS LUCROS CESSANTES AO ARGUMENTO DE NÃO TER SIDO COMPROVADO O RENDIMENTO PERCEBIDO PELO AUTOR À ÉPOCA DO SINISTRO. INSUBSISTÊNCIA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO NO IMPORTE DE 1 (UM) SALÁRIO MÍNIMO EM CASO DE NÃO COMPROVAÇÃO DA RENDA PELO AUTOR. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. VERBA FIXADA EM 50% DO SALÁRIO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE DE AJUSTE SOB PENA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. INDENIZAÇÃO MANTIDA.

HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA PARA 20% (VINTE POR CENTO) DO VALOR ATUALIZADO DA CONDENAÇÃO, EX VI DO ART. 85, §11, DO NCPC.

RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003588-79.2009.8.24.0026, da comarca de Guaramirim 1ª Vara em que é Apelante Erminio Campigotto e Apelado Tiago Bertholdi.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer em parte do recurso da requerida e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Desembargador Stanley Braga e Excelentíssimo Desembargador André Luiz Dacol.

Florianópolis, 04 de abril de 2017.

Desembargadora Denise Volpato
Presidente e Relatora

RELATÓRIO

Forte no Princípio da Celeridade, e utilizando racionalmente as ferramentas informatizadas, adota-se, *in totum,* o relatório da Sentença proferida. *Verbis* (fls. 172/173):

> "Tiago Bertholdi, devidamente qualificado nos autos em epígrafe, ajuizou Ação de Reparação de Danos em Acidente de Trânsito em face de Ermínio Campigotto, igualmente qualificado.
>
> Alegou, em síntese, que na data de 24-11-2007 envolveu-se em sinistro automobilístico ocorrido por culpa exclusiva da parte ré.
>
> Asseverou que o acidente pcprreu por manobra imprudente engrendada pela parte ré que invadiu a via por onde regularmente a parte autora trafegava com automóvel.
>
> Aduziu, ainda, que do referido acidente resultaram danos materiais na categoria de danos emergentes (despesas com tratamento médico e conserto de sua motocicleta), lucros cessantes (decorrentes da perda ocasionada em virtude da incapacidade parcial para o trabalho), além de danos morais.
>
> Diante de tal fato, intentou a presente demanda postulando pela condenação da parte ré ao pagamento de indenização relativamente aos danos experimentados em virtude do sinistro.
>
> Pleiteou pela concessão de tutela antecipada, visando o pagamento imediato de alimentos provisórios em seu favor.

Juntou documentação às fls. 16-37.

A tutela antecipada foi indeferida (fls. 39-41).

Devidamente citada a parte ré apresentou contestação ao pedido inicial, sustentando, em síntese, a ausência de culpa em relação ao evento danoso, uma vez que a manobra foi efetuada pelo preposto da primeira ré com segurança, sendo que a colisão ocorreu porque a parte autora trafegava em velocidade incompatível com o local.

Houve réplica.

Despacho saneador à fl. 86, sendo determinada a produção de prova pericial a fim de averiguar as sequelas deixadas pelo acidente em relação à parte autora.

O laudo pericial foi acostado aos autos às fls. 112-113.

Realizada audiência de instrução, foram inquiridas testemunhas.

Alegações finais da parte autora em forma de memoriais e da parte ré remissivas à contestação.

Vieram-me os autos conclusos."

Ato contínuo, sobreveio sentença da lavra da MMª. Magistrada Cíntia Gonçalves Costi, que julgou a lide nos seguintes termos (fls. 172/194):

"Ante o exposto, julgo procedente em parte os pedidos consubstanciados na inicial para: a) condenar a parte ré ao pagamento de indenização por danos materiais, no montante correspondente a R$ 17.194,38 que deverão ser ressarcidos pela parte ré devidamente atualizadas monetariamente pelos índices do INPC/IBGE, a partir do efetivo desembolso, acrescido de juros de mora de 1% a contar da data do evento danoso por se tratar de responsabilidade civil por ato ilícito (Súmula 54 do STJ); b) condenar a parte ré ao pagamento de danos emergentes consistentes em pensão vitalícia em favor da parte autora no montante correspondente a 50% do salário mínimo que deverão ser pagos pela parte ré devidamente

> atualizadas monetariamente pelos índices do INPC/IBGE, acrescido de juros de mora 1% a contar da data do do evento danoso, até sua integral convalescença; c) condenar a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R$ 30.000,00, devidamente corrigidos pelos índices do INPC/IBGE até a data do efetivo pagamento acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da data do evento danoso (Súmulas 43 e 54 do STJ); d) determinar que o réu constitua capital na forma do art. 475-Q do Código de Processo Civil, com objetivo de garantir o integral pagamento das verbas indenizatórias a que foi condenada na presente sentença em valor não inferior a R$ 200.000,00 (duzentos mil reais).
>
> Em consequência julgo extinto o presente feito na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil.
>
> Considerando que a parte autora decaiu em parte mínima dos seus pedidos, condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios os quais fixo em 15% calculados sobre o valor da condenação, na forma do disposto no art. 20, §3º e §4º do Código de Processo Civil."

O requerido opôs embargos de declaração (fls. 197/199) sustentando obscuridade e contradição no tocante ao valor atribuído na Sentença aos lucros cessantes. Argumentou ter o Magistrado, ao decidir pela fixação do *quantum* sobre o salário mínimo e, no entanto, determinar a correção pelo INPC e juros de 1% (um por cento) ao mês, impôs uma dupla punição ao requerido, porque além da atualização acima fixada, arcará também com os reajustes anuais do salário mínimo. Requereu a desvinculação do salário mínimo como valor base para a indenização. Alegou a omissão no tocante à aplicação do parágrafo único do artigo 950 do Código Civil, e contradição ao determinar a constituição de capital prevista no artigo 475-Q do Código de Processo Civil de 1973, ante a ausência de requerimento do autor.

O Magistrado de Primeiro Grau acolheu os embargos opostos, passando o dispositivo da Sentença a ter a seguinte redação:

> "Ante o exposto, acolho os presentes embargos de declaração para afastar o pedido de aplicação do disposto no art. 950, parágrafo único do CPC [sic] ao presente caso, bem como determinar que a atualização dos valores devidos a título de lucros cessantes obedeçam aos seguintes critérios: 1) As parcelas vencidas devem ser pagas de uma só vez, corrigidas pelo INPC desde o vencimento de cada parcela e acrescida dos juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação; 2) As parcelas vincendas devem ser reajustadas pelos índices de reajuste do salário mínimo e pagas até o dia 05 (cinco) de cada mês subsequente ao vencido."

Irresignado com a prestação jurisdicional, o requerido interpôs recurso de apelação (fls. 210/223). Preliminarmente, requer a concessão do benefício da gratuidade da justiça. No mérito, argumenta a inexistência de culpa pelo acidente, conquanto trafegava em sua mão de direção e nesta, ao sinalizar o deslocamento para esquerda, foi abalroado pela motocicleta do requerente. Almeja o reconhecimento da culpa exclusiva da parte autora, ou, da culpa concorrente entre as partes. Pugna pelo afastamento da pensão ordenada ao requerente, sob a alegação de não estar comprovado nos autos o montante percebido pelo autor à época do sinistro. Insurgiu-se contra os danos morais, pois alega comprovada conduta culposa da parte autora ou, alternativamente, pretende a sua diminuição, por ser o requerido pessoa idosa, desprovida de recursos financeiros, não tendo tais premissas sido observadas na fixação do *quantum*.

Contrarrazões do autor às fls. 227/234.

Após, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade

É consabido que o procedimento recursal exige o preenchimento de pressupostos específicos, necessários para que se possa examinar o mérito do recurso interposto. Portanto, torna-se imperiosa, num primeiro momento, a análise dos pressupostos recursais, em razão de constituírem a matéria preliminar do procedimento recursal, ficando vedado ao Tribunal o conhecimento do mérito no caso de não preenchimento de quaisquer destes pressupostos.

Tais pressupostos são classificados como intrínsecos (cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal, inexistência de fato extintivo do direito de recorrer) e extrínsecos (regularidade formal, tempestividade e preparo). Os pressupostos intrínsecos estão atrelados ao direito de recorrer, ao passo que os extrínsecos se referem ao exercício desse direito.

In casu, o recorrente interpôs recurso de Apelação Cível sem juntar o respectivo preparo, requerendo a concessão da benesse da Justiça Gratuita, ao argumento de ser incapaz de custear a demanda sem prejuízo do seu sustento próprio.

Pois bem.

Infere-se dos autos ter o requerido acostado extrato bancário comprovando o recedimento de aposentadoria pelo INSS, bem como extrato demonstrativo de aposentadoria por idade emitido pelo Órgão.

Nos termos do artigo 4º da Lei n. 1.060/1950 (artigo 99 do NCPC), a simples declaração da parte de sua hipossuficiência basta para lhe ser devido o benefício da justiça gratuita – isenção de custas. Dispõe o referido dispositivo:

> "4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família."

Não se desconhece que essa presunção é relativa, por isso que, em

aportando aos autos elementos que demonstrem a capacidade da parte de custear a demanda, é de se indeferir o benefício da gratuidade da Justiça, sendo lícito ao Magistrado, ainda, condicionar a concessão do benefício (ou a continuidade de sua percepção) à demonstração concreta de pobreza (TJSC, Apelação Cível n. 2010.060501-4, de Itajaí, Rel. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

Todavia, tal prerrogativa há de ser exercida sob o enfoque constitucional do livre acesso à jurisdição pontificador da cidadania.

Dessa forma, a concessão da benesse da Justiça Gratuita deve ser entendida como instrumento a serviço da jurisdição, em benefício dos próprios jurisdicionados, a fim de incentivá-los a apresentar seus litígios ao Estado para resolução, jamais podendo configurar obstáculo ao exercício pleno da cidadania.

Frente a esses argumentos, por inexistirem elementos a derruir a presunção relativa da declaração de hipossuficiência, há de prevalecer a garantia constitucional do amplo acesso à Justiça, em consonância com o disposto no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal.

Como consequência, dispensa-se o requerido do recolhimento do preparo recursal, ante o deferimento do benefício da Justiça Gratuita.

Tocante à regularidade formal, nos termos do artigo 1.010, do Novo Código de Processo Civil, é requisito da petição de apelação a articulação dos fundamentos de fato e de direito que levaram a parte a requerer a reforma da decisão atacada. *In verbis*:

> "Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:
>
> I - os nomes e a qualificação das partes;
>
> II - a exposição do fato e do direito;
>
> III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;
>
> IV - o pedido de nova decisão."

Ocorre que, em suas razões de recurso o apelante pleiteia genericamente a reforma da Sentença quanto aos danos materiais relativos às despesas com o conserto da motocicleta e despesas hospitalares, mas, no entanto, não fundamenta fática e/ou juridicamente sua pretensão.

Dessarte, neste ponto, impossível conhecer-se do apelo, por ausência de interesse recursal – *in casu*, consubstanciado pela inadequação (inépcia) do petitório nesta extensão.

Sobre o tema, da jurisprudência desta Corte de Justiça:

> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RECALCITRÂNCIA DO PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO EM BAIXAR GRAVAME SOBRE VEÍCULO APÓS A QUITAÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PRONUNCIAMENTO EMBASADO NOS FUNDAMENTOS DE EXISTÊNCIA DE ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE, DE AUSÊNCIA DE DIREITO DE REGRESSO E DE QUEBRA DO NEXO DE CAUSALIDADE. RECURSO A DISCORRER APENAS SOBRE A PRESUNÇÃO DE ABALO MORAL NA ESPÉCIE. RECLAMO QUE NÃO FAZ NENHUMA MENÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.010, III, E 932, III, DO NCPC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO CONHECIDO. Se a sentença invoca um fundamento para embasar o pronunciamento, cabe à parte sucumbente impugná-lo em seu recurso, sob pena de não conhecimento da insurgência, por falta de correlação com a decisão (CPC, art. 1.010, III e 932, III)." (TJSC, Apelação Cível n. 0300204-74.2015.8.24.0139, de Porto Belo, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 14-03-2017).

Assim, restando evidenciada a regularidade formal do restante do recurso, merece este ser conhecido em parte.

2. Mérito

Trata-se de Apelação Cível interposta Ermínio Campigotto contra Sentença proferida nos autos da ação indenizatória movida por Tiago

Bertholdi em face de sí, julgando parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial e condenando o requerido ao pagamento de danos morais e lucros cessantes ao requerente.

Em seu recurso, o apelante argumenta a inexistência de culpa pelo acidente, conquanto trafegava em sua mão de direção e nesta, ao sinalizar o deslocamento para esquerda, foi abalroado pela motocicleta do requerente. Almeja o reconhecimento da culpa exclusiva da parte autora, ou, da culpa concorrente entre as partes. Pugna pelo afastamento da pensão ordenada ao requerente, sob a alegação de não estar comprovado nos autos o montante percebido pelo autor à época do sinistro. Insurgiu-se contra os danos morais, pois alega comprovada conduta culposa da parte autora ou, alternativamente, pretende a sua diminuição, por ser o requerido pessoa idosa, desprovida de recursos financeiros, não tendo tais premissas sido observadas na fixação do *quantum*.

2.1 Culpa pelo acidente

Assevera o requerido restar evidenciada a culpa exclusiva do requerente, ou, pelo menos, concorrente das partes, porquanto a motocicleta em que trafegava o autor transitava em excesso de velocidade.

Inicialmente, de se destacar que se está diante de responsabilidade civil subjetiva, prevista nos artigos 186 e 917 do Código Civil, *verbis*:

> "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."
>
> "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

A responsabilidade civil subjetiva pressupõe, assim, a demonstração da culpa ou dolo do agente, do nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano, e o prejuízo "que viole qualquer valor inerente à pessoa humana ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada" (Fernando Noronha, Direito das Obrigações, Saraiva, 2003, 1ª ed., v. 1, p. 474).

In casu, a pretensão da parte autora ampara-se na responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana e, neste caso, compete a ela provar os fatos constitutivos do seu direito (art. 373, I, do NCPC).

Analisando os elementos probatórios colacionados, verifica-se ser fato incontroverso no dia 24/11/2007, por volta das 15 horas, o veículo FORD/F1000, placa MDO 4050, renavam 557185351, conduzido pelo requerido Erminio Campigotto, ter efetuado manobra de cruzamento da rodovia, colidindo com a motocicleta conduzida pelo autor Tiago Bertholdi.

Infere-se, do Boletim de Ocorrência, no momento do acidente, estar o automóvel conduzido pelo demandado Erminio Campigotto (V1) "cruzando a pista" (fl. 22), enquanto a motocicleta conduzida pelo autor Tiago Bertholdi (V2) seguia normalmente seu fluxo (fl. 22), *verbis:*

> "Descrição sumária: V1 que estava na via 28 de agosto sentido avaí deu sinal para entrar na rua Ernesto Pisetta, não parou e devido a velocidade que estava o V2 não conseguiu visualizar que o V2 estava sentido centro BR 280, que ambos tentaram evitar a colisão que foi inevitável (fl. 19).
>
> Descrição sumária: V2 que estava na referida via sentido centro-bairro Imigrantes, que ao aproximar-se da Rua Ernesto Pisetta, o V1 que transitava na referida via 28 de agosto, mas em sentido oposto, adrentrou repentinamente na rua Ernesto Pisetta, cortando a sua frente, onde o mesmo tentou frear e desviar, mas não conseguiu, vindo a colidir (fl. 20)."

Outrossim, o *croqui* de fl. 22 demonstra ter o sinistro ocorrido na mão de direção do autor (V2).

Nesse sentido, a situação fática evidenciada pelo Boletim de Acidente de Trânsito (fls. 19/22) corrobora com a versão do autor de ter sido a sua trajetória interrompida pelo veículo conduzido pelo requerido, quando este tentava realizar manobra de cruzamento da via pública.

Vale gizar que o Boletim de Acidente de Trânsito goza de presunção *juris tantum*, tendo evidenciado falta de prudência da condutora demandada. Dessa forma, somente prova robusta em sentido contrário poderá elidir a presunção que dele decorre.

Dispõe o artigo 364 do Código de Processo Civil:

> "Art. 364. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença."

Nesse sentido, tem decidido este Órgão Fracionário:

> "De início, cumpre destacar que, ao contrário do que assevera a ré, 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 só 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 funcionário declarar que ocorreram em sua presença.'" (TJSC, Apelação Cível n. 2013.011283-1, de Criciúma, Relator Des. Ronei Danielli, julgado em 06/05/2014).

Ademais, no caso em tela, o Boletim de Acidente de Trânsito não é a única prova a evidenciar a culpa do condutor requerido, estando, sobretudo, em consonância com os depoimentos colhidos na fase instrutória. Senão vejamos.

A testemunha Fernando Berckert, arrolada pelo autor (fl. 64), mencionou ter sido uma das primeiras pessoas a chegar no local do acidente, e que os vestígios demonstravam a interceptação da via principal pelo veículo do requerido (CD - ROM fl. 160):

> "O Tiago vinha sentido cemitério, e a pickup cortou pelo lado esquerdo na frente, no lado esquerdo [...] o Tiago vinha no sentido matriz – cemitério, aí o outro saiu da "Ceaguia" para entrar para a rua lateral esquerda, cortando a frente [...] "

A testemunha Anderson Luiz da Silva, igualmente arrolada pelo autor (fl. 64), depôs no mesmo sentido (CD - ROM fl. 160):

> "[...] Não, ainda os bombeiros e a ambulância não tinham chego [...] pelo que deu para ver, o Tiago vinha no sentido da Igreja para Jaraguá, e a caminhotenete saiu da rua da "Ceaguia", e pegou a 28, e ia entrar na rua que a gente conhece ali, que vai para Guaramirim, daí foi onde que a caminhonete estava parada, naquela posição de contramão [...] pegou mais, olhando da frente da caminhonete, da placa para a esquerda assim, mais para a parte do carona. [...]"

Por sua vez, as testemunhas José Paterno e Osmar J. Rausis, arroladas pela parte requerida (fl. 85), não lograram êxito em derruir as alegações das testemunhas do autor, tampouco contribuíram à elucidação do ocorrido.

Desta forma, o cenário do sinistro, conforme demonstrado alhures, aponta a imprudência do condutor requerido pelo infortúnio, tendo em vista não ter adotado a cautela exigida ao realizar manobra de conversão à esquerda para atravessar a Rodovia BR 470.

Por tais motivos, convém ressaltar a inexorável conclusão de não ter o acidente ocorrido por culpa – exclusiva ou concorrente – do autor, como asseverado pela parte demandada, mas sim devido à falta de diligência do condutor requerido ao efetuar o cruzamento da via sem utilizar-se do acostamento e sem observar o fluxo de veículos em sentido contrário.

Nesse viés, é de se destacar a imprudência do requerido, por ter realizado manobra sem as cautelas exigidas, conforme preceituam os artigos 28, 34 e 35 do Código de Trânsito Brasileiro, *verbis:*

> "Art. 28. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito."

> "Art. 34. O condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade."
>
> "Art. 35. Antes de iniciar qualquer manobra que implique um deslocamento lateral, o condutor deverá indicar seu propósito de forma clara e com a devida antecedência, por meio da luz indicadora de direção de seu veículo, ou fazendo gesto convencional de braço."

Em sendo assim, impõe-se, na hipótese em exame, reconhecer a culpa do requerido, tendo em vista que ao realizar o cruzamento da rodovia sem a cautela exigida na ocasião, acabou por interceptar a trajetória da motocicleta do autor.

Demais disso, há muito a jurisprudência já firmou entendimento acerca da responsabilidade dos veículos maiores pela segurança dos menores, e de todos pelos pedestres e ciclistas.

Nesse sentido, dispõe o art. 29, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, *verbis:*

> "Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas: [...]
>
> § 2º Respeitadas as normas de circulação e conduta estabelecidas neste artigo, em ordem decrescente, os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores, os motorizados pelos não motorizados e, juntos, pela incolumidade dos pedestres."

De mais a mais, a parte requerida atribui a ocorrência do sinistro ao excesso de velocidade da motocicleta do autor.

Nesse particular, dessome-se dos autos não ser o conjunto probatório esclarecedor acerca da velocidade empreendida pelo condutor da motocicleta (autor).

Contudo, ainda que fosse determinado o excesso de velocidade,

é entendimento pacificado neste Sodalício agir com culpa exclusiva o motorista que realiza manobra de cruzamento da via sem adotar as cautelas exigidas à sua execução.

Nesse sentido, colhe-se do acervo jurisprudencial Catarinense:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS EM ACIDENTE DE VEÍCULOS. [...] INVASÃO DE VIA PREFERENCIAL QUE PREPONDERA SOBRE EVENTUAL EXCESSO DE VELOCIDADE. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2012.058534-7, Rel. Des. Stanley Braga, julgada em 28/04/2016).

Destarte, *in casu*, tem-se como incontroversa a culpa exclusiva do motorista requerido.

Assim, verifica-se prevalecer a versão dos fatos defendida pela parte autora, uma vez que corroborada pelo Boletim de Ocorrência, o qual goza de presunção *juris tantum* de veracidade, e pela prova testemunhal produzida nos autos.

Por essas razões, configurada a culpa exclusiva do condutor demandado, bem como o nexo de causalidade entre sua conduta e os danos causados ao autor, caracteres esses inerentes à responsabilidade civil, torna-se inafastável o dever de indenizar.

2.2 Dano moral

O requerido refuta, outrossim, sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais, sublinhando, para tanto, a ausência de comprovação dos elementos configuradores da responsabilidade civil.

Assevera ter sido o acidente mero aborrecimento do cotidiano, e menciona não ter sido considerado o fato de o demandado ser pessoa idosa e de poucas condições financeiras.

Pois bem.

É consabido que o dano moral consiste no prejuízo de natureza não patrimonial capaz de afetar 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.

De outra parte, não é qualquer ofensa aos bens jurídicos supracitados que gera dever indenizatório, sendo imprescindível que a lesão moral apresente certo grau de magnitude, de modo a não configurar simples aborrecimento.

A propósito, observa Sérgio Cavalieri Filho:

> "[...] só deve 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 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 danomoral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.
>
> Dor, vexame, sofrimento e humilhação são conseqüência, e não causa. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém." (*Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 105).

In casu, infere-se do processado ter o requerente, em razão do acidente, sofrido politraumas, com fratura de punho esquerdo, fratura do ilíaco esquerdo, fratura do fêmur esquerdo, lesão do nervo ciático esquerdo, contusão externa de pélvi e perna esquerdo (laudo médico – fl. 27).

Outrossim, após a consolidação das lesões, o autor apresenta atrofia muscular e diminuição de sensibilidade em MMIIe (força de flexo extensão) e marcha claudicante, diferença de 03 (três) centímetros entre a panturrilha esquerda e a panturrilha direita, além de debilidade funcional do do joelho esquerdo. Extrai-se do laudo pericial de fls. 112/113, *verbis*:

> "5. Conclusão: CID S 96-7 Traumatismo de múltiplos músculos e tendões ao nível do tornozelo e do pé (EQUINO), e debilidade funcional de joelho esquerdo. [...]
>
> Resposta aos quesitos: [quesito do autor acerca da invalidez]:
>
> 03) Sim. Qualquer atividade que necessite permanecer em pé por tempo prolongado, ou mesmo que haja necessidade de deambular."

Neste aspecto, perpassa do mero dissabor a circunstância específica de ter o requerente sido obrigado a suportar limitações à sua liberdade de ir e vir em face do agravo a sua saúde provocado por ato culposo do condutor demandado, sendo esse fato gerador, por si só, de dano moral.

Implica dizer, o acidente impingiu ao autor sofrimento extraordinário que lhe gerou indubitavelmente dano moral (abalo anímico), merecendo, por esse motivo, ser devidamente compensado.

Além da dor e sofrimento físico, o demandante passou por momentos de angústia e aflição decorrente da incerteza acerca do futuro, mormente com relação à possibilidade de, após a consolidação das lesões, pudesse vir a padecer de sequelas permanentes e irreversíveis, o que, ao final, ocorreu, sendo isso inexorável fato gerador de danos extrapatrimoniais.

Destarte, resta mantido incólume o dever da parte requerida de indenizar o dano moral causado à parte requerente.

2.3 *Quantum* indenizatório

Insurge-se o requerido/apelante, ainda, contra o valor da

indenização por danos morais fixada na Sentença em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), postulando sua redução.

Pois bem.

Reconhecida a existência do dano moral sofrido e o dever de indenizar da parte requerida em decorrência do sinistro, cumpre quantificá-los de acordo com a situação fática em questão, relevando os aspectos inibidor e pedagógico essenciais ao fortalecimento da cidadania e o prestigiamento da dignidade humana (art. 1º, II e III, da CF).

Com efeito, conforme mencionado, os danos morais visam compensar a dor, a intranquilidade e o desgosto experimentados pelo autor em decorrência do acidente.

In casu, infere-se dos autos ter o autor sofrido diversas fraturas por todo o corpo e, em razão das lesões, apresenta sequelas no joelho, marcha claudicante e uma diferença de 03 (três) centímetros entre as panturrilhas.

Implica dizer, portanto, que o acidente impingiu ao demandante incontestável sofrimento extraordinário, inclusive com o comprometimento de sua qualidade de vida, gerando-lhe indubitavelmente dano moral (abalo anímico), merecendo, por esse motivo, ser devidamente compensado.

Neste aspecto, em virtude da inexistência de parâmetros legais para a fixação da verba indenizatória, prepondera na doutrina e jurisprudência o entendimento de que o arbitramento da indenização pelo Magistrado nesta seara submete-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como devem ser ponderadas as peculiaridades do caso concreto.

Outrossim, importante salientar que, em tais casos, a indenização arbitrada guarda, além do caráter compensatório pela aflição e intranquilidade causadas pelo ato ilícito praticado, também o caráter pedagógico e inibitório, vez que visa precipuamente coibir a continuidade ou repetição da prática ilícita.

Nesse sentido, destaca-se da jurisprudência desta Câmara:

> "Deve o julgador, quando da fixação da condenação decorrente de danos morais com caráter reparatório, educativo e punitivo, sopesar a condição socioeconômica dos envolvidos e a gravidade do dano acarretado." (TJSC, Apelação Cível n. 2001.020954-3, de São João Batista. Relator: Des. Carlos Prudêncio, julgado em 31/05/2006)

Em contrapartida, estabeleceu-se na doutrina e jurisprudência pátria a necessidade de analisar-se não só as possibilidades financeiras da parte ofensora, pois a reprimenda deve ser proporcional ao seu patrimônio material, para que surta efeito inibitório concreto, mas igualmente dos ofendidos, pois o Direito não tolera o enriquecimento sem causa.

No presente caso, tem-se, de um lado, o requerido Ermínio Campigotto, condutor e proprietário do veículo envolvido no sinistro, aposentado. De outro, tem-se o autor, pessoa hipossuficiente, beneficiário da Justiça Gratuita (fl. 41), que suportou (e ainda suporta) os nefastos efeitos da conduta imprudente do condutor requerido, sofrendo diversas fraturas (tornozelo, pé, joelho, quadril, punho) que resultaram em marcha claudicante.

Contudo, o valor arbitrado se considerado o tempo transcorrido afigura-se demasiadamente alto e, parar coibir o enriquecimento indevido da parte, cumpre adequá-lo observando a proporcionalidade e a razoabilidade.

Dito isso, minora-se o *quantum* indenizatório fixado a título de danos morais para R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

2.4 Lucros cessantes

O Magistrado *a quo* condenou o requerido ao pagamento de pensão mensal, com natureza de lucros cessantes, no importe de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo, até que o autor se restabeleça de sua convalescença.

Neste ponto, alega o requerido não ter a parte autora comprovado o valor de seu rendimento percebido à época do acidente.

Sem razão, contudo.

Isso porque, é consabido que a quantia a ser fixada a título de pensão mensal, não exercendo a vítima qualquer atividade remunerada, ou inexistindo comprovação de sua remuneração mensal nos autos, a pensão deverá ser fixada em 01 (um) salário mínimo mensal.

Sobre o tema, extrai-se da doutrina:

> "O Cálculo da pensão deve tomar por base a remuneração auferida pelo ofendido. Se não houver renda determinada, ou se se exercia atividade doméstica, o cálculo se faz de acordo com o salário mínimo." (*in* Código Civil Comentado. 9. ed. Barueri: Manole, 2015, p. 1079)

Nesse sentido, destaca-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. PENSÃO MENSAL. RENDA NÃO COMPROVADA. SALÁRIO MÍNIMO. DANOS MORAIS. VALOR. RAZOABILIDADE.
>
> 1.[...] 2. A jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada no mesmo rumo do entendimento adotado pelo acórdão recorrido, no sentido de que é devida pensão mensal ao filho menor, pela morte de genitor, no valor do salário mínimo caso não comprovada a renda. 3. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso. 4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 564618 / RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 05/03/2015)

No mesmo sentido, colhe-se do acervo jurisprudencial Catarinense:

> "[...] PENSIONAMENTO VITALÍCIO. RESPONSABILIDADE EVIDENCIADA. REMUNERAÇÃO INCERTA. SALÁRIO MÍNIMO. PRECEDENTES DO STJ.
>
> - Na ausência de provas dos rendimentos da vítima, justifica-se a condenação ao pagamento de pensão vitalícia no importe de 1 (um) salário mínimo mensal.[...] (Apelação n. 0010647-19.2011.8.24.0004, Rel. Des. Henry Petry Júnior, julgada em 24/10/2016)

Na hipótese em exame, não há comprovação dos rendimentos do autor à época do acidente. Extrai-se do processado tão somente no contrato de trabalho de fl. 18 o valor da remuneração percebida à época de sua contratação, no ano de 2007 (dois mil e sete).

De outra parte, conforme dito alhures, o fato de não ter havido comprovação hábil a demonstrar o montante percebido pelo autor à época do sinistro não afasta, por si só, o dever de o requerido indenizar os lucros cessantes decorrentes do sinistro até o restabelecimento de sua convalescença.

Isso porque, considerando as lesões sofridas (debilidade funcional do joelho esquerdo), bem como a inexistência de comprovação dos rendimentos percebidos pelo autor no exercício da atividade laboral à época do sinistro, faria jus ao recebimento de pensão mensal no valor de 01 (um) salário mínimo mensal.

Contudo, infere-se não ser o tema objeto de recurso pela parte autora, assim como o aumento do valor estipulado.

Deste modo, considerando ter o Magistrado *a quo* fixado a pensão mensal em 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo, e inexistindo insurgência do autor no tocante, deve ser mantido o valor fixado na Sentença, sob pena de *reformatio in pejus*.

3. Honorários recursais

O Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 85, § 11, determina a majoração da verba honorária anteriormente fixada em virtude do trabalho adicional prestado pelo causídico neste grau de jurisdição, devendo para tanto, serem respeitados os limites de 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, insculpidos nos §§ 2º e 3º do mesmo artigo, *in verbis*:

> "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 assunto, ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> "O CPC faculta a estipulação de verba honorária também para a fase recursal, de ofício ou a requerimento da parte. A nova verba, de acordo com o CPC 85 §11, deve respeitar os limites estabelecidos para a fase de conhecimento. A ideia contida na disposição é remunerar adequadamente o trabalho do advogado nessa fase, que pode ser tão ou mais intenso que na primeira instância.
>
> [...] a intenção do legislador, ao criar a verba honorária em sede recursal, foi a de evitar recursos abusivos (mesmo havendo já a multa em razão da litigância de má-fé e pela interposição de embargos de declaração protelatórios). Ainda em relação ao mesmo documento, a sucumbência só ocorrerá nos casos de recursos provenientes de decisão em que tenha sido fixada verba honorária (o que, ao que parece, se deduz do texto do § 11), de forma que as decisões interlocutórias não ensejariam acréscimo

> no valor dos honorários." (in Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 433 e 437).

Além disso, a verba honorária recursal estabelecida no artigo 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil, será fixada somente nos recursos interpostos contra as decisões publicadas a partir da vigência do Novo Código em 18 de março de 2016, em conformidade com o Enunciado Administrativo n. 7 do Superior Tribunal de Justiça:

> "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".

Desse modo, tendo em vista que a Sentença recorrida foi publicada em 20/04/2016 (fl. 196), viável a aplicabilidade da nova disposição legal.

A respeito do tema, destaca-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> "[...] 3. O § 11 do art. 85 do 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.
>
> 4. 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.
>
> 5. Agravo interno conhecido e desprovido." (AgInt no AREsp 196.789/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 18/08/2016)

E deste Tribunal de Justiça:

> "APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. [...]
>
> (3) HONORÁRIOS RECURSAIS. PRESSUPOSTOS PRESENTES. CABIMENTO. - Os honorários advocatícios recursais têm 3 (três)

> pressupostos: 1) sentença publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015; 2) prévia fixação ou arbitramento de verba honorária na decisão recorrida; e 3) trabalho adicional realizado em grau recursal, com valoração entre os limites quantitativos de 10% (dez por cento) e, na soma com o percentual estabelecido na decisão recorrida, de 20% (vinte por cento), à luz dos critérios qualitativos. Sob esse prisma, a distribuição deverá se embasar na sucumbência em grau recursal, com incidência, sucessiva e subsidiariamente, sobre: a) o valor atualizado da condenação; b) o valor atualizado do proveito econômico obtido; ou, não sendo possível mensurá-lo, c) o valor atualizado da causa. Porém, sendo referidos parâmetros inestimáveis, nas perspectivas da não quantificabilidade ou da exorbitância, ou irrisórios, cumpre arbitrar a verba honorária mediante apreciação equitativa. Inteligência dos arts. 4º e 5º da LINDB; 1º, caput, da Lei n. 6.899/1981; 884 do CC; 1º, 8º, 14, 85, § 2º, 6º, 8º e 11, 322, § 1º, e 1.046 do CPC/2015; 1º, caput, e 5º, caput e incs. XXXVI e LIV, da CRFB. Presentes os pressupostos, aplica-se a verba recursal. SENTENÇA ALTERADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0306891-16.2014.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 05-09-2016).

Deste modo, majora-se a verba honorária para o patamar de 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento para minorar o *quantum* indenizatório a título de danos morais para R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Com fundamento no art. 85, §11, do Novo Código de Processo Civil, majora-se a verba honorária para 20% (vinte por cento) do valor atualizado da condenação.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0503650-03.2011.8.24.0023 (2014.061589-7)
Relator: Desembargador Stanley Braga

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS PROPOSTA EM FACE DA FABRICANTE E DA CONCESSIONÁRIA. AUTOMÓVEL ZERO-QUILÔMETRO QUE APRESENTOU VÍCIOS APARENTES NA PINTURA DO CAPÔ E DA LATERAL 3 (TRÊS) MESES APÓS A COMPRA. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. APELO DA CONSUMIDORA. PROVA NOS AUTOS DE QUE AS RÉS, ASSIM QUE TOMARAM CIÊNCIA DO VÍCIO, DISPUSERAM-SE A CONSERTAR GRATUITAMENTE O VEÍCULO, MAS A AUTORA NÃO ACEITOU O REPARO E EXIGIU DE IMEDIATO A DEVOLUÇÃO DO DINHEIRO PAGO OU A ENTREGA DE OUTRO VEÍCULO, EM PERFEITAS CONDIÇÕES. ART. 18 DO CDC. NEGATIVA INJUSTIFICADA DA CONSUMIDORA QUE AFASTA O DIREITO DE INDENIZAR. PRECEDENTE. INSATISFAÇÃO DA CONSUMIDORA, DESACOMPANHADA DE PROVA DA IMPOSSIBILIDADE DE REPARO DO VEÍCULO, QUE NÃO GERA ABALO ANÍMICO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0503650-03.2011.8.24.0023, da comarca da Capital (1ª Vara Cível) em que é apelante Maria Cristina Cambraia Rocca e apelados Fiat Automóveis S/A e outro.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nessa data, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Denise Volpato, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2017.

Desembargador Stanley Braga
Relator

RELATÓRIO

Nos termos da decisão de Primeiro Grau (fls. 133-139):

"Maria Cristina Cambraia Rocca, qualificada à fl. 02, por procurador constituído nos autos, ajuizou a presente ação de indenização por danos materiais e morais contra Fiat Automóveis S.A. e Repecon Automóveis Ltda., igualmente qualificadas nos autos, aduzindo, em síntese, que: I – em 27 de setembro de 2010, por meio de arrendamento mercantil, adquiriu um veículo Siena Fire Flex 0km pelo valor de R$ 34.700,00, na concessionária ré; II – em 17 de janeiro de 2010, constatou que o capô estava descascando, levando imediatamente o veículo à concessionária ré, ocasião em que seus prepostos teriam admitido o fato e oferecido a pintura; III – ao solicitar o fornecimento de nota fiscal ou ordem de serviço sobre o reparo, a concessionária ré negou o pedido feito; IV – levou o veículo para outras oficinas, nas quais informou-se que o veículo em questão já havia sido repintado, dando sinais de que já teria sido batido; V – não aceitou a pintura oferecida pela concessionária ré, condicionando-a a uma inspeção prévia por funcionário da montadora ré, a qual foi marcada para o dia 12 de fevereiro de 2010; VI – na perícia, os problemas da pintura e outro do limpa-brisa foram admitidos por funcionário da montadora ré, no entanto, recusou-se a fornecer alguma comprovação da existência desses problemas, comprometendo-se a entrar em contato com a autora; VII – as rés não solucionaram os problemas a contento e nem entraram mais em contato.

Indicou os fundamentos jurídicos do pedido, juntou documentos (fls. 13/55), valorou a causa, protestou pela produção de provas com a inversão do ônus da prova e, por fim, requereu a assistência judiciária gratuita, a citação das rés e a procedência dos pedidos com a condenação das rés ao pagamento de indenização de danos materiais, no valor até agora pago pela autora pelo veículo e danos morais, além das despesas processuais.

Em decisão irrecorrida à fl. 57, foi deferida a inversão do ônus da prova.

Citada (fl. 63/64), a ré FIAT Automóveis S.A., por procurador habilitado, apresentou resposta na forma de contestação (fls. 69/83), alegando, em breves linhas, que o veículo em questão está em perfeito estado de uso, uma vez que em todas as vezes que a autora reclamou os vícios, a concessionária da Rede FIAT prontamente efetuou os reparos necessários. Sustentou, ainda, a impossibilidade de configuração de dano moral e de inversão do ônus probatório.

Juntou documentos (fls. 84/102), protestou pela produção de provas, em especial, a prova pericial. Pugnou, assim, pela improcedência dos pedidos e, subsidiariamente, por sua aplicação focada na razoabilidade.

Citada (fl. 65), a ré Repecon Automóveis Ltda., por procurador habilitado diverso da outra ré, também apresentou resposta na forma de contestação (fls. 106/116), arguindo, em sede de preliminar, sua ilegitimidade passiva. Como prejudicial, aduziu a decadência da pretensão autoral.

No mérito, asseverou, em suma, que: I – quando foi instada a promover os seus serviços, prontamente os ofereceu para solucionar o problema apontado pela autora, não se furtando de cumprir com suas obrigações; II – não forneceu nota fiscal do serviço, pois a nota fiscal é do seu uso exclusivo para a cobrança junto à FIAT pelo

serviço de garantia; III – como o veículo não foi sequer colocado a reparo, não houve a impressão da ordem de serviço; IV – inexistem os pressupostos da responsabilidade civil.

Protestou pela produção de provas, requereu o acolhimento da preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva e da prejudicial de decadência. Por fim, pleiteou a improcedência dos pedidos.

Houve réplica (fls. 121/123).

Em audiência preliminar, proposta a conciliação, esta restou inexitosa. Na oportunidade, a autora não especificou as provas que desejava produzir; a ré FIAT postulou pela produção da prova pericial e a ré Repecon, pela prova testemunhal (fl. 128)".

Restando o litígio assim decidido na Instância *a quo*:

"Em face do que foi dito, julgo improcedentes os pedidos formulados por Maria Cristina Cambraia contra Fiat Automóveis S.A. e Repecon Automóveis Ltda.

Defiro o benefício da Justiça Gratuita à autora.

Condeno a parte autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), a teor do art. 20, §§4º e 3º do Código de Processo Civil. Suspendo a exigibilidade da referida verba, nos termos do art. 12, da Lei 1.060/50".

Foi interposto recurso de Apelação Cível (fls. 144-150) por Maria Cristina Cambraia Rocca, por meio do qual pretendeu a reforma integral da sentença, pois, em resumo: a) requereu a produção de prova pericial, mas a Sentenciante, ao julgar o caso, entendeu que a providência seria desnecessária, em razão de já ter se passado 4 (quatro) anos da entrega do automóvel, razão pela qual, no caso, a inversão do ônus da prova determinaria que seria responsabilidade da montadora e do concessionário demonstrar o perfeito estado do automóvel quando da entrega; b) disse

que foi uma "grande decepção" (fl. 146) ter adquirido um veículo com vários problemas, inclusive na pintura; e, c) há prova nos autos de que as rés perpetraram ato ilício, aliado à existência de grave abalo anímico, daí por que deve ser indenizada.

Recebido o reclamo no seu duplo efeito (fl. 151), Fiat Automóveis S.A. Apresentou contrarrazões às fls. 156-166 e Repecon Automóveis às fls. 168-175.

Dispensada a recorrente do pagamento do preparo recursal, por ser beneficiária da gratuidade judiciária (fl. 139), a tempo e modo ascenderam os autos a esta Instância.

Após, a demandada Fiat Automóveis apresentou novos patronos (fls. 179-180), retificada autuação processual por meio do despacho de fl. 181.

Este é o relatório.

VOTO

Da admissibilidade:

Presentes os pressupostos legais, o recurso é conhecido.

Do julgamento:

Preliminares:

Não foram suscitadas preliminares.

Mérito:

Maria Cristina Cambraia Rocca, na inicial, disse que, em 27-9-2010, adquiriu um Fiat Siena Fire Flex na concessionária Repecon Veículos S.A. zero-quilômetro, cor cinza cromo, ano/modelo 2010, pelo valor de R$ 34.700,00 (trinta e quatro mil e setecentos reais), como prova a nota fiscal de fl. 20.

Em 17-1-2011, ao lavar o veículo, percebeu que a pintura do capô começou a descascar, data em que levou o seu Siena para a concessionária ré para efetuar o reparo. Lá foi prontamente atendida, com a promessa de que as falhas seriam sanadas; porém, diante da negativa do fornecimento de algum documento que atestasse os problemas, não deixou o carro para o conserto.

Posteriormente, em 12-2-2011, a revenda se dispôs novamente a reparar o veículo, na presença de um representante da Fiat, que constatou o aumento das falhas na pintura, além de uma defeito nos limpadores do para-brisa, que arranharam o vidro dianteiro.

Novamente a Repecon dispôs-se a efetuar os reparos, mas, novamente sob a alegação de que a revenda não forneceria um documento que provasse os danos no carro, não deixou lá o Siena.

Desde então, mesmo após contatos com a concessionária e a revenda, os problemas não foram resolvidos – e a eles se somaram mais falhas: infiltrações de água no interior, o desembaçador do vidro traseiro deixou de funcionar e a carroceria do carro passou a ranger.

Daí a razão pela qual propôs a presente demanda, pois sentiu-se frustrada por comprar "um veículo zero-quilômetro com características de carro usado" (fl. 5), postulando, por isso, a devolução de todos os valores que pagou pelo Fiat Siena e o ressarcimento do abalo moral que defendeu ter sofrido.

A sentença julgou improcedentes os pedidos iniciais – e, adianta-se, esta foi a correta solução para o caso em apreço.

Não se olvida que a autora enquadra-se no conceito legal de consumidora (art. 2º do CDC) e as rés Fiat Automóveis S. A. e Repecon Veículos S.A. são fornecedoras na acepção legal (art. 3º do CDC); e, por tal motivo, revela-se possível a inversão do ônus probatório "quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação" ou "quando [o consumidor

for] hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII, do CDC).

No entanto, mesmo com a aplicação da inversão do ônus probante, a autora não demonstrou a contento a prática, pelas rés, de ato ilícito indenizável.

E incontroverso nos autos de que tão logo surgiram as falhas na pintura, vício evidente de qualidade, a Repecon se propôs a consertar gratuitamente o veículo.

Tanto é assim que há nos autos a cópia de duas ordens de serviço emitidas pela Repecon, uma de 12-7-2011 (n. 0096762, fl. 43) e outra de 18-7-2011 (n. 0096921, fl. 42), as quais fazem referência, no campo "serviços", à necessidade de reparos na pintura, à parte os outros vícios relatados pela consumidora.

Por isso, pode-se afirmar que as rés, ao se prontificarem a fazer os reparos exigidos pela consumidora, cumpriram o disposto no art. 18, *caput*, do CDC, pelo qual "os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor", sendo direito do consumidor "exigir a substituição das partes viciadas".

Todavia, a própria autora juntou aos autos a cópia de uma mensagem eletrônica enviada para as rés em que afirmou não ter aceitado o reparo, a saber (fl. 27):

> Senhores, adquiri o veículo acima [o Fiat Siena], zero km, e no dia 17/01/2010 (*sic*) meu marido levou o veículo para lavar e ele e o lavador constataram que o capo do carro estava descascando, no mesmo dia meu marido levou na Repecon e foi constatado que realmente estava descascando e foi marcado a pintura para hoje [24-1-2011] as 8:00hs, saindo da Repecon meu marido foi em duas empresas especializadas em pintura e foi constatado também que este carro havia sido pintado no capo, não satisfeita com esta situação,

> pois compramos um carro zero que vai ter de ser pintado [...], **chegamos a conclusão que não quero um carro zero pintado e quem me garante que este carro não tenha outros problemas, não só na pintura [...]**.

Com efeito, a demandante não justificou a sua recusa à proposta de reparo; limitou-se a se mostrar insatisfeita com o vício e, por isso, pretendeu a imediata devolução do Siena e o reembolso dos valores pagos sem antes aguardar o prazo legal para o conserto

Assim se afirma porque o próprio art. 18, § 1º, do CPC, disciplina que, "não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha": a) "a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso"; b) "a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos" e; c) "III - o abatimento proporcional do preço".

Bem por isso, as demandadas tinham o prazo de 30 (trinta) dias para sanar todos os vícios do produto – e apenas se tal lapso fosse descumprido (seja pela demora para o reparo, ou pela má qualidade do conserto) é que a autora, dentre outras providências, poderia reclamar as perdas e danos.

É exatamente o entendimento desta Corte de Justiça, guardadas as devidas proporções ao caso concreto:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE PRODUTO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO ZERO QUILÔMETRO. VÍCIOS NO PRODUTO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DO BEM POR OUTRO DA MESMA ESPÉCIE E EM PERFEITAS CONDIÇÕES DE USO. DEFEITOS SANADOS PELA FORNECEDORA DENTRO DO PRAZO LEGAL. VEÍCULO EM CONDIÇÕES DE USO. SUBSTITUIÇÃO VEDADA. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

> "O § 1º do art. 18 do CDC estabelece que a substituição do produto, a restituição dos valores pagos e o abatimento do preço quando verificado vício de qualidade, quantidade ou segurança do produto somente serão realizados caso o defeito apresentado não seja sanado no prazo de 30 (trinta) dias. Assim, realizados os devidos reparos dentro do intervalo legal de forma a tornar o bem em perfeitas condições de uso, não podem ser responsabilizados os fornecedores por vícios não comprovados do produto" (TJSC, Apelação Cível n. 2010.037300-7, de Criciúma, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 14-2-2013).

> "A verificação do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito, de sorte que nem todo ato desconforme o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral. O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante [...] O aborrecimento, sem consequências graves, por ser inerente à vida em sociedade - notadamente para quem escolheu viver em grandes centros urbanos -, é insuficiente à caracterização do abalo, tendo em vista que este depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente arbítrio do magistrado, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido. Como leciona a melhor doutrina, só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar" (STJ, AgRg no REsp n. 1269246/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 20-5-2014). (Apelação Cível n. 2015.050332-0, de Curitibanos, rel. Des. Fernando Carioni, j. 1º-9-2015).

Logo, não há falar em ato ilícito indenizável, porquanto não há prova de que as rés agiram em desconformidade aos preceitos da Lei Consumeirista, porquanto os reparos não foram feitos em razão de a autora ter-se negado à deixar o veículo para o conserto.

Conclusão:

Ante o exposto, com a ressalva de que a hipótese não enseja a manifestação Ministerial, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0002574-39.2013.8.24.0020, de Criciúma
Relator: Desembargador André Luiz Dacol

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO CONSUMIDOR. MORTE DE FRANGOS EM AVIÁRIO CAUSADA PELA TEMPERATURA ALTA, AUSÊNCIA DE VENTILAÇÃO E NEBULIZAÇÃO DO AVIÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA POR OMISSÃO ESPECÍFICA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 14 E 22 DO CDC E 37, § 6º DA CF/88. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. DANO MATERIAL COMPROVADO. PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO PELO ABALO ANÍMICO. MERO DISSABOR. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA A SENTENÇA. APLICAÇÃO DE MULTA DE 1%. PENALIDADE QUE NÃO ENCONTRA JUSTIFICATIVA NO CASO CONCRETO. REMOÇÃO.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0002574-39.2013.8.24.0020, da comarca de Criciúma 1ª Vara Cível em que é Apelante Gelson Bresciani e Apelada Cooperativa de Eletrificação Rural de Treviso Ltda CERTREL.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer o recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

Presidiu o julgamento, realizado nesta data, a Exma. Sra. Desa. Denise Volpato, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha.

Florianópolis, 25 de abril de 2017.

Desembargador André Luiz Dacol
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais na qual o autor aduz que, em decorrência de falha da concessionária de serviço público requerida, seu aviário ficou por duas horas sem energia, ocasionando a morte de 8.000 frangos, tendo em vista que os equipamentos de ventilação e respiradores ficaram desligados. Afirmou que, em face do ocorrido, suportou danos materiais na ordem de R$ 13.600,00, além de abalo anímico.

Na contestação de fls. 32-49, a ré *"aduziu, em sede de preliminar de ilegitimidade ad causam, tendo em vista que, conforme a tese, jamais prestou serviços ao Sr. Antônio Bresciani. Pugnou ainda pelo reconhecimento da ilegitimidade ativa, sob o argumento de que não há provas de que concorreu para o evento dano mencionado na exordial"* (fls. 191). No mérito, sustentou inexistir nexo causal entre a falta de energia e a morte das aves, afirmando que estas morreram em face das altas temperaturas registradas no dia do ocorrido. Disse, ademais, que não existem laudos isentos acerca da causa da morte do animais. Ao final, destacou a inaplicabilidade do CDC ao caso concreto.

Encerrada a instrução, onde foi produzida prova testemunhal, sentenciou o magistrado, afastando as preliminares e, no mérito, julgando improcedente os pedidos sob a justificativa de não ocorrência do abalo moral, que seria necessária a comprovação de omissão específica da ré para configurar a responsabilidade objetiva pelo dano material, bem como que, malgrado na data do fato ocorrido não houvesse norma regulamentadora da ANEEL, no ano de 2015, por exemplo, a possibilidade de interrupção

do serviço de energia elétrica seria de até 02h15min por mês, de modo que o acontecido não fugiu do limite do razoável.

O autor apresentou embargos de declaração. O togado, ao entender que os embargos foram protelatórios, rejeitou-os e fixou multa de 1% sobre o valor da causa.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação sob a alegação de que o STF, em sede de repercussão geral, pacificou o entendimento de que a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, em relação a terceiros usuários e não usuários do serviço, é objetiva (RE 591874, 18/12/2009). Afirmou, ainda, que conforme demonstrado nos autos foi a falta de energia e a demora no seu restabelecimento que gerou o prejuízo com a morte das aves, sendo que a requerida não conseguiu comprovar qualquer fato capaz de romper com o nexo causal, única excludente admitida no caso concreto por ser relação de consumo. Por fim, recorreu da multa aplicada no julgamento dos embargos, aduzindo que recorreu uma única vez e de maneira fundamentada, não se justificando a aplicação da penalidade.

Apresentadas as contrarrazões, ascenderam os autos.

Este é o relatório.

VOTO

1. Presentes os pressupostos de admissibilidade, é de se conhecer do recurso de apelação.

2. A questão é matéria muito conhecida neste Tribunal de Justiça, sendo que as decisões encontradas são absolutamente contrárias à conclusão a que chegou o douto Juiz de primeiro grau.

Inicialmente, tem-se que se fixar a base teórica da responsabilidade aplicável ao caso concreto, podendo-se afirmar, com certeza meridiana, que se trata de relação de consumo.

Além disso, não se tem dúvida de que a requerida é concessionária de serviço público e, também por este motivo, responde objetivamente.

Oportuno ressaltar que a Cooperativa de Eletrificação Rural de Treviso Ltda (CERTREL) é concessionária de serviço público e, como é sabido, está ao alcance do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil que estabelece *"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"*.

O Superior Tribunal de Justiça também já fixou que *"a responsabilidade da empresa de energia elétrica, concessionária de serviço público, é objetiva"* (REsp. n. 246.758, Rel. Min. Barros Monteiro)

Neste sentido, encontram-se diversos julgados desta Corte de Justiça, valendo referir:

> APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO. ENERGIA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA, OBSTANDO O FUNCIONAMENTO DOS EQUIPAMENTOS DE REFRIGERAÇÃO E VENTILAÇÃO DE AVIÁRIO. ÓBITO DE FRANGOS ALOJADOS. PREJUÍZO MATERIAL EVIDENCIADO. INOCORRÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DO AVICULTOR OU DE CASO EMERGENCIAL A JUSTIFICAR A SUSPENSÃO. CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE NÃO EVIDENCIADAS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. QUANTUM ADEQUADAMENTE FIXADO.
>
> Por força da responsabilidade civil objetiva consagrada pelo art. 37, § 6º, da CF/88, a fazenda pública e os concessionários de serviços públicos

> estão obrigados a indenizar os danos causados em virtude de seus atos, e somente se desoneram se provarem que o ato ilícito se deu por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior (TJSC, AC n. 2014.058585-5, rel. Des. Jaime Ramos, j. 2-10-2014). APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.054895-0, de Chapecó, rel. Des. Edemar Gruber, j. 14-05-2015).

Nada mais claro.

Fixada esta premissa, antes de adentrar no mérito, necessárias algumas considerações sobre provas nos autos que indicam o norte a ser seguido no presente voto.

O Boletim de Ocorrência, datado de 28/12/2012, relata que o autor ficou aproximadamente 1h50min sem energia elétrica e que isso ocasionou a morte de aproximadamente sete mil frangos, vítimas do calor excessivo e da falta de funcionamento dos aparelhos de ventilação (fl. 21).

O Termo de Atividade Sanitária emitido por médica veterinária, ou seja: profissional com responsabilidade técnica, aponta para a mortalidade de 8008 frangos, corresponde a 26,7% do total dos frangos contidos no aviário e que *"não foi observado nenhum sintoma clínico de doença respiratória, digestiva ou nervosa"* (fl. 22).

Atestado emitido pela médica veterinária Pâmela Spoltl a qual indica que *"a alta mortalidade de aves [...] ocorreu devido a insuficiência cárdio respiratória, como consequência das altas temperaturas, uma vez que não estavam funcionando a ventilação e nebulização dos aviários, por falta de energia elétrica", bem como que as aves "NÃO apresentavam sintomatologias respiratória, entérica ou nervosa, indicativas de transtornos patológicos ou de doenção [sic] infecto-contagiosas"* (fl. 23).

Há nos autos, ainda, planilha de controle de mortalidade no qual se verifica a exorbitante mortalidade de sete mil frangos na terça-feira, dia 25/12/2012, enquanto que em semanas anteriores e/ou posteriores variava de 8 a 30 frangos mortos (fl. 123).

Em sede de instrução e julgamento, tem-se que a testemunha Paulo Inocenti, também avicultor, declarou à fl. 147 que tentaram entrar em contato com a ré por cerca de 20 minutos e que, não obtendo sucesso, foram à sede da ré e que a energia voltou quase duas horas após a queda.

A testemunha Pamela Spolti, médica veterinária (gravação fl. 168) aduziu que as aves morrem só pelo efeito do calor dentro do período de 30 a 40 minutos.

A testemunha João Wanderlind, avicultor (gravação de fl. 168), informou que também sofreu prejuízos com o calor daquele dia, já que doze mil – do seu total de cem mil - frangos morreram.

A testemunha Roberto Ruzza, mecânico (gravação de fl. 168), informou que perdeu mais de sete mil frangos.

Realizado o apontamento de alguns documentos e informações pertinentes ao julgamento, passo à análise meritória.

Não obstante a decisão do juízo *a quo*, está evidente nos autos que o prejuízo suportado pelo autor foi consequência direta da inércia da concessionária/apelada que, em dia de extremo calor na região, consciente de tratar-se de área rural dedicada à criação de aves, detinha o dever individualizado de agir rapidamente no restabelecimento da energia e, por conseguinte, impedir resultados drásticos para os seus consumidores.

Evidentemente que houve omissão na falta de informação acerca da falta de energia, bem assim omissão específica quanto ao pleno restabelecimento, devendo responder objetivamente pelos danos dela advindos, prescindindo da análise da culpa.

Ao tentar eximir-se de sua responsabilidade, a apelada aduz que cumpriu com as diretrizes estipuladas pela ANEEL, as quais nem estavam em vigor na data dos fatos, pois a interrupção de aproximadamente duas horas estavam abaixo do limite razoável estabelecido em 2015.

Este argumento não possui o condão de afastar ou neutralizar a responsabilidade da ré, porquanto o teor do artigo 22 do CDC preconiza que a concessionária de energia elétrica tem o dever de fornecer serviço adequado, eficiente, seguro e sem interrupções.

Não se está aqui deixando de reconhecer que inexiste fornecimento sem quaisquer interrupções, mas as empresas que recebem a exclusividade do fornecimento de serviço essencial, sem qualquer concorrência, tem que se aparelhar para restabelecer os serviços imediatamente ou, no mínimo, comunicar a eventual falha com a máxima presteza para que os consumidores, diga-se: obrigados que são a aderir ao serviço, possam tentar encontrar uma solução emergencial.

Não se pode manter o consumidor, totalmente hipossuficiente, na insegurança da eventualidade, devendo, então, garantir-lhe de que a falta de energia somente ocorrerá mediante aviso prévio ou em casos extremos de eventos fortuitos ou força maior, os quais não são a razão da ausência de energia elétrica no caso dos autos.

No caso dos autos, a CERTEL - Cooperativa de Eletrificação Rural do Município de Treviso não fez qualquer prova de caso fortuito, de força maior ou responsabilidade de terceiro, imprevisível ou inevitável, capaz de romper com o nexo de causalidade.

Nessa senda:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENEGIA ELÉTRICA - REGIÃO AGRÍCOLA - MORTE DE FRANGOS EM RAZÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAR EQUIPAMENTOS PARA CONTROLE DE TEMPERATURA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA - CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR - NÃO DEMONSTRADO **- REDE ELETRICA EM CONSONÂNCIA COM OS PADRÕES TÉCNICOS EXIGIDOS - IRRELEVÂNCIA - ÍNDICES CRIADOS PARA EVITAR ABUSOS E NÃO PARA EXIMIR A**

> **CONCESSIONÁRIA DE ALGUMA RESPONSABILIDADE - NECESSIDADE DE AVISO PRÉVIO AO CONSUMIDOR** - MORTANDADE DE FRANGOS QUE PODE SER ATRIBUÍDA A DIVERSOS FATORES - COMPROVAÇÃO APENAS QUANTO À OCORRÊNCIA DA FALTA DE ENERGIA - VALOR ÍNFIMO DO QUILO DO FRANGO NO MERCADO - INEXISTÊNCIA DE PROVA QUE DEMONSTRE QUE OS VALORES APRESENTADOS ESTAVAM INCORRETOS - ALEGAÇÃO DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - INOCORRÊNCIA - ERRO MATERIAL DEVIDAMENTE CORRIGIDO EM SENTENÇA - RECURSO DESPROVIDO." (TJSC, Ap. Cív. n. 2008.035254-9, Rel. Des. José Volpato de Souza)

Rechaçada a tese de cumprimento das diretrizes estipuladas pela ANEEL, tem-se que, por meio da inversão do ônus da prova prevista no CDC, incumbia à ré demonstrar e provar elementos capazes de excluir a sua responsabilidade.

Sob esta premissa, a ré trouxe aos autos informações da ocorrência de fato fortuito externo (da morte dos frangos, não da ausência de energia elétrica), aduzindo que a temperatura suportada naquele dia específico havia sido uma das maiores - senão a maior – dos últimos tempos, chegando a atingir a máxima de 43,5 ºC.

De fato, a temperatura registrada foi alta, entretanto não é uma temperatura que cause espanto naquela região, ainda mais no auge do verão, onde facilmente a temperatura é alta e beira, sempre, os 40 ºC. Certamente em razão dessa especificidade da região é que os aviários são equipados com ventiladores e nebulizadores, os quais funcionam apenas com energia elétrica.

Outrossim, foi constatado, por intermédio dos documentos já mencionados, que a morte dos frangos foi ocasionada pelo calor extremo em decorrência da ausência de energia elétrica para abastecer a ventilação e nebulização do aviário.

Por conseguinte, verifica-se que a CERTREL é parte responsável pela morte dos frangos do autor.

Neste Tribunal encontramos diversos julgados neste sentido, os quais são indicados por amostragem:

> APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO. ENERGIA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA, OBSTANDO O FUNCIONAMENTO DOS EQUIPAMENTOS DE REFRIGERAÇÃO E VENTILAÇÃO DE AVIÁRIO. ÓBITO DE FRANGOS ALOJADOS. PREJUÍZO MATERIAL EVIDENCIADO. INOCORRÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DO AVICULTOR OU DE CASO EMERGENCIAL A JUSTIFICAR A SUSPENSÃO. CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE NÃO EVIDENCIADAS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. QUANTUM ADEQUADAMENTE FIXADO.
>
> Por força da responsabilidade civil objetiva consagrada pelo art. 37, § 6º, da CF/88, a fazenda pública e os concessionários de serviços públicos estão obrigados a indenizar os danos causados em virtude de seus atos, e somente se desoneram se provarem que o ato ilícito se deu por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior. Comprovado que o autor sofreu prejuízos com a morte de expressiva parcela das aves que criava em sua propriedade por conta da queda de energia que paralisou o sistema de climatização dos seus aviários, não solucionada no tempo devido, faz ele jus à indenização dos danos materiais a ser paga pela concessionária de energia elétrica. (TJSC, AC n. 2014.058585-5, rel. Des. Jaime Ramos, j. 2-10-2014).
>
> APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.054895-0, de Chapecó, rel. Des. Edemar Gruber, j. 14-05-2015).

Em igual norte, encontram-se outros julgados, os quais se deixa de transcrever por questão de brevidade e objetividade.

Todavia, por outro lado, não se deve atribuir a morte de todas as aves à empresa demandada. Isso porque, em região próxima, houve a perda dos frangos mesmo com o fornecimento normal da energia elétrica.

Ou seja, a alta temperatura, em algumas situações narradas nos autos, foi a única razão para a perda, ainda que em patamar muito inferior àquele dos autos, de quantia significativa de aves, como apontou a testemunha João Wanderlind, já citado anteriormente.

À vista disso, conclui-se que o calor extremo causou a morte de alguns frangos na região sul e, no caso dos autos, a perda aviária foi agravada mediante o não recebimento de energia elétrica por aproximadamente duas horas, haja vista que consoante o depoimento da médica veterinária Pamela Spolt, as aves começam a morrer após cerca de 30-40 minutos pela falta de ventilação e nebulização necessárias.

Sendo assim, faz-se oportuna a ponderação do prejuízo suportado, em observância aos princípios da equidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Levando-se em conta o já mencionado Termo de Atividade Sanitária, emitido por médica veterinária da Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina (CIDASC) - ou seja: profissional imparcial -, a taxa de mortalidade do cenário do autor foi de 26,7% (sem energia elétrica) enquanto que no da testemunha João Wanderlind foi de 12% (com energia elétrica), gerando uma diferença de 14,7%.

Como a morte dos frangos do autor foi muito agravada pela falta de energia elétrica, entendo por razoável aplicar a diferença da taxa de mortalidade das duas situações (com e sem energia) ao caso concreto.

Assim, concluo, por todo o exposto, que a ré é responsável pela taxa de mortalidade de 14,7% dos 30.000 (trinta mil frangos) frangos do aviário do autor no dia 25/12/2012.

Contudo, em relação ao *quantum* indenizatório, lembrando-se que houve impugnação específica da ré/apelada neste particular, esse deverá ser apurado em sede de liquidação de sentença, visto que impossível

calculá-lo, neste momento, sem a informação específica do preço de cada ave naquela época (fl. 26 não consta o VALOR/CABEÇA do lote de 30.000 frangos) e, via de consequência, do lucro que seria obtido.

No que tange aos danos morais, não vislumbro a ocorrência de sério abalo psíquico e moral, e sim mero aborrecimento cotidiano.

Nesse diapasão, extrai-se precedente desta Corte, *mutatis mutandis*:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. MORTE DE FRANGOS EM AVIÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA. NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADO. DANOS MATERIAIS DEMONSTRADOS. DANO MORAL INEXISTENTE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA EVIDENCIADA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.015428-9, de Chapecó, rel. Des. Cesar Abreu, j. 22-04-2014).

Ou ainda:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO. MORTANDADE DE FRANGOS. CASO FORTUITO NÃO CONFIGURADO. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) "Por força da Constituição da República (art. 5º, inc. V) e do Código Civil (art. 186), também o dano 'exclusivamente moral' é indenizável em pecúnia. Todavia, 'não basta a afirmação da vítima de ter sido atingida moralmente, seja no plano objetivo como no subjetivo, ou seja, em sua honra, imagem, bom nome, tradição, persona-lidade, emoção, angústia, dor, pânico, medo e outros. Impõe-se que se possa extrair do fato efetivamente ocorrido o seu resultado, com a ocorrência de um dos fenômenos acima exemplificados, posto que a ofensa que atinge o bem estar psicofísico do indivíduo deve apresentar certa magnitude para ser reconhecida como prejuízo moral, de sorte que o mero incômodo, o enfado e desconforto de algumas circunstâncias que o homem médio tem de suportar em razão do cotidiano não podem servir de fundamento

> para a obtenção de reparação extrapatrimonial' (Rui Stocco); 'mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada es-tão 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' (Sérgio Cavalieri)" (AC n. 2011.056926-1, Des. Newton Trisotto). (TJSC, Apelação Cível n. 2011.090376-2, de Coronel Freitas, rel. Des. Newton Trisotto, j. 14-08-2012).

3. Por fim, no que toca à multa de 1% sobre o valor da causa fixada no julgamento dos embargos protelatórios, tenho que não merece prosperar. Malgrado o uso dos embargos de declaração não tenha sido o correto, visto que o autor ventilou a tese de omissão quando, na verdade, pretendia a reforma da sentença, em análise à tese meritória da apelação - que é a mesma dos embargos - razão assistia, em parte, ao autor, tanto que teve, agora, o seu recurso parcialmente acolhido.

Desse modo, não se há falar em manejo protelatório ou atentatório à justiça, a ponto de sustentar a penalização, mesmo que naquele momento específico o recurso não tenha sido acolhido.

Consequentemente, afasto a multa prevista no parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil/73, vigente àquela época, aplicável na decisão de fls. 201.

4. Dessa forma, pelas razões expostas, conheço o recurso e dou-lhe parcial provimento para condenar a ré/apelada ao pagamento da taxa de 14,7% do total de 30.000 (trinta mil) frangos, referente à diferença da taxa de mortalidade dos frangos com e sem energia elétrica indicada nos autos, devendo o valor do *quantum* indenizatório ser calculado em sede de liquidação de sentença, com aplicação da correção monetária desde a data do efetivo prejuízo, conforme o entendimento nº 43 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, e juros moratórios a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ). Afasto a multa de 1% sobre o valor da causa.

Por fim, resta evidente no caso concreto a ocorrência de sucumbência recíproca, pelo que revejo os honorários fixados em sentença, fixando-os em 10% do valor atualizado da causa para cada parte, devendo as custas serem suportadas na proporção de 50% para cada um dos litigantes, suspensa a exigibilidade em relação ao autor por ser beneficiário da justiça gratuita.

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0000319-45.2014.8.24.0062
Relator: Desembargador Guilherme Nunes Born

APELAÇÕES CÍVEIS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.

PRELIMINARES.

ILEGITIMIDADE PASSIVA. FIADORA QUE ASSINOU O CONTRATO NA QUALIDADE DE SOLIDÁRIA, ASSUMINDO A TOTALIDADE DA DÍVIDA DE FORMA IRREVOGÁVEL E IRRETRATÁVEL. QUALIDADE ASSINADA DE FORMA LIVRE E ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAR A RESPONSABILIDADE.

ILIQUIDEZ DO TÍTULO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO. DOCUMENTO HÁBIL A INSTRUIR A EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL (ART. 784, II, CPC). ILIQUIDEZ DERIVADA DA EXIGÊNCIA DE ENCARGOS ABUSIVOS. NÃO CABIMENTO. PRELIMINAR AFASTADA.

"O contrato de abertura de crédito fixo subscrito pelos representantes legais da credora, pela devedora principal, pelos avalistas e por duas testemunhas, revelando a obrigação de pagar quantia certa e determinada, em prazo previamente ajustado, constitui título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil." (Apelação cível n. 2014.009518-1, de Trombudo Central, Quinta Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Jânio Machado, j. em 13/03/2014).

CERCEAMENTO DE DEFESA. AMPLIAÇÃO DA DILAÇÃO PROBATÓRIA. CABE AO JUIZ - DESTINATÁRIO DA PROVA

- A DECISÃO ACERCA DA PRODUÇÃO DE PROVAS ÚTEIS AO PROCESSO. DOCUMENTOS SUFICIENTES À SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA. REJEIÇÃO.

MÉRITO.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. CONTRATO FIRMADO APÓS A EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.963/2000. SÚMULA 539 DO STJ. PACTUAÇÃO EXPRESSA. LEGALIDADE DO ENCARGO.

Para a declaração da legalidade de juros capitalizados far-se-á necessário que a pactuação seja posterior a 31/03/2000, bem como haja contratação expressa do encargo ou que da multiplicação do juros mensais por doze meses resulte percentual inferior ao constante no pacto como juros anual.

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. ENCARGO PROVENIENTE DA MORA. VERBA QUE ENGLOBA OS JUROS REMUNERATÓRIOS E OS MORATÓRIOS (JUROS MORATÓRIOS E MULTA). IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM OS DEMAIS ENCARGOS DE MORA. *BIS IN IDEM*. RECURSO ESPECIAL N. 1.092.428-RS. CLÁUSULA EXPRESSA. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA. *QUANTUM* LIMITADO PELO SOMATÓRIA DOS JUROS REMUNERATÓRIOS, CONFORME A TAXA MÉDIA DE MERCADO, CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS DE MORA DE 12% AO ANO E MULTA DE 2%

"É admitida a incidência de comissão de permanência desde que pactuada e não cumulada com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e/ou multa contratual". (Recurso Especial n. 1.092.428-RS)

SUCUMBÊNCIA MANTIDA. FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS RECURSAIS.

Recursos conhecidos e improvidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000319-45.2014.8.24.0062, da comarca de São João Batista 2ª Vara em

que éo Apte/Apdo Gabriela Salvador e Apdo/Apte Banco do Brasil S/A.

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos para negar-lhes provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 04 de maio de 2017, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Mariano do Nascimento e dele participaram o Exmo. Sr.Luiz Zanelato e o Exmo. Sr. Des. Paulo Ricardo Bruschi.

Florianópolis, 04 de maio de 2017.

Desembargador Guilherme Nunes Born
Relator

RELATÓRIO

1.1) Da inicial.

Gabriela Savador opôs Embargos à Execução em face de Banco do Brasil S.A.

Referiu, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da embargante. No mérito, destacou a aplicação do CDC, a impossibilidade da capitalização de juros, a ilegalidade dos juros e a inaplicabilidade da comissão de permanência.

Ao final, pugnou pela procedência dos pedidos e a condenação do embargado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Atribuiu valor à causa e juntou documentos (fls. 16/21).

1.2) Impugnação.

Intimado, o embargado apresentou impugnação aos embargos.

Referiu, preliminarmente, a necessidade de rejeição liminar dos embargos, o descabimento do efeito suspensivo, a legitimidade da parte, a existência de título executivo e que o excesso de execução não retira a liquidez do título

No mérito, mencionou que as alegações são genéricas, bem como, inaplicável as regras do CDC, inexistindo ilegalidade quanto aos juros remuneratórios e capitalização de juros, inexistindo cobrança cumulada de comissão de permanência com outros encargos de mora.

Ao final, requereu a improcedência dos pedidos.

1.3) Do encadernamento processual.

À fl. 38 deferiu-se o benefício da gratuidade.

Impugnação à contestação ofertada às fls. 142/155.

1.4) Da sentença.

Prestando a tutela jurisdicional, a Dra. Maria Augusta Tridapalli prolatou sentença resolutiva de mérito para julgar procedente em parte a pretensão inicial deduzida para: "[...] : a) a cobrança simples da comissão de permanência, proibida sua cumulação com outros encargos moratórios e correção monetária, com taxas de juros não superiores à média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, exceto se as exigidas no contrato forem mais vantajosas ao devedor; b) a repetição simples de eventual indébito ou sua compensação pela instituição financeira mediante abatimento no saldo devedor pendente, desde que verificado pagamento a maior, a ser apurado na fase de liquidação da sentença. Vencedor em maior parte do pleito, condeno a parte embargada ao pagamento de 30% das despesas processuais, cabendo o restante à parte embargante.Arbitro os honorários advocatícios em 10% sobre o valor atualizado da causa, pertencendo ao procurador da parte embargante a cota de 30%, enquanto ao advogado da parte adversa é devido o saldo residual de 70%, a teor do art. 85, §2º, do Código de Processo Civil.

Suspensa a cobrança da sucumbência contra a parte embargante, por ser beneficiária da justiça gratuita.Recebo eventuais apelações interpostas pelos litigantes, em seu efeito suspensivo, exceto nas hipóteses contidas no art. 1.012, parágrafo único, do CPC, quando a sentença surtirá seus normais efeitos, dispensado o juízo de admissibilidade, segundo dispõe o art. 1.010, §3º, do mesmo diploma normativo.Havendo recurso, intime-se a parte adversa para oferecer resposta, no prazo legal, dispensado o juízo de admissibilidade, segundo dispõe o art. 1.010, §3º, do CPC."

1.5) Dos embargos declaratórios.

O banco opôs embargos declaratórios, os quais foram rejeitados (fl. 178).

1.6) Dos recursos.

1.6.1) Do recurso da embargante.

Inconformada com a prestação jurisdicional, a embargante apelante Gabriela Salvador interpôs o presente recurso de Apelação Cível, aduzindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva e a ausência de liquidez do título e a existência de cerceamento de defesa.

No mérito, a ilegalidade da capitalização de juros e a impossibilidade da cobrança cumulada de comissão de permanência e demais encargos de mora.. Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

1.6.2) Do recurso do embargado.

O banco igualmente interpôs recurso de Apelação Cível, mencionando a legalidade da comissão de permanência e da ausência de cumulação com demais encargos de mora, requerendo a redistribuição da sucumbência.

1.7) Das contrarrazões

Contrarrazões aportada às fls. 208/213 e 215/224.

Este é o relatório.

VOTO

2.1) Do objeto recursal.

Compulsando os anseios recursais, observa-se que o cerne da celeuma em comento está atrelado à análise da capitalização de juros, comissão de permanência, encargos de mora e sucumbência.

2.2) Do juízo de admissibilidade.

Conheço dos recursos porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, eis que ofertado a tempo e modo, recolhido o devido preparo e evidenciado o objeto e a legitimação.

2.3) Das preliminares.

2.3.1) Da ilegitimidade passiva.

A embargante/apelante menciona que não teve qualquer participação no negócio subjacente, pois era apenas funcionária da empresa executada, servindo apenas como 'laranja'.

O presente caso dos autos é referente ao contrato de abertura de crédito fixo (fls. 10/15-execução), tendo a apelante assinado o pacto na qualidade de fiadora.

Da análise do contrato firmado, visualiza-se que a fiadora responsabilizou-se pelo cumprimento de todas as obrigações assumidas pela financiada, tendo renunciado aos benefícios legais.

É o que se retira da cláusula 21ª (fl. 14-execução):

> VIGÉSIMA PRIMEIRA- Assina(m), tambem este contrato, o(a) Sr(a). ALESSANDRA SILVEIRA [...], o(a) Sr(a) GABRIELA SALVADOR, Brasileiro(a), solteiro(a), EMPRESARIO, residente e domiciliado em SÃO JOSE BATISTA-SC [...], na qualidade de fiador(es) e principal(ais) pagador(es), SNEDO ESTA FIANÇA ABSOLUTA, IRREVOGAVEL, IRRETRATÁVEL E INCONDICIONAL, NAO COMPORTANDO QUALQUER TIPO DE EXONERAÇÃO, RENUNCIANDO

> O(S) FIADOR(ES), EXPRESSAMENTE, AOS BENEFICIOS DOS ARTIGOS 827, 830, 835, 837 E 838 DO CODIGO CIVIL BRASILEIRO, solidariamente se responsabiliza(m) pelo cumprimento de todas as obrigacoes assumidas pelo FINANCIADO(A) neste instrumento.

Portanto, o termo de fiança assinado é absoluto, irrevogável e irretratável, razão pela qual deve responder conjuntamente pela obrigação assumida pela financiada, já que assinou de forma livre e espontânea a fiança, inexistindo prova alguma sobre a simulação alegada.

É o que se retira dos artigos da Lei Civil:

> Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.
>
> Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.
>
> Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador:
>
> I - se ele o renunciou expressamente;
>
> II - se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário;
>
> III - se o devedor for insolvente, ou falido.

Inclusive, já se decidiu:

> PROCESSUAL CIVIL AGRAVO DE INSTRUMENTO. FIANÇA. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE ORDEM. PREVALÊNCIA DA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELA DÍVIDA . Nos contratos de fiança, a regra é o fiador gozar do benefício de ordem. Contudo, é válida a cláusula em que aquele expressamente se obriga como devedor solidário e renúncia ao benefício de ordem, salvo havendo demonstração da ocorrência de vício de consentimento. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.071255-2, de Tubarão, rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubialli, j. 24-04-2014).

Resta mantida a responsabilidade da fiadora, a qual se comprometeu de forma solidária e irrevogável pela totalidade do débito, não sendo possível acolher a preliminar alegada.

Ademais, a questão já restou consignada nos autos da ação de cobrança n. 0004474-96.2011.8.24.0062, referente a outra contrato firmado pelas partes, razão pela qual se rejeita o pleito.

2.3.2) Da ausência de liquidez.

A embargante/apelante menciona que em razão do excesso de liquidez, ausente os requisitos necessários para a execução, deixando o título ilíquido e inexigível.

Ocorre que, o contrato de abertura de crédito fixo é título executivo, líquido, certo e exigível, na forma do artigo 784, inciso II, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:
>
> [...]
>
> II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, já sedimentou o entendimento que o contrato de abertura de crédito fixo é título executivo extrajudicial.

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. SÚMULA Nº 233/STJ. CONTRATO DE CRÉDITO FIXO. FORÇA EXECUTIVA. SÚMULAS Nº 7 E Nº 83/STJ.
>
> 1. Assentado pela instância ordinária que o título executivo que alicerça a ação de execução é um contrato bancário de crédito fixo, inviável, nesta

instância especial, o reconhecimento de que se trata de um contrato de abertura de crédito rotativo (Súmula nº 7/STJ).

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 161990 / SP, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0065404-7, Relator(a) Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147), Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento 18/11/2014, Data da Publicação/Fonte DJe 24/11/2014).

E, ainda:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. FINANCIAMENTO. CONSTRUÇÃO IMOBILIÁRIA. TÍTULO EXECUTIVO. CRÉDITO FIXO, EMBORA DE LIBERAÇÃO PARCELADA. LIQUIDEZ E CERTEZA AFIRMADA PELO ACÓRDÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. Em caso de contrato de crédito fixo, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de considerá-lo título executivo extrajudicial (art. 585, II, do CPC), na medida em que ele se constitui verdadeiro mútuo de importância determinada. O valor do principal da dívida é demonstrável de plano, sendo sua evolução aferível por simples cálculos aritméticos, diferentemente do que ocorre no contrato de abertura de crédito em conta-corrente.

2. O contrato em tela pode ser considerado de crédito fixo, embora de liberação parcelada, pois há certeza e liquidez dos valores.

3. A pretensão de se modificar a conclusão do acórdão recorrido quanto à questão da liquidez e certeza do contrato *sub judice* exigiria o reexame de provas, bem como interpretação das cláusulas contratuais, o que é vedado no recurso especial, em decorrência da aplicação das Súmulas 5 e 7/STJ.

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.233.423/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/2/2012, DJe 24/2/2012).

Assim, mesmo que ocorra a revisão de seus termos, com o reconhecimento de abusividade de alguns de seus encargos, tal fato, por si só, não desnatura este título.

A propósito:

> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO FIXO COM REPASSE DA FINAME E ADITIVOS. APELO DO AUTOR. PRELIMINAR. CARÊNCIA DA AÇÃO. LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE. EXECUTIVIDADE AUTORIZADA PELO ART. 585, II, DO CPC. PRELIMINAR AFASTADA. "Os contratos de abertura de crédito fixo, firmados pelo devedor e por duas testemunhas, implicando no reconhecimento do pagamento de valor determinado, amoldam-se à perfeição aos parâmetros do art. 585, II do Código de Processo Civil, sendo, portanto, executáveis" (TJSC, Apelação Cível n. 99.019190-7, de São Domingos, relator Des. Trindade dos Santos). PROCESSO CIVIL. NULIDADE DA DEMANDA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. INCIDÊNCIA DE ENCARGOS ABUSIVOS. HIPÓTESE QUE NÃO ENSEJA A NULIDADE DA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA. RECURSO DO DEVEDOR DESPROVIDO. Não havendo prova de que o reajuste utilizado pelo Banco tenha sido efetivamente excessivo, não há que se falar em excesso de execução ou erro de cálculo no valor acostado nos autos em apenso. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2010.087292-1, de Balneário Camboriú, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. 09-02-2012).

Portanto, não se vislumbra a ausência do pressuposto de liquidez, devendo ser afastada a preliminar suscitada.

2.3.3) Do cerceamento de defesa.

A embargante/apelante destaca que ao julgar antecipadamente o feito, houve cerceamento de defesa, pois os documentos juntados pelo banco não demonstram a veracidade dos fatos e a utilização de 'laranjas', sendo necessária a oitiva de testemunhas e apresentação de outros documentos.

Primeiramente, observa-se que os presentes embargos à execução são relacionados à cédula de crédito fixo, objeto da execução, sendo que o apelado não juntou nenhum documento com a impugnação aos embargos, razão pela qual inexiste necessidade na ampliação da dilação probatória.

A alegação de utilização de 'laranjas' na administração é ato que incumbe à própria apelante, a qual permaneceu inerte, pois não juntou aos autos nenhuma prova documental mínima sobre a tese, bem como destacado na ação de cobrança n. 0004474-96.2011.8.24.0062, sequer pleiteou a nulidade dos títulos em ação própria para tal, o que corrobora o desinteresse da parte.

Portanto, os elementos carreados aos autos são suficientes para a solução da controvérsia instaurada, pois em se tratando de embargos à execução, a prova documental é suficiente para o deslinde do feito, tornando-se dispensável a realização de outras provas.

Como o magistrado é o destinatário da prova, cabe a ele a decisão acerca da imprescindibilidade da produção de outras provas, indeferindo aquelas protelatórias ou inúteis ao processo, nos termos do art. 370, CPC.

A decisão adotou a ordem do art. 355, inciso I, do CPC/2015, ante a versão das partes e segundo os documentos acostados, que são suficientes para a conclusão da lide de forma segura.

> É lícito ao juiz julgar antecipadamente a lide, de modo a não permitir a produção de prova pericial e testemunhal, quando as diligências almejadas mostram-se inúteis para o fim pretendido. [...]. (Apelação cível n. 2008.068959-4, Rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. em 19.3.09)

> PROCESSUAL CIVIL - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE - PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL - CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE - ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE. Cabe ao Juiz, na condição de presidente do processo e

> destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não da realização de prova, não implicando cerceamento de defesa o julgamento com base nas provas existentes nos autos, se a prova pericial e testemunhal que a parte pretendia produzir era desnecessária ao deslinde da "quaestio". [...] (TJSC. Apelação Cível n. 2011.040673-2, de Rio do Sul, rel. Des. Jaime Ramos, 25/06/2012).

Em suma, os termos controvertidos apresentados nestes autos não reclamam pela produção de outras provas, porquanto os documentos que se fazem presentes aos autos são suficientes para a resolução da pretensão resistida, razão pela qual se afasta a preliminar.

2.4) Do mérito

2.4.1) Capitalização de Juros.

Nas razões do recurso, destacou a embargante/apelante que a capitalização de juros é indevida, pois evidente o abuso.

Outrora, em tempos pretéritos, a jurisprudência pátria, calcada no art. 4º do Decreto 22.626/33 traçou entendimento acerca da impossibilidade de capitalização de juros desde que aplicada com periodicidade mínima de um ano, vez que se entendia que a MP n. 1.963/2000 padecia de vício de inconstitucionalidade.

Mas, tanto o e. STJ, como o TJSC, em recentes decisões, pautaram-se em admitir a capitalização mensal em contratos bancários firmados a partir de 31/03/2000, desde que expressamente pactuado, reconhecendo, desta forma, a legitimidade da noticiada Medida Provisória.

Matéria tratada na Súmula 539 do STJ:

> "É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP 1.963-17/00), reeditada como MP 2.170-36/01), desde que expressamente pactuada" (Resp n. 1.112.879, Resp 1.112.880 e Resp 973.827).

> Com a edição da MP 1.963-17/2000, de 31 de março de 2000 (atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001), passou-se a admitir a capitalização mensal aos contratos firmados posteriormente à sua entrada em vigor, desde que houvesse previsão contratual.[...]. (AgRg no REsp 1239878 / RS, Relator Ministro Massami Uyeda, j. 26/04/2011).

Assim, era admitida a cobrança de capitalização de juros somente quando expressamente contratada, o que vinha sendo adotado por este Relator e esta Câmara.

Contudo, na sessão de 14 de março de 2013, esta Quinta Câmara de Direito Comercial, passou a dilatar o entendimento antes adotado para admitir a contratação implícita deste encargo, a qual é evidenciada pela multiplicação do percentual mensal por doze meses, em conformidade com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. JUROS COMPOSTOS. MEDIDA PROVISÓRIA 2.170-36/2001. ARGUIÇÃO INFUNDADA. AUSÊNCIA DE INTERESSE NA REFORMA DA DECISÃO. MULTA.
>
> 1. 'A capitalização dos juros em periodicidade inferior à anual deve vir pactuada de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada' (2ª Seção, REsp 973.827/RS, Rel. p/ acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 24.9.2012).
>
> 2. Deferida a periodicidade pleiteada, não dispõe a parte de interesse na reforma da decisão agravada.
>
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa (CPC, art. 557, § 2º), ficando a interposição de novos recursos condicionada ao prévio recolhimento da penalidade imposta". (STJ, AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.196.403 – RS. Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Julgado em 19/02/2013).

Deste modo, para a declaração da legalidade de juros capitalizados far-se-á necessário que a pactuação seja posterior a 31/03/2000, bem como haja contratação expressa do encargo ou que da multiplicação do juros mensais por doze meses resulte percentual inferior ao constante no pacto como juros anual.

Situação recente que foi objeto do verbete sumular n. 541 do STJ:

> "A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada." (Resp 973.827 e Resp 1.251.331).

No caso em comento, resta evidente que a avença foi firmada em data posterior à data de entrada em vigor da mencionada Medida Provisória e, por isso, passível a capitalização mensal de juros, bastando para sua legitimidade, a expressa previsão contratual.

Analisando perfunctoriamente o contrato perfectibilizado (fls. 10/15-execução), verifica-se que foi pactuada a incidência de cláusula contratual acerca da incidência de juros capitalizados, conforme §1º do art. 3º (fl. 10-execução), razão pela qual se mantém a legalidade.

2.4.2) Comissão de Permanência.

A embargante/apelante sustenta a impossibilidade da incidência da comissão de permanência, quanto mais cumulada com encargos de mora.

O embargado/apelante menciona a legalidade da cobrança da comissão de permanência e da ausência de juros de mora e multa contratual.

O instituto jurídico em estudo foi criado quando ainda não se admitia a cobrança da correção monetária nos débitos judiciais e tinha como objetivo facultar às instituições financeiras a proteção dos efeitos inflacionários, evitando que o devedor, em mora, promovesse o pagamento tão somente dos juros moratórios e, com isso, enriquecendo-se indevidamente.

A cobrança de tal encargo foi autorizada pelo CMN – Conselho Monetário Nacional – nos termos do art. 4º, IX, Lei 4.595/64, sendo instituída inicialmente pela Resolução n. 15 de 1966 e, após alterações, pela Resolução n. 1.129/86.

Com tais regramentos, Paulo Jorge Scartezzni conceituou a comissão de permanência:

> "A comissão de permanência, é uma taxa acrescida ao valor principal, devida sempre que houver impontualidade no cumprimento da obrigação pelo devedor. Teria assim por fundamento, o fato de necessitar, a instituição financeira mutuante, no período de 'prorrogação forçada' da operação, de uma compensação". ("A comissão de permanência cobrada pelos bancos frente ao Código de Defesa do Consumidor". Revista dos Tribunais. Vol. 781/79, nov. 2000, São Paulo, pp.79/88).

Nesta retórica, pode-se afirmar que se trata de um encargo moratório proveniente da impontualidade no cumprimento das obrigações assumidas pelo devedor em contrato bancário e tem o condão de remunerar a instituição financeira pela prorrogação forçada a avença negocial.

Portanto, é possível observar que a comissão de permanência possui natureza tríplice, pois engloba em sua contexto: 1) a remuneração do capital (juros remuneratórios); 2) atualiza a moeda (correção monetária) e estabelece uma compensação ao banco pela inadimplência (encargos moratórios).

Conclusão delineada no Resp n. 1.058.114 – RS, da lavra da Ministra Nancy Andrigui, vejamos:

> "Da jurisprudência pacificada é possível afirmar que a natureza da cláusula de comissão de permanância é tríplice: índice de remuneração do capital (juros remuneratórios), atualização da moeda (correção monetária) e compensação pelo inadimplemento (encargos moratórios)".

Até porque, ainda que permitida sua cobrança quando expressamente prevista, a Súmula 472 do STJ asseverou que o valor da comissão de permanência está limitada pelo somatório dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, razão pela qual torna-se impraticável a cobrança cumulada dos juros remuneratórios e moratórios e da multa contratual.

> Súmula 472: "A cobrança de comissão de permanência – cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato – exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual".

Então, autorizada sua criação, sua incidência nos contratos bancários não remonta a potestatividade da cláusula que a instituiu, conforme preconiza a Súmula 294 do e. STJ:

> Súmula 294. Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato.

Examinando os termos da relação negocial subscrita pelas partes, é possível vislumbrar, pela cláusula 6ª (fl. 11) a sua incidência.

Contudo, ante a sua natureza tríplice, não é admissível a sua cobrança em cumulação com a correção monetária, pois estar-se-ia penalizando em duplicidade do devedor (*bis in idem)*, haja vista que no seu percentual já está alocada a atualização da moeda. Inteligência da Súmula 30 do STJ: *"A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis"*.

Sem desconhecer o conteúdo que representa o Enunciado II do Grupo de Câmaras de Direito Comercial deste e. Tribunal, isto porque, se faz, agora, a adequada interpretação, não é admissível a cobrança de juros remuneratórios no período de anormalidade (mora) contratual, haja vista que, no seio do índice da comissão de permanência, já se fez propagar a remuneração do capital disponibilizado pela casa bancária. São portanto, inacumuláveis.

> Súmula 296 (STJ) - Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.

O mesmo raciocínio deve se estender no que tange aos encargos de mora (juros moratórios) e a multa contratual, mormente que a estipulação do índice da comissão de permanência já estabeleceu a existência de aporte necessário a compensação pelo inadimplemento do devedor.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão (10/04/2012), consolidou orientação no Recurso Especial n. 1.092.428-RS, nos seguintes termos:

> CIVIL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATOS BANCÁRIOS.
>
> - É admitida a incidência de comissão de permanência desde que pactuada e não cumulada com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e/ou multa contratual.

Já decidiu o Tribunal Catarinense:

> [...] COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE, DE CUMULAÇÃO COM OS JUROS DE MORA E COM A CORREÇÃO MONETÁRIA. EXEGESE DO DECIDIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AO APLICAR A LEI DE RECURSOS REPETITIVOS, NO REsp N. 1058114/RS, DE QUE FOI RELATOR O EXMO. SR. MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. [...] (TJSC. Apelações Cíveis ns. 2007.023826-0 e 2007.023827-7, de Joinville, Relator: Des. Jorge Luiz de Borba, 27/06/2011).

Para finalizar:

> [...] COMISSÃO DE PERMANÊNCIA EXPRESSAMENTE CONTRATADA. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA, SEM A INCLUSÃO DE ENCARGOS MORATÓRIOS (JUROS DE MORA, MULTA CONTRATUAL E CORREÇÃO MONETÁRIA). INCIDÊNCIA APÓS O VENCIMENTO DA DÍVIDA. "Admite-

> se a comissão de permanência durante o período de inadimplemento contratual, à taxa média dos juros de mercado, limitada ao percentual fixado no contrato (Súmula 294/STJ), desde que não cumulada com a correção monetária (Súmula 30/STJ), co os juros remuneratórios (Súmula 296/STJ) e moratórios, bem com a multa contratual". (AgRg no Resp. N. 1142414/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJE de 18-10-2011) (Ap. Cível n. 2010.046346-1. Rela. Janice Goulart Garcia Ubialli).

Concluindo o raciocínio, tem-se por legítima a cobrança da comissão de permanência em contratos bancários quando expressamente prevista, cujo valor não pode ultrapassar o somatório dos juros remuneratórios limitados à taxa média de mercado ou pactuado se este for inferior aquele; juros moratórios e multa contratual de 2%, se também pactuados. Afastando, com isso, a cobrança cumulada da comissão de permanência com os juros remuneratórios e moratórios (1% ao mês), correção monetária e multa contratual.

Assim, temos que está inserido no título " comissão de permanência" - se prevista no contrato para o período de inadimplência - o somatório dos JR, correção monetária, dos juros de mora e da multa. Então, não há que se falar da dupla incidência, o que se chama de bis in idem, impondo sobre a comissão de permanência, novamente os juros remuneratórios, juros de mora, correção monetária e a multa.

Portanto, mantém-se a sentença.

2.4.3) Sucumbência.

Diferente do alegado pelo embargado/apelante, houve a fixação de sucumbência recíproca, condenando em maior parte dos pedidos a embargante, já que saiu vencida na maior parte dos pedidos, razão pela qual se mantém a sentença no ponto.

No que diz respeito aos honorários advocatícios recursais, o §11 do art. 85, CPC, estabelece que o Colegiado majorará honorários advocatícios pelo trabalho adicional realizado pelo patrono da parte, nos termos:

> § 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.

Desta forma, levando-se em conta o desprovimento de ambos os recursos, e o trabalho adicional realizado por cada procurador, que apresentou as contrarrazões, bem como, a natureza da causa e o tempo exigido, tenho que a verba advocatícia deve ser majorada em 2% sobre o valor da causa para a parte embargante e em 5% sobre o valor da causa para o embargado, cuja exigibilidade resta suspensa para a parte, detentora da gratuidade da justiça.

3.0) Conclusão.

Diante da fundamentação acima exarada:

3.1) quanto ao recurso da embargante Gabriela Salvador:

3.1.1) conheço do recurso: nego provimento, mantendo incólume a sentença;

3.2) quanto ao recurso do embargado Banco do Brasil:

3.2.1) conheço do recurso: nego provimento, mantendo incólume a sentença.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0003031-58.1996.8.24.0023
Relator: Des. Subst. Paulo Ricardo Bruschi

> APELAÇÕES CÍVEIS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXTINÇÃO PELO PAGAMENTO.
>
> RECURSO DO EXEQUENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DILAÇÃO DE PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO SOBRE LAUDO PERICIAL POSTULADA SEM QUALQUER JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL, SUCEDIDA POR NOVA INÉRCIA DO EXEQUENTE QUANTO AO LAUDO COMPLEMENTAR. PRECLUSÃO DO DIREITO RECONHECIDA. CONFUSÃO DO PERITO EM RELAÇÃO AO NOME DAS PARTES QUE NÃO INVALIDA O CONTEÚDO DA *EXPERTISE*. AUSÊNCIA, OUTROSSIM, DE INDICAÇÃO OBJETIVA DO EVENTUAL ERRO ARITMÉTICO OU DESCUMPRIMENTO DOS PARÂMETROS DO ACORDO PELO *EXPERT*. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> *ASTREINTES*. REVOGAÇÃO DE OFÍCIO. MANUTENÇÃO QUE SE MOSTRA DESNECESSÁRIA. DECISÃO DEVIDAMENTE CUMPRIDA, AINDA QUE POR OUTROS MEIOS.
>
> *"[...] deixando de haver razão para a manutenção da multa, esta perderá a eficácia para o fim a que se justificava, e o próprio provimento que determinava sua incidência perderá a razão de ser, deixando de desempenhar o papel de coerção sobre a vontade do devedor"* (REsp n. 1186960/MG, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 15/03/2016).
>
> RECURSO DO EXECUTADO NÃO CONHECIDO POR PREJUDICADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003031-58.1996.8.24.0023, da comarca da Capital - Bancário (1ª Vara de Direito Bancário) em que são apelantes e apelados Egídio Martorano Neto e o Banco do Brasil S/A.

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime: a) conhecer do recurso do exequente e negar-lhe provimento; b) não conhecer do recurso do executado, por prejudicado e, de ofício, revogar as *astreintes* fixadas em Primeiro Grau. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Mariano do Nacimento, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Guilherme Nunes Born.

Florianópolis, 18 de maio de 2017.

Paulo Ricardo Bruschi
RELATOR

RELATÓRIO

O Banco do Brasil e Egídio Martorano Neto, devidamente qualificados nos autos e inconformados com a decisão proferida, interpuseram Recursos de Apelação, objetivando a reforma da respeitável sentença prolatada pelo MM. Juiz da 1ª Vara de Direito Bancário, da comarca da Capital - Bancário, na *"Execução por Quantia Certa contra Devedor Solvente"* n. 0003031-58.1996.8.24.0023 (023.96.003031-1), a qual julgou extinto o processo, na forma do art. 924, II, do NCPC, determinou a expedição de alvará, em favor do executado, no valor de R$ 182.840,08 (cento e oitenta e dois mil, oitocentos e quarenta reais e oito centavos) e do exequente, no montante de R$ 20.347,99 (vinte mil, trezentos e quarenta e sete reais e noventa e nove centavos), além dos honorários periciais, bem como condenou o executado ao pagamento das custas finais.

Na inicial (fls.02/04), o exequente postulou o pagamento de R$ 24.577,33 (vinte e quatro mil, quinhentos e setenta e sete reais e trinta e três centavos), representados pela cédula de crédito comercial n. 95/00927-2.

Juntou procuração e os documentos de fls. 05/20.

Regularmente citado, foi certificado pelo sr. oficial de justiça que deixou de realizar a penhora, por não ter localizado bens (fl. 24).

O executado ofereceu um imóvel à penhora (fl. 21), o qual não foi aceito pelo exequente, em razão do débito possuir garantia real hipotecária (fl. 33). Não obstante, foi determinada a constrição do bem hipotecado (fl. 33), a qual foi efetivada nas fls. 52/53.

O exequente apresentou nova planilha de cálculo, no valor de R$ 154.035,54 (cento e cinquenta e quatro mil, trinta e cinco reais e cinquenta e quatro centavos) – fls. 83/84, sobre a qual o executado manifestou discordância, ao argumento de que houve *"excesso de equívocos e o cometimento de vícios na composição da dívida, como a inclusão de juros sobre juros, multas e encargos tarifários impróprios à espécie e a não dedução de valores efetivamente satisfeitos, tudo já objeto da manifestação dos embargos à execução"* (fl. 99).

Nas fls. 121/126, as partes informaram a realização de acordo e postularam a suspensão do processo até o seu cumprimento, o que foi deferido na fl. 127.

Após, o executado efetuou pedido incidental de liminar nas fls. 138/147, com o objetivo de ver sustadas as cobranças que estavam sendo efetuadas na sua conta corrente, em razão do descumprimento do acordo pelo exequente, o qual, segundo ele, estava efetuando o cálculo da prestação devida de forma abusiva, o que caracterizava anatocismo, havendo diferença entre o cobrado e o que ele entendia devido, em montante superior a R$ 3.000,00 (três mil reais) por parcela.

Além disso, postulou autorização de depósito em juízo dos valores incontroversos, bem como fosse determinado que a instituição financeira se abstivesse de proceder a inscrição do seu nome nos cadastros de proteção ao crédito.

A decisão de fls. 164/165 não conheceu dos pedidos efetuados, por ausência de interesse processual. Na mesma oportunidade determinou a

intimação do executado para manifestar-se quanto ao descumprimento do acordo.

O executado efetuou pedido de reconsideração da decisão nas fls. 200/208. Na sequência, informou que interpôs agravo de instrumento daquela decisão (fls. 210/227), cujo seguimento foi negado, conforme decisão de fls. 234/235.

A decisão de fls. 228/229, reconsiderando a decisão anterior, determinou que o Banco somente efetuasse o desconto dos valores incontroversos, bem como limitasse os descontos do acordo firmado com o autor ao valor mensal de R$ 6.135,32 (seis mil, cento e trinta e cinco reais e trinta e dois centavos).

O executado postulou a juntada dos extratos referentes à conta corrente n. 6.089-5, agência n. 4772-4, do Banco do Brasil, na qual constavam os débitos referentes às parcelas do acordo pactuado (fls. 237/255).

A decisão de fl. 261 determinou a majoração da multa para o importe de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) por mês de descumprimento, em razão do silêncio do exequente quanto à decisão de fls. 193/194.

A instituição bancária informou que interpôs agravo de instrumento (fls. 265/271), o qual foi recebido sem efeito suspensivo (fls. 326/328) e, posteriormente, julgado parcialmente provido para reduzir o valor das *astreintes* de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para R$ 10.000,00 (dez mil reais) – fls. 336/338.

Após, asseverou ter solicitado ao seu setor competente a limitação da cobrança ao equivalente a R$ 6.135,32 (seis mil, cento e trinta e cinco reais e trinta e dois centavos) – fl. 273.

O pedido incidental de depósito em juízo dos valores incontroversos e de vedação da inclusão do seu nome nos cadastros de inadimplentes, efetuado pelo executado, foi deferido pelo *decisum* de fls. 275/277.

O acórdão proferido nos embargos à execução n. 023.97.243573-2 foi juntado nas fls. 278/284.

O executado informou o descumprimento da decisão judicial de limitação do valor descontado em sua conta-corrente, bem como postulou a consignação em pagamento dos valores referentes às parcelas, sob a alegação de que o exequente estava se negando a recebe-la (fls. 287/294). Juntou os documentos de fls. 295/316.

Na sequência comprovou a realização de depósitos nas fls. 317/318, 332/333, 343/344, 348/349, 372/373, 375/376, 378/379, 381/382, 384/385, 387/388, 393/394, 396/397, 400/401, 414/415, 418/419, 421/422, 435/436, 439/440, 441/442, 444/445, 453/454, 455/456, 472/473, 509/510 e 512/513.

O executado informou que o exequente incluiu o seu nome e o de sua esposa no rol de inadimplentes, em desrespeito à determinação judicial anterior, motivo pelo qual requereu fosse forçado a cumprir aquela decisão, sob pena de multa diária (fls. 320/322).

O Banco requereu a juntada do comprovante de exclusão do nome da parte executada dos órgãos de proteção ao crédito nas fls. 340/341.

Designada audiência de conciliação (fl. 346), o acordo foi inviabilizado, ante o não comparecimento do exequente (fl. 370).

O *decisum* de fl. 390 determinou a realização de perícia contábil, cujos quesitos foram apresentados pelas partes nas fls. 398/399 (exequente) e 402/403 (executados).

Elaborado o laudo pericial (fls. 476/492), o executado apresentou a manifestação de fls. 501/503, na qual solicitou esclarecimentos acerca da *expertise*, que foram prestados nas fls. 521/526.

Intimado acerca da entrega do laudo complementar (fls. 528/529), o executado asseverou concordar com os cálculos apresentados pelo perito

(fls. 530/531). O exequente, por sua vez, requereu fosse o executado intimado para efetuar o pagamento do valor apurado pelo *expert* (fl. 534).

Sobreveio, pois, a sentença de fls. 536/540, na qual o digno Togado *a quo* julgou extinto o processo, na forma como narrado no preâmbulo deste relato.

De acordo com o Sentenciante, o banco não impugnou o laudo pericial, motivo pelo qual se operou a preclusão.

Quanto ao laudo, ressaltou que concluiu ser o executado credor da importância de R$ 182.840,08 (cento e oitenta e dois mil, oitocentos e quarenta reais e oito centavos), que lhe devem ser devolvidos, muito embora não tenha título executivo em seu favor.

O executado opôs embargos de declaração, sob a alegação de que *"muito embora a correta aplicação do direito postulado pelas partes, o D. Magistrado não confirmou a aplicação da multa aplicada em cognição sumária"*, os quais foram rejeitados, ao argumento de que *"não há omissão passível de correção, porquanto, nos autos apensos n. 00030315819968240023/01, o magistrado em exercício extinguiu a execução de astreintes, movida pelo embargante, declarando que as multas só seriam exigíveis se houvesse sentença de mérito que as confirmasse (pp. 42/44)"* (fl. 592).

Diante disso, complementou que, *"como na execução extrajudicial inexiste sentença de mérito, evidente que a aludida decisão, proferida pelo juiz que respondia pela unidade, só pode ser interpretada no sentido de que revogou as astreintes"* (fl. 592). Até mesmo porque, *"no laudo pericial, o perito não considerou as multas, e o embargante concordou com suas conclusões"* (fl. 592).

Irresignado com a prestação jurisdicional efetuada, o exequente, tempestivamente, apresentou recurso a este Colegiado. Em sua apelação (fls. 548/553), alegou, preliminarmente, o cerceamento de defesa, em razão da *"omissão do MM. Magistrado a quo em relação à manifestação do Apelante que, conforme fls. 497, solicitou a substituição de procuradores e requereu a dilação de prazo para a devida análise dos autos diante do recém substabelecimento"* (fl. 550).

De acordo com a instituição financeira, *"não houve inércia ou negligência por parte do Apelante quanto à intimação de fls. 494, uma vez que a intimação foi dirigida ao patrono anterior, que já não representava o Apelante no presente feito"* (fl. 550).

Asseverou, também, que foi induzido em erro, *"uma vez que o cálculo foi elaborado de maneira equivocada ao determinar o Apelante como réu e o Apelado como autor, causando confusão quanto ao seu entendimento"* (fls. 552/553), inclusive, *"entendendo haver saldo a seu favor, concordou com a análise pericial quando intimado a se manifestar sobre o documento apresentado, o que demonstra a nulidade dos atos produzidos desde então, nos termos do art. 278 do CPC"* (fl. 553).

Neste andar, requereu o conhecimento e provimento do apelo para, cassando-se a sentença prolatada, determinar o retorno ao Primeiro Grau para prosseguimento do feito.

Contrarrazões nas fls. 582/587.

Inconformado, também, com a sentença, o executado interpôs o apelo de fls. 569/578, insurgindo-se, apenas, quanto à revogação da multa fixada.

De acordo com o apelante/executado, ao contrário do sustentado pelo douto Togado *a quo*, o *decisum* que extinguir a execução não deixa de ser sentença de mérito, porquanto *"o mérito da execução está relacionado a atos satisfativos, esto é, praticados pelo magistrado, objetivando a satisfação do crédito, a entrega da coisa ou a prestação do fato"*.

Além disso, asseverou que *"ajuizou a execução provisória das astreintes, a qual foi extinta, apenas pela multa não ter sido confirmada em sentença de mérito até aquele momento"*, razão por que *"aguardou a confirmação da decisão em sentença de mérito da execução principal, já que incabível a execução provisória naquele momento"*, o que não houve posteriormente.

Ressaltou, ademais, que as *astreintes* foram fixadas como modo de coerção ao cumprimento regular da obrigação, o que não foi feito,

motivo pelo qual *"simplesmente deixar de aplicar a astreinte seria desmoralizar o próprio comando judicial, ao demonstrar que é cabível à instituição financeira procrasticar o feito por diversos anos, deixando com que a multa se estabeleça em valores estratosféricos, porque depois será extirpada pelo próprio Juiz"* [sic].

Por fim, sustentou que *"não se pode simplesmente conferir interpretação de revogação da multa em sentença de incidente processual que não analisou o mérito, uma vez que sua aplicação foi determinada em decisão transitada em julgado (decisão do agravo de fls. 335-339) e o descumprimento da medida por certo período realmente existiu (fls. 19-35 da execução provisória)"*.

Neste andar, postulou o conhecimento e provimento do recurso com a reforma da sentença prolatada, no sentido de confirmar a multa pelo descumprimento fixada.

Sem contrarrazões (fl. 594).

Ascenderam, assim, os autos a esta Corte.

Na fl. 597 o executado requereu prioridade na tramitação do feito, o que foi deferido na fl. 603.

Recebo os autos conclusos.

Este o relatório.

VOTO

Objetivam as partes, em sede de apelação, a reforma da sentença que julgou extinto o processo, na forma do art. 924, II, do NCPC, e, por conseguinte, determinou a expedição de alvarás, bem como condenou o executado ao pagamento das custas finais.

Para melhor apreciação das questões trazidas pelos recorrentes, as apelações serão analisadas separadamente, a iniciar pela do exequente.

De início, não prospera o alegado cerceamento de defesa manifestado pela instituição financeira, no que tange à *"omissão do MM.*

Magistrado a quo em relação à manifestação do Apelante que, conforme fls. 497, solicitou a substituição de procuradores e requereu a dilação de prazo para a devida análise dos autos diante do recém substabelecimento" (fl. 550).

Isso porque, como explanado pelo digno Togado *a quo,* o pedido foi realizado sem qualquer justificativa, quando faltavam apenas 3 (três) dias para o seu término (petição protocolada em 22/01/2016 – término do prazo em 25/01/2016 – fls. 496/497).

Cumpre ressaltar, por oportuno, que não se sustenta a assertiva do Banco de que *"não houve inércia ou negligência por parte do Apelante quanto à intimação de fls. 494, uma vez que a intimação foi dirigida ao patrono anterior, que já não representava o Apelante no presente feito"* (fl. 550), uma vez que, apesar de a procuração ter sido outorgada aos novos patronos em 11/12/2015 (fls. 498/499), esta informação somente veio aos autos em 22/01/2016 (fl. 497), ou seja, após a publicação da intimação, que ocorreu em 16/12/2015 (fl. 496). Logo, em razão da sua própria inércia.

Neste compasso, *"nos termos do art. 44 do CPC, a parte que revogar o mandado outorgado ao seu advogado, no mesmo ato constituirá outro que assuma o patrocínio da causa. Cabe-lhe informar ao juízo, sob pena de não poder reclamar da perda de prazos. É que a simples 'revogação de procuração do advogado pela parte não acarreta suspensão de prazo para recurso"* (TJMG, Agravo de Instrumento n. 1.0049.03.003707-8/001, Relatora: Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 1ª Câm. Civ., j. 25/10/2005).

Aliás, *"o art. 44 do CPC impõe que a parte constitua novo advogado para assumir o patrocínio da causa, no mesmo ato em que revogar o mandato anterior, não constituindo, portanto, a revogação da procuração, causa de suspensão do processo, ainda que a parte fique sem representação processual"* (STJ, REsp 883658/MG, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 22/02/2011).

Urge salientar, além de tudo, que o processo é digital e as partes têm possibilidade de acesso ao seu conteúdo logo após a inserção dos

atos no processo, não se justificando o pedido de carga dos autos fora do cartório, tampouco o de dilação do prazo para manifestação.

Ademais, posteriormente, intimado em outras duas oportunidades acerca dos atos do processo (fls. 516 e 529) , inclusive sobre a complementação do laudo pericial (fl 529), sequer apresentou manifestação no prazo assinalado pelo juízo, não se havendo falar, agora, em cerceamento de defesa, em razão da sua própria desídia.

Neste sentido:

> 1) [...] SEGUNDO AGRAVO RETIDO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DILAÇÃO DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE PARECER TÉCNICO DE ASSISTENTE. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL E INTIMAÇÕES ANTERIORES NÃO ATENDIDAS NO TEMPO OPORTUNO. CONTRADITÓRIO NÃO VIOLADO. DECISÃO ESCORREITA. O trabalho do assistente técnico da parte não é o de realizar a perícia, mas, sim, o de analisar as conclusões do Perito do Juízo, razão pela qual, sem justificativa concreta e plausível, não há a necessidade de dilação de prazo para apresentação de parecer técnico, pois suficiente aquele previsto na legislação civil. Se de ambos os laudos apresentados, do agrimensor e dos arbitradores, o procurador da parte demandada foi intimado para apresentar parecer técnico de seu assistente e em ambas as oportunidades retirou o processo em carga sem, porém, manifestar-se no tempo oportuno, não há falar em cerceamento de defesa ante o indeferimento do pedido de dilação de prazo, notadamente se desprovido de justificativa concreta plausível. [...] (Apelação Cível n. 2015.004221-7, de Taió, Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira, 3ª Câm. Dir. Civ., j. 03/05/2016).

> 2) LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. Revisional. Prova técnica homologada. Inconformismo do credor. Prazo para complementar a impugnação ao laudo oficial. Dilação. Ausente justificativa plausível. Indeferimento. Violação à coisa julgada indemonstrada. Honorários do perito. Causalidade. Despesa a ser rateada entre as partes (Agravo de Instrumento n. 2015.022990-5, de Lages, Relator: Des. José Inácio Schaefer, 4ª Câm. Dir. Com., j. 06/10/2015).

> 3) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. SEGUNDA FASE. PERÍCIA INDICANDO SALDO CREDOR AO AUTOR. APRESENTAÇÃO DE PEDIDO, PELO RÉU, DE DILAÇÃO DO PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO ACERCA DO LADO PERICIAL. PLEITO INDEFERIDO NA SENTENÇA. MANUTENÇÃO. ART. 433, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. PRECLUSÃO DO DIREITO RECONHECIDA. APRECIAÇÃO, CONTUDO, DE MATÉRIAS NÃO ALCANÇADAS PELA PRECLUSÃO. JUROS MORATÓRIOS A SEREM APLICADOS SEM CAPITALIZAÇÃO E COM TERMO INICIAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO EM MORA DA RÉ. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DE ÍNDICE QUE MELHOR REFLITA A DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA. RECURSO PROVIDO EM PARTE (Apelação Cível n. 2012.052839-2, de Ibirama, Relator: Des. Lédio Rosa de Andrade, 4ª Câm. Dir. Com., j. 06/11/2012).

Da mesma forma, não merece prosperar o argumento de que foi induzido em erro, *"uma vez que o cálculo foi elaborado de maneira equivocada ao determinar o Apelante como réu e o Apelado como autor, causando confusão quanto ao seu entendimento"* (fls. 552/553), inclusive, *"entendendo haver saldo a seu favor, concordou com a análise pericial quando intimado a se manifestar sobre o documento apresentado, o que demonstra a nulidade dos atos produzidos desde então, nos termos do art. 278 do CPC"* (fl. 553).

Isso porque, apesar de, realmente, o perito ter trocado a posição das partes do processo, tratando como exequente o executado e como executado o exequente, tal fato ficou devidamente evidenciado no início da expertise, inclusive quando da resposta aos quesitos das partes. Prova disso é que não houve "confusão" pelo executado, não se justificando tal alegação para fins de nulidade dos atos produzidos desde então, mormente porque, devidamente intimada, a instituição financeira deixou transcorrer *in albis* o prazo para manifestação.

A propósito, *"se a parte, em sede de liquidação de sentença por arbitramento, é devidamente intimada para se manifestar acerca do laudo pericial e permanece inerte, há de se ter por precluída a discussão acerca de eventuais incorreções da perícia manifestadas somente por ocasião da apelação da sentença que se fundamentou no aferido pelo expert' (Apelação Cível n. 2004.036578-8, de Criciúma, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. em 10-11-2009)".* (Agravo de Instrumento n. 0009415-08.2016.8.24.0000, de Rio do Sul, Relator: Des. Altamiro de Oliveira, 4ª Câm. Dir. Com., j. 04/10/2016).

Ademais, em nenhum momento a instituição financeira demonstrou, objetivamente, quais os pontos (cálculo, índices, parâmetros, etc), à exceção da nomenclatura, estariam incorretos na expertise, limitando-se a buscar a nulidade dos atos processuais em razão da confusão efetuada pelo Sr. Perito com relação às partes, o que, como demonstrado, não se justifica.

Aliás *"A convicção que chegou o Magistrado a quo, no sentido de que os cálculos apresentados pelo perito ou pelo Contador Judicial estão corretos, somente poderá ser derruída mediante a indicação objetiva de eventual erro aritmético ou de descumprimento dos parâmetros da sentença"* (Agravo de Instrumento n. 0025953-64.2016.8.24.0000, de Blumenau, Relatora: Des.ª Janice Goulart Garcia Ubialli, 1ª Câm. Dir. Com., j. 22/09/2016), o que não foi feito, *in casu*.

Logo, não merece provimento o recurso da instituição financeira.

De outro viso, com relação as astreintes fixadas em Primeiro Grau para o caso de descumprimento da obrigação pelo exequente, necessárias algumas digressões.

Primeiramente, ouso discordar do entendimento exarado em Primeiro Grau, segundo o qual houve presunção da revogação da multa cominada.

Isso porque, venia, da decisão exarada na execução provisória n. 00030315819968240023/01 não é possível se presumir que houve a revogação das *astreintes* cominadas.

É que aquela sentença teve como fundamento a falta de título exigível, em razão da tutela antecipada não estar, à época, confirmada por sentença de mérito, e não em razão da revogação das *astreintes*.

Até porque, *venia* novamente, se o Magistrado quisesse revogar a multa cominada, o teria feito expressamente, e não por meio de dedução.

Por outro lado, também não se vislumbra seja caso de confirmação das astreintes fixadas.

Com efeito, é cediço que *"a função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância"* (AgRg no Ag 1.025.234/SP. Relator: Min. Luiz Fux, j. em 07/08/2008). Sua fixação, diga-se, tem por finalidade, nos termos do art. 461 do CPC/73, servir de meio coercitivo ao cumprimento da obrigação então imposta.

Sobre o assunto, extrai-se da ensinança da Ministra Nancy Andrighi:

> *"A multa cominatória, prevista no art. 461 do CPC, representa um dos instrumentos de que o direito processual civil contemporâneo pode valer-se na busca por uma maior efetividade, principalmente no que diz respeito ao cumprimento das decisões judiciais. A astreinte não é, portanto, um fim em si mesma, mas funciona como mecanismo de indução - mediante pressão financeira -, a compelir o devedor ao cumprimento da obrigação e da própria ordem judicial emanada.*
>
> *O valor da multa, conforme afirma o professor Eduardo Talamini, deve atingir um "montante tal que concretamente influa no comportamento do demandado - o que, diante das circunstâncias do caso (a situação econômica do réu, sua capacidade de resistência, vantagens por ele carreadas com o descumprimento, outros valores não patrimoniais eventualmente envolvidos etc.), pode resultar em quantum que supere aquele que se atribui ao bem jurídico visado"* (Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. São Paulo: RT, 2003, p. 248/254).

De outro viso, é também consabido que a decisão que fixa a multa em debate não faz coisa julgada material, sendo lícito ao julgador modificá-la ou revogá-la, inclusive de ofício.

É que o artigo 461 do Código de Processo Civil/73 estabelecia que tal sanção deveria ser estipulada em consonância com o princípio da proporcionalidade, ou seja, suficiente e compatível com a obrigação principal, de modo que, caso não obedecidos tais pressupostos, o Juiz poderia de ofício modificar o valor ou a periodicidade da multa.

Da mesma forma, entendendo ter havido alteração na situação fática, posteriormente à imposição da multa, pode sobrestar ou suspender a pena imposta, ainda que inexista requerimento da parte nesse sentido.

É que, se o Magistrado pode determinar a imposição da multa de ofício, também pode, da mesma forma, alterá-la ou sobrestá-la. Esse, aliás, é o preceito que se extraía da leitura do já mencionado artigo.

A propósito, este foi, igualmente, o posicionamento da Ministra Eliana Calmon, no julgamento do Recurso Especial n. 776.922/SP, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - - ART. 461 DO CPC - ASTREINTES: SUSPENSÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ - POSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE DECISÃO ULTRA PETITA [...].
>
> O art. 461 do CPC prevê a cominação de multa para cumprimento da obrigação de fazer e não fazer, podendo ser fixada de ofício ou a requerimento da parte.
>
> **2. O juiz, também de ofício ou a requerimento da parte, conforme autorizado pelo § 6º do mesmo dispositivo legal, está autorizado a modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique se se tornou insuficiente ou excessiva.**

> **3. Não obstante inexistir previsão expressa, o magistrado pode sobrestar ou suspender a pena imposta, ainda que sem requerimento da parte. Inteligência do art. 461 do CPC. Nessas circunstâncias, não há que se falar em julgamento ultra petita.**
>
> 4.; 5.; e 6. [...] *omissis*. (2ª Turma, j. 27/03/2007 – grifou-se).

Acerca do tema, ainda, comenta apropriadamente Humberto Theodoro Júnior, *in* Código de Processo Civil Anotado:

> *"A multa cominada para atraso no cumprimento da prestação admite revisão a qualquer tempo e até de ofício o juiz pode aumentá-la ou reduzi-la e alterar sua periodicidade, quando se tornar insuficiente ou excessiva (§ 6º incluído pela Lei nº 10.444/02). Pode também ser revogada, quando se descobrir que ao devedor se tornou impossível realizar a pretensão in natura"* (Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 469).

Atente-se que essa alteração, ou mesmo supressão, pode ser efetuada a qualquer momento. É que *"a redução da multa não implica em ofensa à coisa julgada, posto que o crédito resultante das 'astreintes' não integra a lide propriamente dita e, portanto, não faz parte das 'questões já decididas, relativas à mesma lide' (art. 471 do CPC). (RJTJERGS 255/286)"* (NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 40. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 563/564).

Bem a propósito, ensina o professor Nelson Nery Júnior:

> *"12. Modificação do valor da multa. O valor da multa diária por dia de atraso, quer tenha sido fixado na decisão ou sentença de conhecimento (CPC 461 §§ 3.º e 4.º), quer no processo de execução (CPC 644 caput), pode ser modificado pelo juiz da execução, caso se demonstre estar excessivo ou insuficiente para a sua finalidade inibitória.*
>
> *13. Critérios para a modificação da multa. Não há ofensa à coisa julgada, mas sim aplicação da cláusula rebus sic stantibus de que se reveste a decisão ou sentença na parte que fixa o valor da multa diária. Em outras palavras, mantida a mesma situação de fato, o valor da multa constante da sentença não pode ser alterado; sobrevindo nova situação de fato, o valor da multa constante da sentença pode ser modificado"* (Código

da processo civil comentado e legislação extravagante, 11 ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010., São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 461).

Neste sentido:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA. POSSIBILIDADE DE REVISÃO.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. [...]

5. A decisão que arbitra a astreinte não faz coisa julgada material, pois ao juiz é facultado impor essa coerção, de ofício ou a requerimento da parte, cabendo a ele, da mesma forma, a sua revogação nos casos em que a multa se tornar desnecessária pelo cumprimento da obrigação de fazer.

6. A natureza jurídica das astreintes - medida coercitiva e intimidatória - não admite exegese que a faça assumir um caráter indenizatório, que conduza ao enriquecimento sem causa do credor. O escopo da multa é impulsionar o devedor a assumir um comportamento tendente à satisfação da sua obrigação frente ao credor, não devendo jamais se prestar a compensar este pela inadimplência daquele.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido (STJ, REsp n. 1376871/SP, Relatora: Min.ª Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 08/05/2014 – grifou-se)

Na mesma linha, extrai-se dos precedentes desta Corte:

1) APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO INDIRETA. *ASTREINTE*. VALOR FIXADO. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE PERMANENTE DE ALTERAÇÃO. ART. 461, § 6º, DO CPC.

"O acórdão proferido pelo Tribunal de origem se alinha à orientação jurisprudencial sedimentada no âmbito desta Corte, no sentido de que a multa à qual se refere o § 6º do art. 461 do CPC não faz coisa julgada material, podendo seu valor ser revisto, a qualquer tempo, caso se torne insuficiente ou excessivo. Precedentes." (STJ, Resp 1245569/RN, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 19/05/2011). [...] (Apelação Cível n. 2012.041920-6, de Xanxerê, Relator: Des. Carlos Adilson Silva, 3ª Câm. Dir. Púb., j. 28/08/2012 – grifou-se).

2) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR ABALO MORAL E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA CELULAR. COBRANÇA INDEVIDA. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. IRRESIGNAÇÃO QUANTO AO VALOR DAS *ASTREINTES* FIXADAS EM R$ 500,00 (QUINHENTOS REAIS) EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. DECISÃO ESCORREITA. QUANTIA QUE NÃO SE APRESENTA DEMASIADO ALTA, TAMPOUCO DÁ AZO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA PARTE AUTORA. ADEMAIS, AS *ASTREINTES* NÃO FAZEM COISA JULGADA, SENDO QUE, FUTURAMENTE, O MONTANTE PODE SER REVISTO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE AREÓPAGO. RECURSO DESPROVIDO NO PONTO. [...].

[...] **vale apontar que as astreintes só serão devidas na eventual hipótese de descumprimento da ordem judicial, de forma que, quando da fase de execução, poder-se-á, se for o caso, requerer a minoração da multa, porquanto o preceito cominatório, por sua própria natureza, não faz coisa julgada.** [...] (Apelação Cível n. 2014.005351-6, de Balneário Camboriú, Relator: Des. Stanley da Silva Braga, 3ª Câm. Dir. Púb., j. 01/07/2014 - destaquei).

Seguindo este raciocínio, aliás, o novo Código de Processo de Civil, em seu artigo 537, parágrafo primeiro, estabelece, expressamente, que *"o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I – se tornou insuficiente ou excessiva; II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento"*.

Feitas estas digressões, no caso em testilha, a manutenção da multa imposta já há muito tempo não se justificava.

Com efeito, de acordo com a decisão de fls. 228/229, a casa bancária deveria limitar os descontos do acordo firmado, no valor mensal de R$ 6.135,32 (seis mil, cento e trinta e cinco reais e trinta e dois centavos), sob pena de aplicação de multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais) por mês de descumprimento.

Desta decisão, o Banco foi intimado em 03/12/2012 (fl. 230). Em 18/12/2012 (fls. 273/274), informou que solicitou ao seu setor competente a limitação da cobrança dos valores, bem como aduziu que discordava da limitação do valor a ser cobrado, tendo em vista que o laudo pericial era unilateral e a limitação do *quantum* estava de acordo apenas com os requerimentos do executado, alterando unilateralmente o pacto firmado entre os litigantes.

Em 07/02/2013, o executado noticiou que, apesar de devidamente intimado, o exequente não cumpriu a ordem judicial nos meses de dezembro/2012 e janeiro/2013, motivo pelo qual requereu a majoração das *astreintes* (fls. 257/259), o que foi deferido por meio do *decisum* de fl. 261, e, posteriormente, reduzido ao patamar inicial, por meio do agravo interposto pelo Banco (fls. 362/363).

Em 11/09/2013, novamente o executado informou que a instituição Financeira efetuou descontos diversos nas datas de 28/02/2013 – R$ 6.859,92 (seis mil, oitocentos e cinquenta e nove reais e noventa e dois centavos) –, 27/03/2013 – R$ 2.181,30 (dois mil, cento

e oitenta e um reais e trinta centavos) –, em 01/04/2013 – R$ 3.933,02 (três mil, novecentos e trinta e três reais e dois centavos) – e, a partir de abril de 2013, não mais realizou os descontos em sua conta, motivo pelo qual, a fim de expurgar a mora, iria depositar os valores em juízo (fls. 287/294), o que foi deferido por meio da decisão de fls. 275/277, a qual, inclusive, determinou que a casa bancária se abstivesse de incluir o nome do executado nos órgãos de proteção ao crédito e caso ocorrido, que o retirasse em 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais). O exequente foi intimada da decisão em 13/11/2013 (fl. 329), e informou o cumprimento da medida em 20/11/2013 (fls. 340/341).

Neste contexto, com o depósito do valor incontroverso, pelo executado em Juízo, não mais persistente a necessidade de manutenção da multa em face do descumprimento da obrigação, eis que o objetivo da sua fixação, qual seja, a limitação dos valores cobrados, fora alcançado, embora por meio diverso – depósito em Juízo.

Neste sentido a jurisprudência da Corte da Cidadania:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ART. 461 DO CPC. ASTREINTES. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCLUSÃO/SUPRESSÃO DA MULTA. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 1. **As astreintes (CPC, art. 461) objetivam prestigiar a efetividade das decisões judiciais por meio de tutela específica, possibilitando que o credor obtenha a satisfação da obrigação de fazer, não fazer ou de entrega de coisa almejada, ou resultado prático equivalente, por meio da intimidação do devedor a realizar determinado comportamento ou abster-se, tal qual ajustado no plano do direito material.**
>
> **2. Não havendo limite máximo de valor para a multa, tomando-se em conta sua natureza jurídica e a própria mens legis do instituto**

(CPC, art. 461, § 6°), reconhece o STJ ser lícito ao magistrado, de ofício ou a requerimento das partes, alterar o montante a qualquer tempo, inclusive na fase de execução, quando modificada a situação para a qual foi imposta. Isto porque não há falar em coisa julgada material, estando perante meio de coerção indireta ao cumprimento do julgado.

3. Assim, deixando a medida de ser adequada para seu mister, não havendo mais justa causa para sua mantença, deve-se reconhecer, também, a possibilidade de revogação das astreintes pelo magistrado, notadamente quando a prestação tiver se tornado fática ou juridicamente inexigível, desnecessária ou impossível, tendo-se modificado sobremaneira a situação para a qual houvera sido cominada, sempre levando-se em conta os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

4. É que, deixando de haver razão para a manutenção da multa, esta perderá a eficácia para o fim a que se justificava, e o próprio provimento que determinava sua incidência perderá a razão de ser, deixando de desempenhar o papel de coerção sobre a vontade do devedor.

5. O novo Código de Processo Civil previu expressamente essa possibilidade, ao estabelecer que "o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento" (NCPC, art. 537, § 1°).

6. Na hipótese, a recorrente executa astreintes no importe de R$ 338.040,45 (conforme acórdão recorrido), pelo descumprimento da obrigação de fazer imposta pelo Judiciário, qual seja a emissão de novos boletos bancários para o pagamento das parcelas restantes. Ocorre que, conforme decidido nos presentes autos e confirmado pelas partes, ainda que sem a emissão dos boletos, a recorrente, ora exequente, acabou depositando sponte propria o restante das parcelas devidas. Dessarte, não há justa causa para a mantença da multa coercitiva, uma vez que o

> intuito da decisão judicial, ao impor a emissão dos boletos, era justamente permitir que o devedor, à época, pudesse pagar suas prestações de acordo com o comando judicial (prestações atualizadas do contrato de leasing, tomando-se por base o valor do dólar americano em R$ 1,32 e com a aplicação dos índices de variação do INPC do IBGE), o que, ao fim e ao cabo, se deu pelos depósitos realizados pelo próprio devedor, periodicamente e de forma espontânea, independentemente da emissão de qualquer boleto para tanto, conferindo-se efetividade à ordem judicial e assegurando-se o resultado prático visado.
>
> 7. Nos termos da Súmula 98 do STJ, os embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.
>
> 8. Recurso especial parcialmente provido (REsp n. 1186960/MG, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 15/03/2016 – grifou-se).

Vale registrar, por oportuno, que a supressão das *astreintes* não caracteriza desmoralização do instituto ou do próprio Poder Judiciário, porquanto, como alhures salientado, o seu objetivo, qual seja, a limitação dos valores cobrados, foi alcançado, embora por modo diverso.

Neste compasso, por se entender não mais existirem os motivos para a manutenção da multa, sob pena de o instituto ser desvirtuado a ponto de se tornar medida meramente ressarcitória, merece ser afastada, de ofício, a sua exigência, *ex vi* no art. 537, § 1° c/c art. 538, § 3° ambos do NCPC.

Prejudicado, em razão disso, o apelo do executado.

Por fim, registre-se que, conquanto a sentença tenha sido publicada sob a égide do novo Código de Processo Civil, inviável a fixação da verba honorária recursal em favor dos patronos das partes, vez que ambos os contendores interpuseram recursos, obrigando trabalhos adicionais, todavia, ambos, não frutificaram.

Ante o exposto, vota-se no sentido de: a) se conhecer do recurso do exequente e negar-lhe provimento; b) não se conhecer do recurso do executado, por prejudicado e, de ofício, revogar as *astreintes* fixadas em Primeiro Grau.

É como voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0000096-93.2013.8.24.0073, de Timbó
Relatora: Desembargadora Rejane Andersen

APELAÇÃO CÍVEL. COMPLEMENTAÇÃO NA SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA REFERENTE À TELEFONIA MÓVEL E SEUS CONSECTÁRIOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. DECISÃO PROFERIDA SOB A ÉGIDE DO CPC/73. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. REJEITADA. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. MÉRITO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. DIFERENÇAS ENTRE OS REGIMES DE CONTRATAÇÃO PEX (PLANO DE EXPANSÃO) E PCT (PLANTA COMUNITARIA DE TELEFONIA). FATO QUE NÃO EXCLUI A RESPONSABILIDADE DA RÉ, POIS AMBAS AS MODALIDADES PREVIAM A RETRIBUIÇÃO EM AÇÕES. PORTARIAS MINISTERIAIS QUE NÃO VINCULAM A APRECIAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA DO INVESTIMENTO. ÔNUS QUE INCUMBE À RÉ NA CONDIÇÃO DE SUCESSORA DA TELESC. CÁLCULO INDENIZATÓRIO PELA DATA DA COTAÇÃO DO TRANSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A preliminar de ilegitimidade passiva da Brasil Telecom S/A deve ser afastada, pois na qualidade de sucessora da Telecomunicações Santa Catarina – TELESC S/A, ass umiu todas as obrigações decorrentes da sucessão, dentre as quais, o adimplemento dos contratos de participação financeira em investimento no serviço telefônico.

Tratando-se de relação negocial de cunho nitidamente pessoal, o prazo prescricional fica subordinado aos ditames do antigo e do novo Código

Civil, respeitada a norma de direito intertemporal de que trata o art. 2.028 do Código vigente.

"Nenhuma relação há entre o valor patrimonial da ação e os índices oficiais da correção monetária. Estes são utilizados para atualização de aplicações financeiras ou investimentos, enquanto o valor patrimonial da ação é apurado em balanço patrimonial, por critérios próprios que não necessariamente a inflação" (EDcl no REsp 636155 / RS, Quarta Turma, Rel. Ministro Barros Monteiro, j. em 15.12.05).

Em que pese se possa admitir a existência de diferenças entre os regimes de contratação PEX e PCT – no primeiro o aderente pagava diretamente à concessionária pela aquisição da linha telefônica e no segundo havia a interveniência de uma empresa credenciada pela TELESC – ambos davam ao contratante o direito de retribuição em ações.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000096-93.2013.8.24.0073, da Comarca de Timbó (1ª Vara Cível), em que é Apelante Oi S/A e Apelada Vito Antenor Dorigatti:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao agravo retido; conhecer parcialmente e dar parcial provimento ao recurso da empresa de telefonia para fixar os honorários advocatícios em 15% sobre a condenação. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Robson Luz Varella e Newton Varella Júnior.

Florianópolis, 07 de fevereiro de 2017.

Rejane Andersen
PRESIDENTE E RELATORA

RELATÓRIO

Vito Antenor Dorigatti propôs ação de adimplemento contratual em face de Oi S/A, objetivando a condenação da ré ao pagamento da diferença de ações referentes à telefonia móvel e os consectários dela decorrentes.

Regularmente citada, a instituição de telefonia apresentou contestação (fls. 19-61), refutando todos os argumentos apresentados na exordial.

Sentenciando o feito (fls. 100-108), o magistrado singular julgou procedente o pedido inicial.

Inconformada, a Oi S/A interpôs recurso de apelação (fls. 110-129) requerendo, preliminarmente, sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda. No mérito, após alegar a prejudicialidade da análise do caso em razão da ocorrência da prescrição, asseverou: a) não incidência do Código de Defesa do Consumidor e o não cabimento da inversão do ônus da prova; b) a diferença entre os regimes de contratação da participação financeira, PEX e PCT; c) a responsabilidade do acionista controlador e a correção monetária do investimento; d) minoração dos honorários; e) conversão da indenização pela cotação do dia do trânsito em julgado.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 155-172).

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, esclarece-se que o objeto da presente demanda refere-se unicamente à complementação de ações referentes à telefonia celular, bem como os dividendos, bonificações e juros sobre o capital próprio dela decorrentes. Saliento ainda que a decisão vergastada foi proferida ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

1. Preliminar

1.1 Ilegitimidade passiva

Inafastável a legitimidade da ré em relação às ações da telefonia celular.

A autora firmou contrato de participação financeira de telefonia fixa, originariamente, com a Telesc S/A, a qual, conforme informações constantes da peça contestatória, restou cindida em duas companhias: Telesc S/A (responsável pela telefonia fixa) e Telesc Celular S/A (correspondente à telefonia móvel).

Posteriormente, a Telesc Celular S/A foi adquirida, no âmbito do Estado de Santa Catarina, pela Tim Telefonia Celular. Infere-se do item 2.4 do *"Protocolo de Cisão Parcial com Incorporação, pela Telesc Celular S/A., de parcela cindida de Telecomunicações de Santa Catarina S/A – Telesc"* o seguinte:

> Aprovada aquela operação de cisão parcial com incorporação, Telesc Celular aumentará seu capital social no valor estimado de R$ 240.624.304,88, que corresponde ao montante estimado da parcela a ser cindida do patrimônio de Telesc, e emitirá 950.988.314 ações ordinárias e 1.473.153.179 ações preferenciais de classe B, todas sem valor nominal, que serão atribuídas aos acionistas de Telesc nas mesmas proporções de participação detidas, por cada um deles, na sociedade cindida, ou seja, para cada ação de emissão de Telesc, ora detida por cada acionista da referida companhia, ele receberá igual quantidade de ações, de espécie idêntica àquela que hoje possui, de emissão de Telesc Celular, com direitos e vantagens iguais aos que hoje prevalecem na Telesc.

Ademais, o art. 229, § 5º da Lei das Sociedades Anônimas prevê que serão atribuídos a seus titulares as ações integralizadas com parcelas de patrimônio da companhia cindida. Veja-se:

> As ações integralizadas com parcelas de patrimônio da companhia cindida serão atribuídas a seus titulares, em substituição às extintas, na proporção das que possuíam; a atribuição em proporção diferente requer aprovação de todos os titulares, inclusive das ações sem direito a voto.

Nesse sentido, colhe-se de precedente da lavra do Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein:

> O acionista da Telesc S/A, assim, no momento em que a mencionada sociedade cindiu parcialmente o seu capital social, deveria receber, na mesma quantidade e espécie, títulos da Telesc Celular S/A. Em razão da subscrição deficitária das ações decorrentes do contrato de participação financeira em serviço de telefonia, no entanto, a "dobra acionária" também ocorreu a menor.
>
> O STJ, no que é pertinente à concessionária de telefonia de outra Unidade Federativa, decidiu pela legitimidade da Brasil Telecom S/A para responder pelas ações de telefonia celular. Extrai-se da decisão:
>
> 'Este Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que a Celular CRT não responde pelos atos praticados pela antiga CRT. Portanto, a Brasil Telecom S/A, sucessora por incorporação da CRT, é parte legítima para responder pelas ações referentes à Celular CRT Participações S/A' (EDcl no AgRg nos EDcl no REsp n. 659.484/RS, Rel. Min. Castro Filho, DJU de 5-8-2008).
>
> *In casu*, a sociedade incorporada pela Brasil Telecom S/A foi a Telesc S/A, devendo aquela, no mesmo contexto, ser a responsável pela indenização referente às ações de telefonia celular. Fala-se em indenização em razão de ser impossível impor a obrigação de a ré subscrever ações de outra sociedade empresária. (Apelação cível n. 2009.037495-7, da Capital, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 8-10-2009).

No mesmo sentido, tem-se o seguinte entendimento:

> RECURSO ADESIVO DOS AUTORES - DOBRA ACIONÁRIA - TELEFONIA MÓVEL - QUESTÃO NÃO ANALISADA EM PRIMEIRO GRAU - JULGAMENTO *CITRA PETITA* - ANÁLISE EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO - POSSIBILIDADE - EXEGESE DO ART. 515, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - DIREITO DECORRENTE DA CISÃO DA TELESC S/A - LIQUIDAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO COM BASE NA MAIOR COTAÇÃO DAS AÇÕES EM BOLSA NO PERÍODO

> COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA INTEGRALIZAÇÃO E O TRÂNSITO EM JULGADO.
>
> Em decorrência da cisão da Telesc S/A, restou definido que cada acionista receberia ações da empresa de telefonia celular, na mesma quantidade e espécie daquelas oriundas da antiga Telesc S/A. Tendo em vista que a "dobra acionária" também ocorreu a menor, como nos contratos de participação financeira em serviço de telefonia fixa, deve ser acolhida a pretensão também em relação às ações de telefonia móvel. (Apelação Cível n. 2011.013275-8, de Curitibanos, Segunda Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 18-10-2011).

Nunca é demais lembrar que na ocasião da desestatização do serviço telefônico a ré assumiu todas as obrigações da Telecomunicações Santa Catarina – TELESC, o que a obriga a cumprir integralmente o contrato de participação financeira celebrado entre as partes, inclusive nos casos em que as ações foram adquiridas através da Telebrás.

Por oportuno, traz-se à baila trecho do voto do então Desembargador Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, hoje Ministro do STJ:

> De fato, é certo que a TELESC, antiga responsável pelos serviços de telefonia no Estado de Santa Catarina, assumiu a obrigação de emitir em favor das pessoas com quem contratou, as ações respectivas do seu capital social, conforme Cláusula Sexta (Emissão de Ações).
>
> Ao promover a divulgação do Plano de Expansão, referentemente aos investimentos a serem realizados pela Telebrás, a Telesc S/A, gestora dos fundos arrecadados, era obrigada a emitir em favor dos assinantes, as ações reclamadas nesta ação, atuando como fornecedora, o que motiva a aplicação das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor.
>
> Assim, sendo partes contratantes a assinante e a TELESC, não resta dúvida a respeito da legitimidade da Brasil Telecom, como sucessora daquela, em responder pela obrigações assumidas no contrato (Apelação Cível n. 2007.001726-9, de Blumenau, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 3-5-2007).

Ademais, a Brasil Telecom S/A veiculou em diversos meios de comunicação em massa a sua qualidade de sucessora da TELESC e, portanto, perante os consumidores, assumiu a titularidade de todos os serviços prestados pela empresa sucedida, fazendo emergir a teoria da aparência, devendo responder pelas obrigações inerentes à sucessão, como é o caso dos autos.

Sobre o tema, colhe-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Contrato de participação financeira. Serviços de telefonia. Subscrição de ações. Brasil Telecom. Código de Defesa do Consumidor. Súmula nº 05 da Corte. (...)
>
> 3. O contrato de participação financeira era imperativo para a aquisição de serviços de telefonia, embora pudessem as ações ser posteriormente desvinculadas, com o que a oferta ao público estava subordinada aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, vedada a propaganda enganosa. 4. Recurso especial não conhecido (REsp 469410/RS; Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Segunda Seção. Julg. 13-8-2003. DJ 6-10-2003 p. 202).

Assim, legítima a figuração da Brasil Telecom S/A, no pólo passivo da demanda, no que toca às ações da telefonia celular, devendo-se rejeitar a preliminar suscitada.

2. Prejudicial de Mérito

2.1 Prescrição

O togado singular afastou a prescrição e a sentença, nesse ponto, não merece reparo.

Já está pacificado pela Corte Federal de Uniformização o entendimento de que nas demandas (no caso da Brasil Telecom S/A) em que se pretende a complementação do número de ações subscritas a

menor, pelo cunho obrigacional que permeia a relação, deve-se aplicar o prazo prescricional do art. 177 do Código Civil de 1916 ou o do art. 205 do novo Código Civil, dependendo da data da capitalização.

Isso significa concretamente, em sentido contrário do defendido pela recorrente, que não se pode admitir a aplicação do prazo prescricional de três anos de que trata a Lei n. 6.404/1976 e art. 206, §3.º, IV e V do Código Civil, bem como o prazo de cinco anos estipulado no art. 1º-C da Lei n.º 9494/97, acrescido pela Medida Provisória n.º 2.180/2001 e nem reconhecer a prescrição referente ao pedido específico dos dividendos inerentes às ações pleiteadas.

Trata a espécie, de uma ação de cunho eminentemente obrigacional, visto que o inadimplemento contratual por uma das partes, nesse caso da Brasil Telecom S/A (sucessora da TELESC), faz emergir a necessidade da propositura de ação ordinária, para o cumprimento da avença e, sendo assim, é de clareza solar o caráter pessoal da ação.

Exatamente por esta razão, inaplicável o disposto no art. 287, II, g, da Lei n. 6.404/76 (prazo prescricional de três anos), *"porquanto, o citado dispositivo é aplicável às demandas em que a parte autora, na condição de acionista, visa a satisfação de um direito ou a destituição de um dever a ele atribuído naquela qualidade, o que não se observa na espécie sub judice, em que o contratante sequer recebeu as supostas ações faltantes, não gozando, ainda, do status de acionista"* (Apelação Cível n. 2007.001726-9, de Blumenau, Terceira Câmara de Direito Comercial, rel. o então Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. 3-5-2007).

Melhor sorte não assiste a apelante no tocante a possível aplicabilidade do prazo prescricional previsto no art. 1.º-C da Lei n. 9.494/97, acrescido pela Medida Provisória 2.180-35 de 24/08/2001, *"na medida em que ele se aplica à pretensão de 'obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos'; aí, portanto, não incluída a pretensão deduzida*

pelo autor, relativa à obtenção do número de ações não subscritas, obrigação de fazer imputada à apelante que somente será convertida em indenização por perdas e danos em razão da impossibilidade de nova emissão acionária" (Apelação Cível n. 2007.061785-1, da Capital, Primeira Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. 13-3-2008).

A prescrição de três anos prevista no art. 206, §3º, incisos IV e V de igual forma deve ser afastada.

A propósito, assim já decidiu a jurisprudência pátria:

> APELAÇÃO. BRASIL TELECOM. DIFERENÇA ACIONÁRIA. CONTRATO FIRMADO COM A CRT EM 1990. SUBSCRIÇÃO CORRETA.
>
> [...]
>
> 2.Prescrição. Ação de direito pessoal, decorrente de descumprimento de contrato. Prescrição vintenária, no caso concreto, considerando a data de integralização do contrato e as regras de transição do novo Código Civil. Prazo não implementado. Definição que torna insubsistentes os demais prazos prescricionais subsidiariamente invocados. Afastamento das prescrições trienal (do artigo 206, §3º, incisos IV e V, do CCB/02 e da Lei das S/A) e qüinqüenal (da Lei 9.494/97) [...] (Apelação Cível n. 70022129779, Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, rel. Des. Orlando Heemann Júnior, j. 6-12-2007).

Igualmente, não há que se falar de prescrição em relação aos dividendos, porquanto *"é inocorrente o prazo pertinente à prescrição dos dividendos (art. 206, § 3.º, inciso III, do CC), tratando-se de direito obrigacional, cujo prazo é de vinte anos, conforme direito vigente na época. Os dividendos são decorrência lógica da subscrição de ações que não foram emitidas corretamente"* (Apelação Cível n. 70020137451, Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, rel. Des. Paulo Augusto Monte Lopes, j. 4-7-2007).

Nesta senda, deve-se respeitar o prazo prescricional de 20 anos previsto no art. 177, do Código Civil de 1916 ou aquele de 10 anos,

previsto no art. 205, do novo Código Civil, analisada a norma de direito intertemporal do art. 2.028 do Código de 2002, que assim disciplina:

> 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.

No caso em análise, tratando-se de complementação de ações da telefonia móvel, o termo inicial do prazo é a data da cisão parcial do capital, que ocorreu em 30-1-1998. Ou seja, até 11-1-2003 – data da entrada em vigor do novo Código Civil – não havia transcorrido mais da metade do prazo estabelecido no Código de 1916, razão pela qual, aplica-se o prazo de 10 anos previsto no art. 205 do diploma atual, contado de sua vigência.

Sobre o tema, recente precedente desta Corte:

> RECURSO DA EMPRESA DE TELEFONIA. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRETENSÃO DA BRASIL TELECOM EM VER RECONHECIDA A OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO TRIENAL, PREVISTA NO ART. 287, II, "G" DA LEI N. 6.404/76, EM RELAÇÃO ÀS AÇÕES DECORRENTES DA CISÃO DA COMPANHIA. PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA. TERMO INICIAL. DATA DA CISÃO EM 31.01.1998. RELAÇÃO JURÍDICA DE NATUREZA OBRIGACIONAL. APLICAÇÃO DA REGRA GERAL CONTIDA NO ART. 177 DO CC/1916 OU ART. 205 DO CC/2002, OBSERVADO O DISPOSTO NO ART. 2.028 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES DESTA CORTE. PRESCRIÇÃO AFASTADA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> *"A pretensão de cobrança de indenização decorrente de dividendos relativos à subscrição complementar das ações da CRT/Celular CRT prescreve em três anos, nos termos do art. 206, § 3º, inciso III, do Código Civil de 2002, somente começando a correr tal prazo após o reconhecimento do direito à complementação acionária* (REsp nº 1.112.474/RS, relator Min. Luis Felipe Salomão, DJ 11-5-2010).
>
> Se somente a partir de 1998 os acionistas da Telesc S/A passaram a ter assegurado o direito a receber as ações da Telesc Celular S/A, por conta da cisão ocorrida na empresa primitiva, inarredável concluir que, com o

> inadimplemento contratual por parte da empresa de telefonia, o prazo para o exercício do direito de haver, por parte dos acionistas, o montante correspondente à dobra acionária tem como termo inicial a data da cisão, 30/01/98 ou, ainda, em momento posterior, acaso convencionado, mas jamais em data pretérita observando-se, além mais, o prazo prescricional vintenário, bem como a norma de transição insculpida no art. 2.028 da Lei Substantiva Civil." (Apelação Cível n. 2014.073044-3, de Joinville, Terceira Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. 20-11-2014).

Não há, em decorrência, violação ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, I, da CF), por se tratar a demanda de direito pessoal, afastando a regra de prescrição do art. 287, II, g, da Lei n. 6.404/76; do art. 206, § 3º, III, IV e V, do Código Civil; do art. 26 do Código de Defesa do Consumidor.

Afasta-se, pois, a prejudicial suscitada

3. Mérito

a) Código de Defesa do Consumidor e inversão do ônus da prova

É pacífico o entendimento de ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor nos casos em que envolvem a matéria em foco, uma vez que presentes a figura do consumidor e do fornecedor, nos termos dos arts. 2º e 3º, do aludido Código.

Veja-se:

> Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".
>
> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

> [...]
>
> §2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Note-se, como já dito, que o desiderato do apelado era unicamente a aquisição de linha telefônica (o que configura relação de consumo), tendo ele somente investido em ações da então TELESC S/A, porque era o meio imposto por esta para a persecução de seu objetivo.

Ademais, o contrato de participação financeira (objeto do litígio), é um típico contrato de adesão, onde não era possível ao aderente discutir os temos do contrato e, muito menos, fazer outro tipo de opção senão a aquisição conjunta da linha telefônica e das ações da TELESC, sucedida pela Brasil Telecom S/A e, desta maneira, aplicáveis as disposições do arts. 54 e 47, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Aliás, no que tange à sucessão da TELESC pela Brasil Telecom S/A, importante ressaltar, que esta assumiu perante o público (consumidores) o papel de legítima sucessora daquela, procedendo inclusive a campanhas de publicidade em mídia impressa e televisiva o que, por si só, a vincula ao cumprimento do contrato sob análise, nos termos do art. 30 e 35, I, da Lei Consumerista.

> Sobre a aplicação do CDC, precedente do STJ:
>
> PROCESSO CIVIL. AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. INCIDÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.
>
> 1 - A associação que tenha entre suas finalidades institucionais a defesa do consumidor está legitimada a propor ações coletivas que visem à tutela judicial de seus propósitos.
>
> 2 - Em se tratando de contrato de participação financeira para obtenção

> de serviços de telefonia, com cláusula de investimento em ações, não há como afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes.
>
> 3 - Recursos especiais conhecidos (letra "c") e providos (REsp n. 645226/RS, QUARTA TURMA, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 13-12-2005).

Ante o exposto, com fulcro na posição do Superior Tribunal de Justiça, há de se reconhecer a incidência do Código de Defesa do Consumidor em contratos como o dos autos, porquanto configurada a relação de consumo entre as partes.

Em conseqüência, admite-se a inversão do ônus da prova para a juntada dos documentos comuns entre as partes, nos termos do art. 6º, VIII, do referido diploma legal.

b) Diferenças entre os regimes de contratação da participação financeira, PEX e PCT

A apelente alega que os mencionados regimes de contratação da participação financeira em investimento no serviço telefônico possuem diferenças em relação à emissão de ações, além de defender a legalidade das Portarias ns. 86/91, 1.028/96 e 117/91, do extinto Ministério das Comunicações.

O recurso não merece provimento nesse tocante.

Em que pese se possa admitir a existência de diferenças entre os regimes de contratação PEX e PCT – no primeiro o aderente pagava diretamente à concessionária pela aquisição da linha telefônica e no segundo havia a interveniência de uma empresa credenciada pela TELESC – ambos davam ao promitente assinante o direito de retribuição em ações e, dessa maneira, com relação a ambos existe o direito à complementação acionária.

É o entendimento desta Câmara:

> AÇÃO ORDINÁRIA DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL. PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA EM SERVIÇO DE TELEFONIA. SUBSCRIÇÃO DEFICITÁRIA.
>
> PLANO COMUNITÁRIO (PCT). DIFERENÇA EM RELAÇÃO AO PLANO DE EXPANSÃO (PEX) QUE RESIDE NA FORMA DE CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. EMISSÃO DE AÇÕES PRESENTE NAS DUAS MODALIDADES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO TAMBÉM EM RELAÇÃO A ESSES PACTOS. APELO DOS AUTORES PROVIDO.
>
> [...] (Apelação Cível n. 2008.052860-5, de Curitibanos. rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 12-7-2010).

Assim, nega-se provimento ao recurso nesse ponto.

c) Portarias ministeriais e correção monetária do investimento

Sustenta a apelante que o contrato *sub judice* foi devidamente elaborado em consonância com as regras trazidas pelas Portarias Ministeriais n.º 1.361/76, n.º 881/90 e n.º 86/91 (alterada pela Portaria n.º 1.028/96) e encontra-se prevista a correção monetária do valor aportado pelos assinantes, razão pela qual, pleiteia a declaração de legalidade do critério de capitalização adotado.

Entretanto, razão não lhe assiste.

Primeiramente, ressalte-se que a existência das aludidas portarias não impede a revisão, pelo Poder Judiciário, da avença firmada entre as partes com o consequente reconhecimento do direito à complementação de ações ou indenização equivalente.

Da mesma forma, quanto a correção monetária do capital integralizado, o fato é que *"este argumento não ilide a empresa de telefonia de sua*

responsabilidade, pois via de regra, a valorização das ações foi maior do que a correção monetária aplicada sobre o valor despendido pelo assinante, que serve unicamente para recompor desvalorização da moeda, não representando o efetivo acréscimo no valor patrimonial dos direitos societários" (Apelação Cível n. 2007.009284-6, de Blumenau, Terceira Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Gastaldi Buzzi, j. 15-5-2007).

Ademais, como reiteradamente tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, é de se entender que não há nenhuma relação entre o valor patrimonial das ações (que no caso foram subscritas a menor) e os índices oficiais de correção monetária, uma vez que a forma de apuração se dá de maneira específica e diferente entre um e outro.

Neste sentido precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] Nenhuma relação há entre o valor patrimonial da ação e os índices oficiais da correção monetária. Estes são utilizados para atualização de aplicações financeiras ou investimentos, enquanto o valor patrimonial da ação é apurado em balanço patrimonial, por critérios próprios que não necessariamente a inflação. Embargos não conhecidos e agravo regimental improvido (EDcl no REsp 636155/RS, Quarta Turma, rel. Ministro Barros Monteiro, j. 15-12-2005).

Por fim, ressalta-se que a responsabilidade pela complementação acionária é da ré Brasil Telecom S/A - na condição de sucessora da Telesc - que assumiu este passivo através do edital de desestatização do sistema de telefonia, razão pela qual, não se pode alegar agora a responsabilidade da União na condição de acionista controladora.

d) Honorários advocatícios

O togado singular fixou os honorários advocatícios em R$1.500,00, contra o que se insurge a empresa de telefonia pediu a minoração dos honorários.

Esta Corte de Justiça têm entendido que *"(..) em ações de perfazimento obrigacional resultante da subscrição deficitária de ações de empresa de telefonia, os honorários advocatícios não devem ser fixados em valor determinado, mas em percentual, adotado o de 15%, tendo como base de imposição o valor patrimonial das ações a serem complementadas ou, no caso de conversão da obrigação em indenização por perdas e danos, sobre a quantia que, a tal título, vier a ser encontrada na etapa de liquidação"* (Apelação Cível n. 2007.031092-6, de Gaspar, Segunda Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 30-10-2007).

Desta feita, considerando os requisitos do art. 20, §3º do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devem ser fixados em 15% sobre o valor da condenação, uma vez que referido percentual remunera adequadamente o trabalho do advogado.

e) Cálculo indenizatório

Como a decisão de primeiro grau determinou a realização do cálculo indenizatório pela data da cotação do trânsito em julgado, a parte carece de interesse recursal no ponto.

É o voto.

Agravo de Instrumento n. 0144238-50.2015.8.24.0000, da Capital - Bancário

Relator: Desembargador Dinart Francisco Machado

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE REJEITOU A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM AÇÃO DE COBRANÇA DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS DE CONTA POUPANÇA. PLANOS BRESSER, VERÃO, COLLOR I E COLLOR II. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EXCIPIENTE/EXECUTADA.

1 – EXCESSO DE EXECUÇÃO. ALEGAÇÕES DO AGRAVANTE RELACIONADAS COM AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA NO ESTADO DE SÃO PAULO. INCONGRUÊNCIA COM A REALIDADE DOS AUTOS. FALTA DE DIALETICIDADE. OFENSA AO ART. 524, I E II, DO CPC/1973. INOVAÇÃO RECURSAL E AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. EXEGESE DO ART. 932, II, DO CPC/2015. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, NO PONTO.

2 – MULTA DE 10% (DEZ POR CENTO) PRECONIZADA NO ART. 475-J DO CPC/1973. AGRAVANTE QUE, DEVIDAMENTE INTIMADO NA PESSOA DE SEU PROCURADOR, EFETUOU DEPÓSITO APÓS O PRAZO DE 15 (QUINZE) DIAS. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO. INCIDÊNCIA DA MULTA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

"Na fase de cumprimento de sentença, o devedor deverá ser intimado, na pessoa de seu advogado, mediante publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir a multa de 10% (dez por cento) sobre montante da condenação.

Verificada no caso concreto a existência de intimação para pagamento voluntário e constatado o não oferecimento da garantia dentro do prazo legal, adequada a aplicação da penalidade prevista no art. 475-J do código

> Buzaid, correspondente ao art. 523, §1º, da atual Lei Processual Civil." (Agravo de Instrumento n. 0156362-65.2015.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 5-7-2016).
>
> 3 – PREQUESTIONAMENTO. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA ACERCA DE DETERMINADOS DISPOSITIVOS LEGAIS. ANÁLISE REALIZADA EXPLÍCITA OU IMPLICITAMENTE. AUSÊNCIA DE OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 489 DO CPC/2015. DESPROVIMENTO.
>
> RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0144238-50.2015.8.24.0000, da comarca da Capital - Bancário 1ª Vara de Direito Bancário em que é Agravante Banco do Brasil S/A e Agravado Zinder José da Silva, representado por seus herdeiros.

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer em parte do recurso, e, na parte conhecida, negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Robson Luz Varella, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Newton Varella Júnior.

Florianópolis, 25 de abril de 2017.

Desembargador Dinart Francisco Machado
Relator

RELATÓRIO

Banco do Brasil S/A interpôs agravo de instrumento da decisão interlocutória que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta no cumprimento de sentença ajuizado por Zinder José da Silva, representado por seus herdeiros.

Em suas razões recursais, alegou o agravante, em síntese, o excesso de execução, na medida em que o agravado apresenta como devida a quantia de R$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais), enquanto o cálculo do agravante demonstra o valor de R$ 1.533,43 (mil quinhentos e trinta e três reais e quarenta e três centavos). Afirmou que:

(1) O título judicial constitui-se em decisão proferida nos autos da ação civil pública n. 0403263-60.1993.8.25.0053, ajuizada na 6ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo;

(2) O cálculo do agravado encontra-se em total discordância com os parâmetros fixados no título executivo, uma vez que atualizou a diferença por meio da Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo e aplicou juros remuneratórios não abrangidos pela sentença proferida pela sentença proferida pelo d. juízo da 6ª vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo;

(3) O cálculo do agravante considerou a atualização pelos índices oficiais da poupança e o afastamento dos juros moratórios aplicados desde 1993, ante a ausência de constituição em mora do banco agravante de forma individualizada.

Alegou o agravante, ainda, a inaplicabilidade da multa prevista no art. 475-J do CPC/1973, na medida em que efetuou o depósito no prazo legal. Por fim, prequestionou os dispositivos legais.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (fls. 178-182).

O agravado apresentou contraminuta (fls. 186-194).

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão interlocutória que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pelo agravante em cumprimento de sentença.

1 Excesso de execução

A tese de excesso de execução não merece ser conhecida.

Dispõe o art. 932 do CPC/2015:

> Art. 932. Incumbe ao relator:
>
> I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;
>
> II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;
>
> III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;
>
> [...]

Ainda, conforme dispunha o art. 524 do CPC/1973:

> Art. 524. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos:
>
> I - a exposição do fato e do direito;
>
> II - as razões do pedido de reforma da decisão;
>
> III - o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo.

Ora, a legislação processual exige que o agravante exponha os motivos pelo quais a decisão recorrida deve ser modificada.

O caso deste recurso demonstra estarem ausentes os requisitos previstos no art. 524 do CPC/1973, apresentando clara ofensa ao princípio da dialeticidade recursal.

Com efeito.

Em primeiro lugar veja-se que se está diante de um cumprimento de sentença de uma ação ordinária de cobrança dos expurgos inflacionários em razão dos planos econômicos denominados Bresser, Verão, Collor I e Collor II.

Não se trata de cumprimento de sentença de uma ação civil pública como afirma o agravante em sua peça recursal.

Analisando detidamente os autos, verifica-se que o agravado ajuizou em 22-5-2007 a "ação ordinária de cobrança com pedido cominatório" n. 023.07.098482-7, a qual tramitou perante a antiga Unidade de Direito Bancário desta Capital, posteriormente redistribuída à 2ª Vara de Direito Bancário desta comarca. A sentença foi proferida em 24-7-2012 pelo MM. Juiz de Direito Leone Carlos Martins Júnior (fls. 100-105), cujo dispositivo possui o seguinte teor:

> Ante o exposto, nos termos do art. 269, I, CPC, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial para CONDENAR Banco do Brasil S/A a pagar ao autor Zinder José da Silva, representado por seus herdeiros legais, a correção monetária plena em relação aos depósitos efetuados nas contas de poupança do autor: a) a correção monetária plena em relação aos depósitos efetuados nas contas de poupança de titularidade do autor, em relação ao mês de junho/1987, no importe de 26,06%, devendo ser descontado o índice utilizado pelo réu; b) a correção monetária plena em relação aos depósitos efetuados nas contas poupança de titularidade do autor, em relação ao mês de janeiro/1989 no importe de 42,72%, devendo ser descontado o índice utilizado pelo réu; c) a correção monetária plena em relação aos depósitos efetuados nas contas poupança de titularidade do autor, concernente aos meses de março de 1990, no importe de 84,32%, abril e maio de 1990 no montante de 44,80% e 7,87%, até a importância de NCz$ 50.000,00, devendo ser

> descontado o índice utilizado pelo réu; d) a correção monetária plena em relação aos depósitos efetuados nas contas poupança de titularidade do autor, em relação ao mês de fevereiro/1991 no importe de 21,87%, devendo ser descontado o índice utilizado pelo réu. O valor total da condenação deverá ser acrescido de correção monetária (respeitados os índices de 70,28%, 30,46%, 44,80%, 2,49%, 21,87%, 11,79% e 5,01%, relativos aos meses de janeiro/1989, março, abril e maio/1990, fevereiro, março e abril de 1991), bem como juros remuneratórios contratuais no importe de 0,5% (meio por cento) ao mês, capitalizados, a partir do descumprimento da obrigação e juros de mora a partir da citação até a data do efetivo pagamento. Ante o princípio da sucumbência, arca a parte ré com as custas processuais e honorários do Advogado da parte autora, os quais fixo em 20% (vinte por cento) do valor global da condenação.

Ora, totalmente desconexas com a realidade dos autos as alegações e afirmações feitas pelo agravante em suas razões recursais, no sentido de que o título executivo se constitui na sentença e acórdão proferidos na ação civil pública n. 0403263-60.1993.8.25.0053, a qual teria tramitado no Estado de São Paulo, cuja sentença não teria abrangido os juros remuneratórios e na qual a citação teria ocorrido em 1993.

Não se trata de cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública coletiva, e sim, de cumprimento de sentença promovido após a liquidação de sentença, em ação de cobrança que tramitou perante a comarca desta Capital.

Pois bem, para ser admissível o recurso, este deve observar os requisitos do art. 524 e 525 do CPC/1973, inclusive o princípio da dialeticidade.

Segundo magistério de Araken de Assis:

> Entende-se por princípio da dialeticidade o ônus do recorrente motivar o recurso no ato de interposição. Recurso desprovido de causa hábil par subsidiar o pedido de reforma, de invalidação ou de integração do ato impugnado, à semelhança da petição que forma o processo, ou através da qual partes e terceiros deduzem pretensões, in simultaneo processu, revela-se inepto. [...]

> O fundamento do princípio da dialeticidade é curial. Sem cotejar as alegações do recurso e a motivação do ato impugnado, mostrar-se-á impossível ao órgão ad quem avaliar o desacerto do ato, a existência de vício de juízo (error in judicando), o vício de procedimento (error in procedendo) ou o defeito típico que enseja a declaração do provimento. A motivação do recurso delimita a matéria impugnada (art. 515, caput). É essencial, portanto, à predeterminação da extensão e profundidade do efeito devolutivo. Por outro lado, a falta da motivação prejudica o contraditório: desconhecendo as razões do recorrente, o recorrido não pode se opor eficazmente à pretensão recursal.
>
> [...] É preciso que haja simetria entre o decidido e o alegado no recurso. Em outras palavras, a motivação deve ser, a um só tempo, específica, pertinente e atual. Conforme assentou a 1ª Turma do STJ, "é necessária impugnação específica da decisão agravada". [...] (Manual dos recursos. 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 101-103).

Assim, não deve ser conhecido o recurso porque viola o princípio da dialeticidade.

Nesse sentido, colhe-se precedente:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA - CADERNETA DE POUPANÇA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - DECISÃO QUE REJEITA A IMPUGNAÇÃO POR AUSÊNCIA DE GARANTIA DO JUÍZO - INSURGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA. **ALEGADO EXCESSO DE EXECUÇÃO DECORRENTE DA ELABORAÇÃO DO CÁLCULO EM DESACORDO COM O TÍTULO EXECUTIVO - RAZÕES DISSOCIADAS DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO COMBATIDA - OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE - EXEGESE DO ART. 514, INCISO II, DO CPC/1973 (VIGENTE À ÉPOCA DA INTERPOSIÇÃO DO RECLAMO), E, DO ART. 1.016, II, III, DO CPC/2015. RECURSO NÃO CONHECIDO.** (Agravo de Instrumento n. 2015.092842-9, de Içara, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. 19-5-2016).

As teses do agravante para sustentar o excesso de execução, aliás, configuram inovação recursal, na medida em que não foram ventiladas na exceção de pré-executividade e portanto, não foram abordadas na decisão agravada.

Para além disso, é incabível, em sede de exceção de pré-executividade, a discussão de questões cuja arguição é reservada à impugnação ao cumprimento de sentença, dentre elas, o alegado excesso de execução, por determinação expressa do art. 475-L do CPC/1973.

O Superior Tribunal de Justiça admite a exceção de pré-executividade em fase de cumprimento de sentença, todavia exclusivamente quando a matéria for apreciável de ofício.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CABIMENTO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA PELA EG. PRIMEIRA SEÇÃO NO JULGAMENTO DO RECURSO REPETITIVO 1.110.925/SP.
>
> 1. "A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória." (REsp 1.110.925/SP, julgado sob o rito do art. 543-C, do CPC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 04.05.09).
>
> 2. A interposição de agravo manifestamente infundado enseja aplicação da multa prevista no artigo 557 § 2º do Código de Processo Civil.
>
> 3. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa. (AgRg no REsp 1214023 / RS. Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. em 8-11-2011).

Relativamente ao excesso de execução, o entendimento do STJ é no sentido de não ser admitida a discusssão em exceção de pré-executividade, pois matéria reservada à impugnação ao cumprimento de sentença:

> AGRAVO REGIMENTAL - CUMPRIMENTO DA SENTENÇA - EXCESSO DE EXECUÇÃO - ALEGAÇÃO EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE - RECURSO IMPROVIDO (AgRg no REsp n. 1.220.798/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 4-3-2011).
>
> [...] "A exceção de pré-executividade é espécie excepcional de defesa específica do processo de execução, admitida, conforme entendimento da Corte, nas hipóteses em que a nulidade do título possa ser verificada de plano, bem como quanto às questões de ordem pública, pertinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação, desde que desnecessária a dilação probatória" (Resp 915.503/PR, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 26-11-2007) [...] (REsp n. 1.063.211/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 11-11-2010).

Na mesma direção os seguintes precedentes deste Tribunal de Justiça:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OPOSTA CONTRA O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO INDIVIDUAL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANOS ECONÔMICOS. EXCESSO DE EXECUÇÃO. MATÉRIA QUE DEVE SER ARGUIDA EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, APÓS A GARANTIA DO JUÍZO. TEMA RELATIVO À APLICAÇÃO DA MULTA DE 10% (DEZ POR CENTO) DO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL QUE NÃO FOI ANALISADO NO PRIMEIRO GRAU. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 2015.049672-6, de Laguna, rel. Des. Jânio Machado, j. 26-11-2015).

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. PRETENSÃO DE LIQUIDAÇÃO DO JULGADO E

> EXCESSO DE EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO. VIA ELEITA INADEQUADA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 2015.037777-0, da Capital, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, j. 6-10-2015).

> DECISÃO AGRAVADA QUE REJEITOU A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. [...] ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. MATÉRIA QUE DEVE SER DEBATIDA EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, NOS TERMOS DO ART. 475-L DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. (Agravo de Instrumento n. 2015.046254-3, da Capital, rela. Desa. Soraya Nunes Lins, j. 17-9-2015).

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA PROFERIDA EM AÇÃO AJUIZADA PELO INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC) EM BRASÍLIA/DF (AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 1998.01.1.016798-9). EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. DECISÃO QUE REJEITOU A REFERIDA PEÇA DEFENSIVA. RECURSO DA CASA BANCÁRIA EXECUTADA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. VIA INADEQUADA. MATÉRIA QUE DEVE SER DISCUTIDA POR MEIO DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, A TEOR DO 475-L DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO CONHECIMENTO DO RECLAMO QUANTO A ESTE PONTO. [...] (Agravo de Instrumento n. 2015.040468-2, da Capital, rel. Des. Tulio Pinheiro, j. 27-8-2015).

Todavia, ressalto que os argumentos do agravante estão em dissonância com os fundamentos da decisão agravada, nem sequer tendo rebatido a tese de impossibilidade de alegação do excesso de execução na via de exceção de pré-executividade.

Destarte, não deve ser conhecido o recurso no que toca à tese de excesso de execução, com fundamento no art. 932, III, do CPC/2015, por não apresentar congruência com a real situação dos autos e não impugnar especificamente os fundamentos da decisão vergastada, além de configurar inovação recursal e supressão de instância.

2 Multa do art. 475-J do CPC/1973

Outrossim, o agravo deve ser conhecido no que toca ao pedido de afastamento da multa do art. 475-J do CPC/1973.

Na decisão agravada, o Juízo *a quo* determinou a incidência da multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J do CPC/1973, porquanto o depósito realizado pela instituição financeira se deu após o término do prazo de 15 (quinze) dias para pagamento voluntário.

Alega o agravante que realizou o pagamento no prazo legal, ou seja, 15 (quinze) dias a contar da intimação do devedor, por meio de seu procurador, para efetuar o pagamento.

Pois bem, assim dispõe o art. 475-J do CPC/1973, vigente há época da decisão agravada:

> Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

No caso em apreço, o agravante foi devidamente intimado, na pessoa de seu procurador, para, em 15 (quinze) dias, pagar o valor total do débito, sob pena de multa de 10% (dez por cento) sobre o montante global da execução, nos termos do art. 475-J do CPC/1973 (fl. 116-v.).

De acordo com a certidão de publicação de relação de fl. 117, o prazo de 15 dias teve início em 28-3-2014 e término em 11-4-2014.

Todavia, de acordo com o comprovante de depósito de fl. 142, apresentado juntamente com a exceção de pré-executividade, o pagamento ocorreu em 29-4-2014, portanto muito tempo além do prazo legal.

Anoto ainda que a instituição financeira apresentou outro comprovante de depósito, realizado em 9-5-2014 (fl. 118-v.), ou seja, também fora do prazo de 15 dias que findara em 11-4-2014. Assim, não há como acolher a tese do agravante de que realizou o pagamento no prazo legal, devendo, portanto, ser mantida a decisão agravada que determinou a incidência da multa preconizada no art. 475-J do CPC/1973.

Colhe-se precedente:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - DECISÃO QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO DA EMPRESA DE TELEFONIA, A QUAL FOI PROFERIDA SOB A ÉGIDE DO REGRAMENTO PROCESSUAL CIVIL DE 1973. [...]
>
> **APLICABILIDADE DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC/73 (EQUIVALENTE AO ART. 523, §1º, DA NOVA CODIFICAÇÃO) - EXISTÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA PAGAMENTO VOLUNTÁRIO - DEPÓSITO NÃO REALIZADO NO LAPSO TEMPORAL PREVISTO NA LEGISLAÇÃO - COMINAÇÃO DA PENALIDADE INAFASTÁVEL - ENTENDIMENTO CONSOLIDADO - IRRESIGNAÇÃO NÃO ACOLHIDA.**
>
> **Na fase de cumprimento de sentença, o devedor deverá ser intimado, na pessoa de seu advogado, mediante publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir a multa de 10% (dez por cento) sobre montante da condenação.**
>
> **Verificada no caso concreto a existência de intimação para pagamento voluntário e constatado o não oferecimento da garantia dentro do prazo legal, adequada a aplicação da penalidade prevista no art. 475-J do código Buzaid, correspondente ao art. 523, §1º, da atual Lei Processual Civil.**

> PREQUESTIONAMENTO - PEDIDO GENÉRICO E DESPIDO DE FUNDAMENTAÇÃO - EXEGESE DO ART. 524, I E II, DO ANTIGO CÓDIGO DE RITOS (ART. 1.016, II E III, DA NOVA "LEX") - INCONFORMISMO NÃO CONHECIDO NO PARTICULAR. Conforme disposição do art. 524, I e II, da já revogada Lei Adjetiva Civil (correspondente ao art. 1.016, II e III, da legislação hodierna), o agravo de instrumento deve, obrigatoriamente, conter os fundamentos de fato e de direito com base nos quais o recorrente pretende a reforma da decisão. (Agravo de Instrumento n. 0156362-65.2015.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 5-7-2016, grifei).

Registro que o MM. Juiz *a quo* determinou, na decisão agravada, fosse certificado acerca da existência de valores depositados em "conta ouro" (fl. 174-verso), devendo eventual pagamento em duplicidade ser esclarecido perante o Juízo *a quo*.

O recurso, portanto, merece ser desprovido no que se refere ao pedido de afastamento da multa de 10% (dez por cento) preconizada no art. 475-J do CPC/1973.

3 Prequestionamento

Por fim, anoto que não se faz necessária a manifestação expressa acerca de todos os dispositivos legais invocados para configuração do pressuposto de prequestionamento, mesmo porque "o julgador não é obrigado a examinar todos os dispositivos indicados pelo recorrente nem responder um a um os argumentos invocados, se apenas um deles é suficiente para a solução da lide, em prejuízo dos demais" (STJ, EDcl no AgRg no RCDESP no RE nos EDcl nos EDcl no REsp n. 626.033/PI, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, j. 23-11-2006).

O atual Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), em seu art. 489, § 1º, dispõe:

> § 1º 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 (grifei).

No caso destes autos, nenhum dos argumentos deduzidos pelas partes, que eventualmente não tenham sido expressamente enfrentados no acórdão, seriam capazes de infirmar a conclusão adotada pelo relator.

Da mesma forma, não se verifica colisão de normas que pudessem determinar que se aplicasse o disposto no § 2º do art. 489 do CPC/2015: "no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão".

Por outro lado, todas as questões suscitadas pelas partes foram consideradas para o julgamento, explícita ou implicitamente, devendo a decisão ser interpretada pela conjugação de todos os seus elementos, consoante esclarece o § 3º do art. 489 do CPC/2015: "a decisão judicial

deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé".

Contudo, deixo consignada a ausência de violação aos artigos citados nas razões de apelação, que foram examinados e considerados para o julgamento do presente feito de forma explícita ou implícita.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer parcialmente do recurso e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

Apelação Cível n. 0009052-97.2010.8.24.0075, de Tubarão
Relator: Des. Newton Varella Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CHEQUE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA EMBARGADA.

CASO CONCRETO QUE VERSA SOBRE CHEQUE QUE TERIA SIDO EXTRAVIADO E FALSIFICADO.

ALEGAÇÃO DE QUE O TÍTULO NÃO É FALSIFICADO. TESE RECHAÇADA. ASSINATURA QUE DESTOA DA IDENTIDADE E DEMAIS DOCUMENTOS ENCARTADOS NOS AUTOS. ÔNUS DA COMPROVAÇÃO DA AUTENTICIDADE QUE INCUMBIRIA AO QUE INSTRUIU O FEITO COM A CÁRTULA. OBSERVÂNCIA DO ART. 389, INCISO II, DO REVOGADO DIPLOMA PROCESSUAL. CÁRTULA QUE APARENTEMENTE NÃO CIRCULOU. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CAUSA DA EMISSÃO. APELADO QUE DILIGENTEMENTE COMUNICOU A OCORRÊNCIA DO EXTRAVIO E SUSTOU O PAGAMENTO DA CAMBIAL. DESAPOSSAMENTO QUE PRIVA O CHEQUE DE EFICÁCIA CASO O PORTADOR ESTEJA IMBUÍDO DE MÁ-FÉ. INTELIGÊNCIA DO ART. 24 DA LEI N. 7.357/1985. VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA CONSTATADA. OBSÉQUIO AO PRINCÍPIO DA ETICIDADE PRECONIZADO POR MIGUEL REALE. AUTONOMIA DO TÍTULO PREJUDICADA. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS INCENSURÁVEL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE.

REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM R$ 1.500,00. EXCESSIVIDADE AFASTADA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA. ARBITRAMENTO EQUITATIVO. APLICAÇÃO DO ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO

> BUZAID. LONGO TRÂMITE DO FEITO SOMADO AO ESFORÇO DEFENSIVO NA CAUSA QUE JUSTIFICA O VALOR FIXADO.
>
> IRRESIGNAÇÃO DESPROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0009052-97.2010.8.24.0075, da comarca de Tubarão (3ª Vara Cível), em que é apelante Casas Fretta Ltda., e apelado João Paulo Pereira:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao Recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 20 de junho de 2017, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 23 de junho de 2017.

Newton Varella Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta pela embargada Casas Fretta Ltda., insurgindo-se contra a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Tubarão, que, nos autos dos embargos à execução n. 0009052-97.2010.8.24.0075, julgou o feito nos seguintes termos, em sua parte dispositiva:

> Diante do exposto, JULGO PROCEDENTES os embargos opostos por JOÃO PAULO PEREIRA contra CASAS FRETTA LTDA, para o fim de desconstituir a execução proposta, nos termos do art. 269, I, do CPC.
>
> Em consequência, JULGO EXTINTA A EXECUÇÃO, nos termos do art. 267, VI, do CPC, considerando o exequente carecedor de ação.

> CONDENO a embargada ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).
>
> Publique-se. Registre-se. Intime-se.
>
> Com trânsito em julgado, devolva-se ao executado o valor penhorado e arquive-se.
>
> (fls. 75-76).

Em suas razões, em suma, sustenta que: 1) a compra realizada pelo Apelado ocorreu em 23-12-2009, ocasião em que emitiu o cheque executado; 2) a assinatura lançada no título executivo é a mesma da carteira de identidade, sendo o emissor do título; 3) o Recorrido não tomou as cautelas a tempo e modo, o que afasta a verossimilhança nas alegações; 4) apesar da afirmação de extravio dos documentos em 21-12-2009, a comunicação da perda foi dada em 25-12-2009, sendo que sustou o pagamento apenas em 28-12-2009; 5) não houve comprovação do extravio dos demais cheques; 6) o boletim de ocorrência é confeccionado através de narrativas unilaterais; 7) tratando-se de arguição de falsidade da assinatura, o ônus da prova é do Apelado; 8) apesar do extravio, o cheque é título autônomo; e 9) o valor dos honorários é exorbitante, devendo ser reduzido, pois a causa é singela, não houve instrução e houve apenas apresentação de embargos.

Pugnou, assim, pela reforma da sentença.

Houve apresentação de contrarrazões (fls. 94-100).

É o necessário escorço.

VOTO

Reconheço a presença dos requisitos de cognoscibilidade.

Nego, porém, provimento ao Apelo.

Com efeito, *data venia*, ainda que se considerasse a assinatura da identidade como parâmetro (fl. 12), que o Apelado desde o início alega não ser mais a mesma (fl. 4), não vejo similaridade com aquela aposta no cheque (fl. 14 da execução), sendo claramente destoante, *ictu oculi*, daquela que seria a atual constante na declaração de hipossuficiência (fl. 8), boletim de ocorrência (fl. 10) e procuração (fl. 35 da execução).

Nesse contexto, por ser manifestamente inverossímil a tese advogada, não há necessidade de produção probatória para demonstrar a falsificação da cártula pelo aspecto fático-probatório.

Ainda que assim não fosse, todavia, ao contrário do alegado, destaco que o art. 389, inciso II, do Código Buzaid é categórico de que o ônus da prova de quando há contestação da assinatura, a fim de comprovar sua autenticidade, incumbe "à parte que produziu o documento", entendido aqui o termo "produziu" como aquele que instruiu os autos com o documento e quer fazer dele um meio de prova.

Sob esse viés, aliás, atento que, embora autônomo, o cheque, como qualquer fato jurídico, não surge *ex nihilo*, de maneira que seria curial bem esclarecer a causa da emissão, no que, entretanto, juntou-se apenas uma nota fiscal de venda despida de assinatura do suposto comprador (fl. 13 da execução), o que igualmente repele a higidez do saque do título.

Ressalto que o carimbo e uma assinatura de um posto de combustível no seu verso, como se tivesse circulado, tornam ainda mais nebulosa a origem da cambial.

Presente esse quadro, avulta manifesta a falta de cuidado objetivo exigido por parte da Apelante, tendo aceitado o saque de um cheque no valor vultoso de R$ 1.999,00 para o pagamento integral da compra, sem ter-se acautelado idoneamente da procedência e legitimidade do emitente.

Assim, além da culpa no recebimento da cártula, também sobrelevo que o Recorrido tomou, sim, as precauções que lhe cabiam, pois que,

tendo acontecido extravio em 21-12-2009, comunicou a ocorrência ainda em 25-12-2009 (fls. 9-10) e, após, sustou o pagamento em 28-12-2009 (fl. 11) — assim como das demais cártulas do mesmo talonário (fls. 47-62).

Nessa conjuntura, embora o Apelado não tenha imediatamente diligenciado os cuidados necessários, como efetivamente os tomou, seria um exagero fazer-se dos poucos dias de diferença, em pleno final de ano, um motivo para derruir o que os harmônicos elementos indiciários apontam: houve extravio do cheque, o saque foi ilícito e o recebimento foi culposo.

A suposta unilateralidade do boletim de ocorrência, portanto, ainda que verídica, não deve ser tomada como meio único ou principal de prova, senão mais um no contexto probatório dos autos. Por outro lado, quanto à ausência de informações da sustação dos demais cheques que também teriam sido extraviados, é certo que não altera a realidade do extravio daquele que foi falsificado e objeto da execução.

Quanto à autonomia dos cheques, a seu turno, e aqui reside a principal *quaestio iuris* da lide, o art. 24 da Lei n. 7.357/1985 ressalva sua aplicabilidade ao portador de má-fé, *in verbis*:

> Desapossado alguém de um cheque, em virtude de qualquer evento, novo portador legitimado não está obrigado a restituí-lo, se não o adquiriu de má-fé.
>
> (grifei).

Dessa forma, ainda que a lei vise a resguardar a circulação da cambial, um limite razoável é quando há má-fé por parte do beneficiário, o que foi cabalmente demonstrado no caso: tanto na ausência de esclarecimento acerca da relação fundamental que teria dado ensejo ao saque, que aliás sequer parece ter circulado, sem que haja ofensa a direitos de terceiros, quanto na carência de cuidado no recebimento de pagamento de vultosa quantia sem precaver-se da legitimidade do emitente.

A má-fé aqui, portanto, não deve ser tomada apenas na noção imediata e mais gravosa do dolo direto, mas equivale igualmente ao que seria o dolo eventual ou culpa grave, isto é, redundando na violação da boa-fé objetiva esperada no trato comercial, em franca violação ao princípio da eticidade, que rege o sistema civil como todo, propugnado pelo jurisfilósofo Miguel Reale, coordenador-geral do novo Código Civil.

Por certo, ainda que o comerciante visa ao lucro acima de todas as coisas, não pode fechar os olhos para os negócios firmados à sua vista, sobretudo quando há o potencial risco de afligir terceiros e geração de enriquecimento à custa do patrimônio de outrem.

Nessa ordem de ideias, a autonomia do cheque deve efetivamente ceder à má-fé que empolgou seu saque e levou ao seu recebimento.

Assim, há de ser mantido incólume o acolhimento dos embargos.

Por fim, no que toca à minoração dos honorários advocatícios, ante o princípio da sucumbência, deverá incidir *in totum* sobre a pessoa da Apelante, tendo sido fixados, por apreciação equitativa, conforme disciplina o art. 20, §§ 3º e 4º, do Código Buzaid, em R$ 1.500,00 (fl. 76).

Entendo, porém, que também não comporta reforma.

Deveras, ainda que o valor da cártula seja próximo ou que a discussão não tenha exigido maiores digressões dogmáticas, o fato é que o feito teve início ainda no ano de 2010 (fl. 2), pelo que a pendência da causa e seu acompanhamento desde então não podem ser desconsiderados, residindo neste "custo do tempo" um fator economicamente apreciável.

Por outro lado, reparo que houve não só a apresentação dos embargos (fls. 2-8), mas também réplica (fls. 43-46), comparecimento a uma audiência de conciliação (fl. 71) e, por fim, o oferecimento de contrarrazões recursais (fls. 94-100), o que também evidencia o sério esforço na defesa da causa.

Sopesadas essas variáveis, à luz da equidade, penso que o montante não se afigura excessivo, devendo ser prestigiada a atividade advocatícia desempenhada no caso.

Ante o exposto, conhece-se e nega-se provimento ao Recurso.

É como voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0300669-26.2015.8.24.0061, de São Francisco do Sul
Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA PARA AQUISIÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA. COMPLEMENTAÇÃO DAS AÇÕES EMITIDAS DE FORMA DEFICITÁRIA. SENTENÇA DE: EXTINÇÃO DO PROCESSO EM RELAÇÃO A UM DOS DOIS CONTRATOS OBJETO DA LIDE, AO FUNDAMENTO DE PRESCRIÇÃO; EXTINÇÃO DO FEITO NO QUE PERTINE AO PEDIDO DE DOBRA ACIONÁRIA ORIUNDA DA DIVISÃO DAS AÇÕES EM TELEFONIA FIXA E MÓVEL, AO FUNDAMENTO DE QUE PRESCRITA A PRETENSÃO; PARCIAL PROCEDÊNCIA NO TOCANTE À AVENÇA REMANESCENTE.

APELAÇÃO DA DEMANDADA.

PEDIDO DE APRECIAÇÃO DO AGRAVO RETIDO. RECLAMO INEXISTENTE. PLEITO DISSOCIADO DOS AUTOS.

ALEGADA ILEGITIMIDADE PASSIVA. DESCABIMENTO. RECORRENTE QUE, NA CONDIÇÃO DE SUCESSORA, ASSUMIU DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA EXTINTA TELESC S.A.. RESPONSABILIZAÇÃO DA UNIÃO, POR VIA DE CONSEQUÊNCIA, REPELIDA.

REQUERIDO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. POSICIONAMENTO PACÍFICO NO TRIBUNAL DA CIDADANIA E NESTE SODALÍCIO DE QUE A PRETENSÃO É DE NATUREZA PESSOAL E PRESCREVE NOS PRAZOS PREVISTOS NO ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E NO ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, VERIFICADA A REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028 DESTE ÚLTIMO *CODEX*.

AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. MARCO INICIAL DA PRESCRIÇÃO A COMPUTAR DA DATA DA CAPITALIZAÇÃO A MENOR. HIPÓTESE EM QUE O LAPSO EXTINTIVO RESTOU INTERROMPIDO PELO MANEJO DE AÇÃO PRETÉRITA JULGADA EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO AO FUNDAMENTO DE ILEGITIMIDADE ATIVA, A QUAL TEVE O CONDÃO DE INTERROMPER O TRANSCURSO DO PERÍODO PRESCRITIVO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE.

AVENTADA PRESCRIÇÃO QUANTO AOS DIVIDENDOS. INACOLHIMENTO. PRAZO TRIENAL, NOS TERMOS DO ART. 206, § 3º, INC. III, DO CÓDIGO CIVIL, A CONTAR DO RECONHECIMENTO DO DIREITO À COMPLEMENTAÇÃO ACIONÁRIA.

SUSTENTADA INAPLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE.

ALEGAÇÃO DE QUE A CAPITALIZAÇÃO DAS AÇÕES SE DEU EM CONSONÂNCIA A ATO JURÍDICO PERFEITO E ACABADO, EM REFERÊNCIA A PORTARIAS EMITIDAS PELO GOVERNO FEDERAL. IRRELEVÂNCIA. ATOS MINISTERIAIS QUE, ALÉM DE AFRONTAREM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS, NÃO VINCULAM O PODER JUDICIÁRIO. PROCEDÊNCIA DA DEMANDA, ADEMAIS, FULCRADA NA DOCUMENTAÇÃO ANEXADA AOS AUTOS.

ASSERTIVA DE QUE, EM CASO DE CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER EM INDENIZAÇÃO, DEVE SER CONSIDERADO O VALOR DAS AÇÕES EM BOLSA, COTADO NA DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. ACOLHIMENTO. JULGADOS DO TRIBUNAL DA CIDADANIA E DESTA CORTE QUE BALIZAM TAL ENTENDIMENTO.

TENCIONADA MODIFICAÇÃO DO CÁLCULO DOS HONORÁRIOS, OBJETIVANDO APLICAÇÃO DO PATAMAR PREVISTO NO ART. 20, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CABIMENTO. POSICIONAMENTO DESTA CORTE NO SENTIDO DE QUE A VERBA HONORÁRIA NAS AÇÕES COMO A PRESENTE DEVE SER FIXADA EM 15% (QUINZE POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO, RESSALVADO O TETO FIXADO EM SENTENÇA.

PREQUESTIONAMENTO. TEMÁTICAS SUSCITADAS EXAMINADAS À SACIEDADE E DE FORMA FUNDAMENTADA. APRECIAÇÃO DE TODOS OS ARGUMENTOS E DISPOSITIVOS APONTADOS PELOS LITIGANTES DESNECESSÁRIA, QUANDO INCAPAZES DE INFIRMAR A CONCLUSÃO ADOTADA PELO JULGADOR.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PORÇÃO, NÃO PROVIDO.

NECESSIDADE DE FIXAÇÃO, *EX OFFICIO*, DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS.

SENTENÇA PUBLICADA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPOSIÇÃO DO ART. 85, §§ 1º E 11, DA NORMA PROCESSUAL. SUCUMBÊNCIA RECURSAL DA PARTE APELANTE. VERBA FIXADA MAJORADA EM 5% (CINCO POR CENTO).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300669-26.2015.8.24.0061, da Comarca de São Francisco do Sul (1ª Vara Cível), em que é Apelante Brasil Telecom S/A, e Apelado Paulo Manoel de Oliveira, representado por Valtrudes de Oliveira (sua curadora):

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, **1)** conhecer parcialmente do recurso de apelação – não conhecido no tocante ao pedido de exame do agravo retido, porquanto dissociado dos

autos – e dar-lhe parcial provimento, a fim de: **a)** determinar que, em caso de conversão de obrigação de fazer em perdas e danos, seja adotado o valor da ação – cotado na Bolsa de Valores na data do trânsito em julgado do presente –, o qual deverá ser multiplicado pelo número de títulos faltantes, devendo o produto de tal operação ser corrigido monetariamente, a partir da apuração do preço dos valores mobiliários no pregão (fechamento), mediante os índices oficiais, e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação; **b)** modificar a verba honorária para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, respeitado o teto estipulado na sentença, sob pena de *reformatio in pejus;* **2)** majorar, de ofício, em 5% (cinco por cento), os honorários advocatícios fixados em favor dos patronos da parte demandante, conforme disposto no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil vigente. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva e a Exma. Sra. Des.ª Denise de Souza Luiz Francoski.

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2017.

Desembargador Tulio Pinheiro
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

No Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de São Francisco do Sul, Paulo Manoel de Oliveira, representado por Valtrudes de Oliveira, sua curadora, propôs ação de adimplemento contratual em face de Brasil Telecom S.A. (atual Oi S/A), objetivando, em suma, a condenação da ré a proceder à complementação da subscrição da quantidade de ações e, subsidiariamente, a condenação da acionada ao pagamento de indenização concernente à diferença de ações que teria direito. Pediu,

também, a subscrição das ações da Telesc Celular emitidas em favor dos acionistas da Telesc em 31/1/1998, com a conversão das ações para Tim Participações e, subsidiariamente, a entrega das ações da Telebrás ou da empresa Telecomunicações Brasileira, tudo com bonificações, ágios, cisões, incorporações, acrescido de correção monetária, juros de mora e demais cominações legais (fls. 1/21). Com a peça exordial, juntou documentos (fls. 22/44 e 48/53).

Na sequência, o magistrado deferiu os benefícios da justiça gratuita e ordenou a citação da ré, com comando para que esta, no prazo para resposta, apresentasse cópia do contrato de participação financeira firmado, sob as penas do art. 359 do Código de Processo Civil de 1973 (fl. 54).

Citada, a demandada ofertou defesa em forma de contestação (fls. 60/104) e encartou ao processado relatórios de informações cadastrais (fls. 148/149).

Houve réplica (fls. 154/166).

Intimada a apresentar cópia da inicial do Processo n. 038.09.025819-0, para fins de análise da prescrição (fl. 167), a parte autora deu cumprimento à determinação (fls. 174/190).

Na sequência, já sob a égide do atual Código de Processo Civil, o MM. Juiz Felippi Ambrósio sentenciou o feito (fls. 191/211), o que fez nos seguintes termos:

> (...) Em face do que foi dito:
>
> **a) julgo extinto o processo** no que refere ao contrato ilustrado na radiografia da fl. 149, com lastro no art. 487, II, do Código de Processo Civil;
>
> **b) julgo extinto o processo** no que refere ao pedido de dobra acionária oriundo da divisão das ações em telefonia fixa e móvel, com lastro no art. 487, II, do Código de Processo Civil;

> **c) julgo procedentes** em parte os pedidos formulados em relação ao contrato ilustrado na radiografia da fl. 148 para condenar a ré ao pagamento de indenização por perdas e danos em valor equivalente ao número de ações a que teria o autor direito, desde a data da assinatura do respectivo contrato, com base no balancete do mês do primeiro ou único pagamento, acrescidos de correção monetária segundo os índices informados pela Corregedoria-Geral da Justiça, a partir da data em que as ações deveriam ter sido subscritas, e juros de mora de 1% ao mês (CC, art. 406), estes contados a partir da citação (CC, art. 397, parágrafo único), bem como condenar a ré ao pagamento dos dividendos, bonificações e juros sobre capital próprio, desde a data em que deveria ter ocorrido o pagamento, considerando-se a diferença das ações.
>
> Diante da sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas processuais de forma proporcional, em 50% para cada litigante. Condeno, ainda, as partes ao pagamento de honorários advocatícios ao causídico do adverso, arbitrando o valor para cada qual em R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais). Suspensa, contudo, a exigibilidade das verbas em relação ao autor, porque beneficiário da Justiça Gratuita. (...) (fls. 209/210) (destaques conforme original).

Inconformada com a prestação jurisdicional, a companhia de telefonia recorreu. Preliminarmente, postulou a apreciação e o provimento do agravo retido que aduziu ter interposto. No mais, defendeu: a ilegitimidade passiva *ad causam*, bem assim a responsabilização da União, acionista controladora; a prescrição da ação; a prescrição em relação aos dividendos; a não incidência do Código de Defesa do Consumidor; a improcedência do pedido em razão da legalidade das portarias ministeriais vigentes à época da contratação; a modificação do critério de cálculo adotado na hipótese de conversão da obrigação de fazer em perdas e danos; a redução dos honorários sucumbenciais fixados; a manifestação expressa acerca de todos os dispositivos legais que fundamentarem a decisão deste Tribunal, para fins de prequestionamento (fls. 215/254).

Com as contrarrazões (fls. 304/316), subiram os autos a esta Corte.

Por fim, a douta Procuradoria-Geral da Justiça, em parecer lavrado pelo Exmo. Sr. Dr. Newton Henrique Trennepohl, opinou pela devolução do caderno processual a esta Corte, sem manifestação, por entender que no caso em testilha é dispensável a intervenção do Ministério Público (fl. 322).

Este é o relatório.

VOTO

Para melhor análise, o recurso será examinado por tópicos.

Do agravo retido.

Verifica-se que a demandada, no recurso de apelação interposto, requereu o conhecimento e o provimento do agravo retido, nos termos do artigo 523 do Código de Processo Civil de 1973.

Todavia, tal requerimento afigura-se dissociado, haja vista não ter havido a interposição de precitado reclamo no caderno processual.

Nesta senda, colhe-se da jurisprudência:

> APELAÇÃO CIVEL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRIMEIRA FASE. CONTRATO DE CONTA CORRENTE. **AGRAVO RETIDO. POSTULAÇÃO PRELIMINAR. RECURSO INEXISTENTE NOS AUTOS. Não se acolhe pedido de conhecimento de recurso de agravo retido, quando inexistente interposição.** INTERESSE PROCESSUAL. DEVER DE PRESTAR CONTAS. Não há interesse processual à prestação de contas, em virtude de contrato de cartão de crédito ou de conta corrente, quando a parte autora não aponta dúvidas fundadas sobre os lançamentos informados. A súmula 259 do STJ não significa que o contratante esteja autorizado a formular pedido. (TJRS, Apelação Cível n. 70043655620, rel.ª Des.ª Elaine Maria Canto da Fonseca, j. em 14.6.2012) (destacou-se).

Diante desse quadro, não se conhece do pedido.

Da ilegitimidade passiva.

Sustenta a empresa de telefonia que não poderia figurar no polo passivo da demanda e, por via de consequência, ser obrigada a complementar as ações, na medida em que a iniciativa privada, ao adquirir o controle das companhias telefônicas, responsabilizou-se, de forma expressa, unicamente pelo passivo conhecido e relacionado nos balanços anteriores das referidas estatais, ficando as dívidas não consignadas ou desconhecidas naquele tempo ao encargo da TELEBRÁS S.A ou da TELESC S.A..

Ocorre que o contrato de participação financeira restou firmado entre a parte autora e a TELESC S.A., ora sucedida pela empresa ré, e não com a TELEBRÁS S.A., o que a torna legítima para figurar no polo passivo da demanda.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já uniformizou jurisprudência no sentido de que:

> (...) "a Brasil Telecom S/A, como sucessora de empresa estatal prestadora de serviços de telecomunicações, é parte legítima para compor o polo passivo da lide, devendo responder pelas obrigações assumidas no contrato de participação financeira firmado entre a sociedade empresária sucedida e a parte demandante" (AgRg no Ag n. 1288782/SC, rel. Min. João Otávio de Noronha) (vide: Resp 1191480/SC, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Resp 1112474/RS (Repetitivo), rel. Min. Luis Felipe Salomão).

No mesmo sentido, vem decidindo esta Corte que: "sendo incontroverso o fato de que a Brasil Telecom S/A é a sucessora da empresa Telesc S/A, que firmou contrato(s) de participação financeira com a parte requerente, evidencia-se, de plano, a legitimidade passiva daquela para responder aos termos desta ação" (Apelação Cível n. 2008.053293-4, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 9.10.2008). (Confira-se também: Apelação Cível n. 2009.072219-6, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein; Apelação Cível n.

2010.010255-6, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa; Apelação Cível n. 2010.073160-1, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler).

E, mesmo que as ações tivessem sido emitidas pela TELEBRÁS S.A. ao invés da TELESC S.A., os contratos de participação financeira em investimentos em serviço telefônico foram celebrados com esta última, sendo sua sucessora a Brasil Telecom, pelo que não se verifica qualquer óbice na opção de se exigir o adimplemento contratual junto a empresa demandada (vide: Apelação Cível n. 2009.002599-9, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. 8.1.2010; Apelação Cível n. 2011.086601-7, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. em 27.1.2012).

Também não há falar em responsabilizar a União, acionista controladora à época da pactuação, quanto ao cumprimento da obrigação requerida na exordial. Isto porque a pretensão ora analisada direciona-se à emissão de ações por força do adimplemento contratual, obrigação essa que, nos termos do dispositivo decisório, poderá ser resolvida em perdas e danos.

Em outras palavras, não se cuida, aqui, de ação de indenização em face de ato danoso do acionista controlador, tal qual prevê o art. 117 da Lei das Sociedades por Ações, mas de ação de adimplemento contratual a ser enfrentada unicamente pelos pactuantes ou seus sucessores, configurando-se inócuo o argumento suscitado.

No mais, repita-se, cediço que a legitimidade para responder pela emissão acionária deficitária é da Brasil Telecom S.A., sucessora da empresa estatal prestadora de serviços de telecomunicações TELESC S.A..

Logo, rejeita-se a prefacial aventada.

Da prescrição da ação.

A concessionária apelante tenciona o reconhecimento da prescrição da ação, por força dos arts. 287, inc. II, "g", da Lei n. 6.404/76, 1º-C da Lei n. 9.494/97, 206, § 3º, incs. IV e V, do Código Civil e 27 da Lei n.

8.078/90, defendendo, no ponto, a aplicação do princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, e inc. I, da Constituição Federal de 1988).

Inicialmente, cabe colacionar o posicionamento consolidado no Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte de que "nas demandas em que se discute o direito à complementação de ações em face do descumprimento de contrato de participação financeira firmado com sociedade anônima, a pretensão é de natureza pessoal e prescreve nos prazos previstos no artigo 177 do Código Civil revogado e artigos 205 e 2.028 do Novo Código Civil (REsp 1.033.241/RS)" (AgRg no AREsp n. 33.333/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão), pelo que não há falar em violação ao princípio da isonomia ao se deixar de aplicar a prescrição prevista na legislação societária, mesmo porque relativas a situações jurídicas distintas, com prazos prescricionais diferentes (Apelação Cível n. 2011.078593-7, rel. Des. Volnei Celso Tomazini).

Conclui-se, portanto, que o prazo prescricional nas ações de subscrição das ações emitidas a menor será de 20 (vinte) anos, a teor do art. 177 do Código Civil de 1916 ou, consoante a regra de transição do prazo prescricional constante do art. 2.028 do atual Código Civil, de 10 (dez) anos, segundo disposto o art. 205 do Código Civil vigente, devendo, ainda, atentar-se à regra de que, nos casos em que aplicável o prazo do novo Código Civil, este conta-se a partir da entrada em vigor da nova legislação (v.g. Apelação Cível n. 2010.010397-4, rel. Des. Robson Luz Varella).

Vale registrar que a data inicial para a contagem da prescrição, nas ações de adimplemento contratual, é da capitalização a menor, e não da assinatura do contrato (TJSC, Apelação Cível n. 2009.070363-9, rel. Des. Jânio Machado).

Na hipótese, tem-se que as ações referentes ao contrato cuja demanda foi julgada parcialmente procedente foram capitalizadas em 30.4.1999 (vide relatório de informações cadastrais de fl. 148). E,

verificando não ter transcorrido mais da metade do tempo prescricional estabelecido entre a referida data e o dia da entrada em vigor do atual Código Civil (11.1.2003), aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, a contar, agora, do dia em que a nova codificação civilista passou a vigorar (v.g.: STF, RE n. 79.327-5, rel. Min. Antonio Neder).

Deve ser salientado neste tocante, ainda, que precedentemente ao aforamento desta ação, a parte autora já havia se valido de ação de adimplemento contratual pretérita julgada extinta sem resolução do mérito (ao fundamento de ilegitimidade ativa (por falta de provas mínimas da existência da relação negocial) [vide julgamento da Apelação Cível n. 2012.025278-5, fls. 23/30]), a qual, por apresentar citação válida, teve o condão de acarretar a interrupção do lapso prescricional.

Tal regramento – interrupção do prazo prescricional pelo manejo de demanda precedente extinta sem resolução do mérito – pode ser extraído da leitura combinada dos arts. 219 do Código de Processo Civil de 1973 (então vigente) e 202, inc. V, do Código Civil. Veja-se:

> Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.
>
> § 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.
>
> (...)
>
> Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: (...) V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

Acerca da matéria, já teve oportunidade de se pronunciar esta Corte de Justiça, arrimada em precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS PROMOVIDA POR ACIONISTA DE SOCIEDADE ANÔNIMA EM DESFAVOR DE OUTROS

ACIONISTAS. AJUSTE DE COMPRA E VENDA DE AÇÕES. SENTENÇA QUE RECONHECEU, DE OFÍCIO, A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INICIAL, NOS TERMOS DO ART. 206 §3º, INCISOS IV E V DO CÓDIGO CIVIL. CONCORDÂNCIA DA PARTE APELANTE COM O PRAZO PRESCRICIONAL APLICADO NA SENTENÇA BEM COMO COM O MARCO INICIAL DE SUA CONTAGEM. INSURGÊNCIA QUE SE LIMITA AO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO, QUAL SEJA, PROPOSITURA DE AÇÃO PRECEDENTE, JULGADA EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. OCORRÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO INCISO I, DO ART. 202 DO CÓDIGO CIVIL C/C O ART. 219, §§ 1º E 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROPOSITURA DE AÇÃO ANTERIOR QUE POSSUI O CONDÃO DE INTERROMPER A PRESCRIÇÃO PARA A AÇÃO POSTERIOR, AINDA QUANDO EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA. INEXISTÊNCIA DE INÉRCIA DA PARTE. PRECEDENTES DO STJ. PRESCRIÇÃO AFASTADA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS RÉUS. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DO FEITO POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. REMESSA DOS AUTOS À ORIGEM. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Extrai-se do art. 202 do Código de Direito Material: "A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual". Segundo os ensinamentos de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery "A prescrição interrompida recomeça a correr: a) do ato que a interrompeu; b) do último ato do processo que a interromper" (in Código de Processo Civil Comentado, 10ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pg. 469). Por outro lado, o art. 219 do Código *Buzaid* prescreve: "A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. "(...) **1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, mesmo sendo extinto o processo por ilegitimidade da parte, a citação válida possui o condão de interromper a prescrição, por haver inclusive aparência de correta propositura da ação. Precedentes. 2. Agravo**

> **regimental a que se nega provimento (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 781186/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. em 03.08.11). "(...) 1. Nos termos do artigo 219, caput e § 1º, do CPC e de acordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, exceto nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 267 do CPC, a citação válida em processo extinto sem julgamento do mérito importa na interrupção do prazo prescricional, que volta a correr com o trânsito em julgado da sentença de extinção do processo. Precedentes** (...) (Recurso Especial n. 1091539/AP, Terceira Seção, Rel. Min. Maria Theresa de Assis Moura, j. em 26.11.08). Logo, na hipótese dos autos, de qualquer ângulo que se analise, a prescrição não se configurou, uma vez que entre a data do surgimento da pretensão - 22 de novembro de 2005, com a negativa de pagamento da indenização pela Tuper S/A - e a data da propositura da ação, não transcorreu o prazo prescricional de 03 (três) anos a que se referem os incisos IV e V, do § 3º, do art. 206, do Código Civil, diante da causa interruptiva descrita no inciso I, do art. 202 do mesmo diploma legal. Por outro lado, mesmo que se considerasse a data da propositura da presente demanda - 18.12.09 - a pretensão indenizatória da parte autora igualmente não estaria prescrita, pois como a primeira ação proposta ainda não transitou em julgado - uma vez que o apelo que atacou a sentença extintiva da primeira demanda foi também apreciado nesta data - ainda não começou a fluir o prazo prescricional interrompido. (Apelação Cível n. 2010.034237-0, rel.ª Des.ª Rejane Andersen, j. em 7.5.2013) (enlevou-se).

Vale gizar, outrossim, nos termos do trecho negritado e sublinhado no precedente imediatamente transcrito, que, nestes casos (em que há o manejo de anterior demanda extinta sem resolução do mérito por ilegitimidade ativa, com citação válida), o reinício do cômputo do prazo prescricional ocorre com o término do processo pretérito, nos termos da dicção do parágrafo único do art. 202 do novo Código Civil, *in verbis: "A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper."*.

E, na hipótese, a partir dos informes constantes do SAJ – Sistema de Automação do Judiciário, tem-se que a demanda anterior extinta

sem resolução do mérito, registrada sob o Número 038.09.025819-0, foi distribuída em 30.6.2009 e apresentou citação válida, tendo havido, assim, a interrupção do lapso prescricional, o qual retroagiu à data da propositura de precitada demanda e teve seu cômputo retomado com o trânsito em julgado desta, ocorrido em 8.1.2013.

Acerca da temática, colige-se do Tribunal da Cidadania:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO ACIDENTE PESSOAL. AJUIZAMENTO DE ANTERIOR DEMANDA, COM CITAÇÃO VÁLIDA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO ANTE A ILEGITIMIDADE PASSIVA. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. **Esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento de que a citação válida, excepcionando-se as causas do art. 267, II e III, do Código de Processo Civil, interrompe a prescrição. 2. Na presente hipótese, mesmo tendo sido extinta sem resolução de mérito a ação anteriormente proposta, a citação no prazo e na forma da lei processual é suficiente a obstar a suscitada prescrição e viabilizar o prosseguimento do feito.** 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 316.215/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 11.6.2013, DJe 18.6.2013) (frisou-se).

Também:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTERRUPÇÃO. CITAÇÃO VÁLIDA. SUBSTITUTO PROCESSUAL. SINDICATO. ILEGITIMIDADE DA PARTE. RECOMEÇO DO PRAZO PELA METADE. NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. É cediço que a citação válida tem o condão de interromper a prescrição, excepcionando-se as causas do art. 267, II e III, do Código de Processo Civil, quais sejam, negligência das partes e abandono de causa. 2. A citação válida ocorrida no processo movido pelo sindicato, com o mesmo objeto da ação individual, ainda que tenha sido julgado extinto sem resolução do mérito em face da ilegitimidade ativa *ad causam*, configurou causa

> interruptiva do prazo prescricional para propositura da ação individual. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 54.953/AP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 2.10.2012, DJe 15.10.2012).
>
> Neste passo, tendo a presente demanda sido promovida em 17.3.2015 (fl. 1), ou seja, dentro do prazo prescricional reiniciado, tem-se por inocorrente o lapso extintivo.

Logo, inviável o reconhecimento da prescrição.

Da prescrição da ação relativamente ao pedido de dividendos.

Postula a demandada o reconhecimento da prescrição no que tange ao pedido de dividendos.

O pleito não merece acolhida.

É que, segundo o posicionamento do Tribunal da Cidadania:

> (...) "a pretensão de cobrança de indenização decorrente de dividendos relativos à subscrição complementar das ações prescreve em três anos, nos termos do art. 206, § 3º, III, do Código Civil de 2002, **somente começando a correr tal prazo após o reconhecimento do direito à complementação acionária"** (...) (REsp n. 1.112.474/RS e REsp n. 1.034.255/RS, rel. Min. Luiz Felipe Salomão) (frisou-se).

O entendimento deste Sodalício não destoa:

> AÇÃO SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. (...) PRESCRIÇÃO. PREJUDICIAL DE MÉRITO – inaplicabilidade das disposições do art. 287, inc. II, letra "g", da Lei 6.404/76, introduzido pela Lei 10.303/2001, que prevê prescrição trienal. O litígio travado nos autos é de natureza pessoal, envolvendo o não cumprimento integral do contrato, daí por que deve prevalecer a regra do art. 177 do CC/16 e 205 da Lei Substantiva atual. **Não, há, do mesmo modo, prescrição dos dividendos, justo que o prazo do art. 206, § 3º, inc. III, do Código Civil vigente somente começa a fluir quando transitada em julgado a sentença que acolhe o pleito de diferença acionária.** (...) (Apelação Cível n. 2011.086594-3, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber) (destacou-se).

Logo, impraticável dar acolhida ao pleito.

Da prescrição da ação relativamente ao pedido de dividendos.

Requer a acionada o reconhecimento da prescrição no que tange ao pedido de dividendos.

O pleito não merece acolhida.

É que, segundo o posicionamento do Tribunal da Cidadania:

> (...) "a pretensão de cobrança de indenização decorrente de dividendos relativos à subscrição complementar das ações prescreve em três anos, nos termos do art. 206, § 3º, III, do Código Civil de 2002, **somente começando a correr tal prazo após o reconhecimento do direito à complementação acionária"** (...) (REsp n. 1.112.474/RS e REsp n. 1.034.255/RS, rel. Min. Luiz Felipe Salomão) (frisou-se).
>
> O entendimento deste Sodalício não destoa:
>
> AÇÃO SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. (...) PRESCRIÇÃO. PREJUDICIAL DE MÉRITO – inaplicabilidade das disposições do art. 287, inc. II, letra "g", da Lei 6.404/76, introduzido pela Lei 10.303/2001, que prevê prescrição trienal. O litígio travado nos autos é de natureza pessoal, envolvendo o não cumprimento integral do contrato, daí por que deve prevalecer a regra do art. 177 do CC/16 e 205 da Lei Substantiva atual. **Não, há, do mesmo modo, prescrição dos dividendos, justo que o prazo do art. 206, § 3º, inc. III, do Código Civil vigente somente começa a fluir quando transitada em julgado a sentença que acolhe o pleito de diferença acionária.** (...) (Apelação Cível n. 2011.086594-3, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber) (destacou-se).

Logo, impraticável dar acolhida ao pleito.

Da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Sustenta a companhia de telefonia que a relação contratual entre as partes não é de consumo, mas de caráter exclusivamente societário, já que se trata de contrato de participação financeira e investimento

em sociedade anônima, cuja matéria deve ser tutelada pela legislação societária.

Todavia, tanto esta Corte de Justiça como o Superior Tribunal de Justiça sedimentaram entendimento segundo o qual *"o Código de Defesa do Consumidor incide na relação jurídica posta a exame (contrato de participação financeira), porquanto, não basta que o consumidor esteja rotulado de sócio e formalmente anexado a uma Sociedade Anônima para que seja afastado o vínculo de consumo. Além da presença de interesse coletivo existe, na hipótese, a prestação de serviços consistente na administração de recursos de terceiros, a evidenciar a relação de consumo encoberta pela relação societária"* (REsp 600784/RS, rel.ª Min.ª Nancy Andrighi). Logo, não há falar em violação ao art. 2º do Código de Defesa do Consumidor.

E sendo ao presente caso aplicável o Código de Defesa do Consumidor, plenamente possível, inclusive, desde que existente a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência, a inversão do ônus probante, a teor do art. 6º, inc. VIII, do referido diploma legal.

Da legalidade das portarias ministeriais e da alegada violação ao ato jurídico perfeito e acabado.

Alega a recorrente que a capitalização das ações se deu em consonância com portarias emitidas pelo Ministério da Infra-Estrutura, devendo, portanto, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito e acabado, ser julgada improcedente a ação.

Todavia, não assiste razão à demandada.

O simples fato de as portarias ministeriais acima referidas terem determinado a correção monetária do investimento efetuado pela parte autora, em nada a exime do dever de efetuar a complementação patrimonial em virtude da subscrição deficitária.

Ora, o próprio direito em haver a subscrição realizada a menor se deve porque a empresa de telefonia, ao trazer em seu contrato cláusula

abusiva consistente em prever a subscrição acionária meses após a contratação e o aporte financeiro, contrariou não só o Código de Defesa do Consumidor, ao causar inegável lesão e desequilíbrio contratual, como também disposição expressa na Lei das Sociedades Anônimas (art. 170, §1º), segundo a qual o valor da ação deve ser aquele vigente ao tempo da integralização, e não definido em posterior balanço (vide: Apelação Cível n. 2011.020539-8, rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi).

Nunca é tarde recordar que: *"as disposições encontradas em portarias ministeriais não vinculam o Judiciário, o que importa afirmar que elas não inviabilizam o direito do acionista de receber a complementação tão reclamada"* (TJSC, Apelação Cível n. 2011.064896-9, rel. Des. Jânio Machado).

Assim sendo, *"a alegação de legalidade da conduta, em razão da observância às disposições de Portarias Ministeriais, não merece prosperar, uma vez que os mencionados atos administrativos não são aplicáveis quando contrários a dispositivos normativos (TJSC, Ap. Cív. n. 2008.059719-8, de Itajaí, rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, DJe de 14-11-2008), bem como, à luz da legislação vigente, a complementação posterior das ações, ou sua eventual indenização, é amplamente cabível"* (Apelação Cível n. 2010.075314-0, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein), pelo que não há falar em violação ao ato jurídico perfeito e acabado (vide: Apelação Cível n. 2010.067401-9, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 8.3.2012).

Saliente-se, ademais, que o acolhimento da pretensão principal (complementação das ações emitidas em quantidade inferior quando da aquisição da linha telefônica pela parte autora) encontra-se satisfatoriamente demonstrado pelos elementos carreados, notadamente pelo documento de fl. 148, o qual evidencia que a TELESC S.A. efetivamente recebeu os valores para integralização do capital, mas não realizou a subscrição na mesma data.

Neste passo, em tendo havido datas diversas entre a integralização dos valores adimplidos e a subscrição acionária, inarredável a conclusão de que houve prejuízo, pois, em razão do tempo em que o capital investido

esteve em poder da empresa sucedida pela ré, não só o valor dos títulos de investimento aumentaram, como também deixou a parte autora de perceber pela valorização das ações que lhe eram devidas, mas que não foram emitidas.

Logo, explícito o direito do recorrido em ter complementadas as ações não subscritas, resultantes da diferença entre o valor que deveria ser subscrito e aquele emitido à época.

Da indenização.

Defende a recorrente que, em caso de conversão da obrigação de fazer (subscrição da diferença das ações) em perdas e danos, o valor acionário deve ser apurado na data do trânsito em julgado do decreto objurgado.

Razão lhe assiste.

É que, segundo o posicionamento do Tribunal da Cidadania, em caso de conversão da obrigação de fazer em perdas e danos, o valor da ação – cotado na Bolsa de Valores na data do trânsito em julgado do presente – deverá ser multiplicado pelo número de títulos faltantes, devendo o produto de tal operação ser corrigido monetariamente, a partir da apuração do preço dos valores mobiliários no pregão (fechamento), mediante os índices oficiais, e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês (art. 406 do CC vigente combinado com o art. 161, § 1º, do CTN), a contar da citação (art. 219 do CPC/1973 [art. 240 do NCPC] e art. 405 do CC em vigor).

A propósito, traz-se à colação precedente desta Câmara, embasado em julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> (...) INDENIZAÇÃO. EXEGESE DO DISPOSTO NO ART. 633 DO CPC. CÁLCULO DE ACORDO COM O PREÇO DE MERCADO DAS AÇÕES. POSSIBILIDADE. CONSIDERAÇÃO DA MELHOR COTAÇÃO EM BOLSA, CONTADO DA DATA DO TRÂNSITO

> EM JULGADO DA DECISÃO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO DESPROVIDO.
>
> "Não sendo possível a entrega das ações, seja em relação à telefonia fixa, seja em referência à telefonia móvel, uma forma de se resolver o problema é estabelecer-se que o valor da indenização será o resultado do produto da quantidade de ações multiplicado pela sua cotação na Bolsa de Valores, exatamente do dia do trânsito em julgado da demanda, ou seja, o valor da ação na Bolsa de Valores no dia em que o acionista passou a ter o direito irrecorrível de comercializá-las ou aliená-las. Encontrado esse valor, o mesmo deve ser corrigido monetariamente a partir do pregão da Bolsa de Valores do dia do trânsito em julgado e juros legais desde a citação." (STJ, REsp n. 1.025.298/RS, Ministro Massami Uyeda). (...) (Apelação Cível n. 2011.068336-5, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 1º.03.12).

Ainda, com expressa referência a julgamento de recurso repetitivo, cita-se:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS. CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO. COTAÇÃO EM BOLSA NA DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A Segunda Seção firmou, em sede de julgamento de recurso especial repetitivo, a tese de que "Converte-se a obrigação de subscrever ações em perdas e danos multiplicando-se o número de ações devidas pela cotação destas no fechamento do pregão da Bolsa de Valores no dia do trânsito em julgado da ação de complementação de ações, com juros de mora desde a citação" (REsp 1.301.989/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 19/3/2014). 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgRg no AREsp n. 801.637/RS, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 10.5.2016, DJe 27.5.2016) (sublinhou-se).

Urge ressaltar, ainda, como bem lembrado em decisão da lavra do Exmo. Des. Ricardo Fontes, que "em caso de sucessão de sociedades

empresárias, a cotação em Bolsa empregada será aquela atinente às ações da companhia sucessora, *in casu*, da Brasil Telecom S/A." (Apelação Cível n. 2012.009299-0).

Pelo exposto, determina-se que, em caso de conversão de obrigação de fazer em perdas e danos, seja adotado o valor da ação – cotado na Bolsa de Valores na data do trânsito em julgado do presente –, o qual deverá ser multiplicado pelo número de títulos faltantes, devendo o produto de tal operação ser corrigido monetariamente, a partir da apuração do preço dos valores mobiliários no pregão (fechamento), mediante os índices oficiais, e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação.

Da verba honorária.

Recorre a concessionária da decisão singular que fixou o valor de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para a remuneração sucumbencial do causídico.

De fato, o arbitramento por equidade não coaduna com jurisprudência desta Corte no sentido de que, em ações de adimplemento contratual resultante de contrato de participação financeira para aquisição de linha telefônica, o percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação mostra-se adequado e suficiente para remunerar com dignidade o encargo profissional.

Contudo, mister ressalvar que tal percentual não deve resultar em valor acima de R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), sob pena de reformatio in pejus. Neste sentido, colhe-se deste Sodalício:

> (...) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PLEITO DE MINORAÇÃO. ALTERAÇÃO PROCEDIDA. FIXAÇÃO EM 15% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 20, § 3º, DO CPC. QUANTIA QUE NÃO PODERÁ ULTRAPASSAR O *QUANTUM* ARBITRADO NA SENTENÇA, SOB PENA DE VIOLAÇÃO À PROIBIÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS*. "(...) em

> ações de perfazimento obrigacional resultante da subscrição deficitária de ações de empresa de telefonia, os honorários advocatícios não devem ser fixados em valor determinado, mas em percentual, adotado o de 15%, tendo como base de imposição o valor patrimonial das ações a serem complementadas ou, no caso de conversão da obrigação em indenização por perdas e danos, sobre a quantia que, a tal título, vier a ser encontrada na etapa de liquidação" (Des. Trindade dos Santos). (Apelação Cível n. 2011.056728-1, rel. Des. José Carlos Carsten Köhler).

Dessa feita, a decisão combatida deve ser reformada a fim de que os honorários advocatícios sejam fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, respeitado o teto arbitrado em sentença.

Do prequestionamento.

Por fim, a apelante pretende o prequestionamento dos dispositivos legais tratados no presente recurso.

A providência, todavia, é desnecessária, na medida em que o acórdão analisou as temáticas suscitadas pelos contendores à saciedade, pontuando as razões de decidir de forma fundamentada, com respaldo no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.

Não fosse apenas isso, nos termos do que dispõem os arts. 927, § 1º, c/c 489, § 1º, inc. IV, ambos do Código de Processo Civil de 2015, *"é desnecessária a apreciação de todos os argumentos e os dispositivos legais apontados pelos litigantes quando não são capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador"* (Apelação n. 0500035-48.2011.8.24.0041, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. em 23.6.2016).

Dos honorários advocatícios recursais.

Por fim, uma vez que a decisão combatida foi publicada após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, à luz do Enunciado Administrativo n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, revela-se necessária a majoração dos honorários advocatícios arbitrados em favor dos causídicos da parte apelada, que se manteve vencedora com o desprovimento do

recurso, pelo trabalho adicional em grau recursal, por força do que dispõe o seu art. 85, §§ 1º e 11, *in verbis*:

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
>
> § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.
>
> (...) § 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. (grifou-se).

Sobre o alcance do precitado dispositivo, que se trata de inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil, vale dizer que ele *"busca atingir duas finalidades: (i) a primeira delas consiste na tentativa de impedir recursos infundados e meramente protelatórios, pois a parte que desta forma agir sofrerá imposições pecuniárias adicionais; (ii) de outro lado, quer-se que haja a remuneração gradativa do trabalho do advogado. A regra, portanto, apresenta dúplice caráter, tanto punitivo como remuneratório"* (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 191).

Sedimentado isso, passa-se à fixação dos honorários sucumbenciais recursais, conforme os parâmetros estabelecidos no § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil vigente. Veja-se:

> § 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.

No caso, observa-se que os causídicos da parte requerente atuaram com zelo, apresentando as contrarrazões ao apelo da empresa requerida; os autos tiveram tramitação inicial física, com possibilidade de peticionamento eletrônico, e digital; as matérias aventadas no reclamo são objeto de muitos outros recursos nesta Corte, estando pacificadas na jurisprudência pátria; o recurso tramitou em tempo razoável.

Diante disso, tem-se que a verba honorária sucumbencial fixada deve ser majorada em 5% (cinco por cento).

Conclusão.

Ante o exposto, impõe-se: **1)** não conhecer do pedido de exame do agravo retido; **2)** conhecer do recurso de apelação para dar-lhe parcial provimento, a fim de: **a)** determinar que, em caso de conversão de obrigação de fazer em perdas e danos, seja adotado o valor da ação – cotado na Bolsa de Valores na data do trânsito em julgado do presente –, o qual deverá ser multiplicado pelo número de títulos faltantes, devendo o produto de tal operação ser corrigido monetariamente, a partir da apuração do preço dos valores mobiliários no pregão (fechamento), mediante os índices oficiais, e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação; modificar a verba honorária para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, respeitado o teto estipulado na sentença, sob pena de *reformatio in pejus;* **3)** majorar, de ofício, os honorários advocatícios fixados, devidos aos patronos da parte demandante, em 5% (cinco por cento), conforme disposto no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil vigente.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 0150280-52.2014.8.24.0000 Criciúma
Relatora: Desa. Subst. Denise de Souza Luiz Francoski

AGRAVO DE INSTRUMENTO.

AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL.

COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES DERIVADAS DA PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA JUNTO À EMPRESA DE TELEFONIA.

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

DECISÃO QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO OPOSTA PELA EMPRESA DE TELEFONIA E HOMOLOGOU O CÁLCULO ELABORADO PELO CONTADOR JUDICIAL.

INSURGÊNCIA DA DEVEDORA.

1) ALEGAÇÃO DE QUE O VALOR DO CONTRATO UTILIZADO PELO CONTADOR JUDICIAL NÃO CORRESPONDE AO *QUANTUM* ESTIPULADO NO INSTRUMENTO NA DATA DA SUA ASSINATURA.

TESE ACOLHIDA.

CONTRATO CELEBRADO NA MODALIDADE "PLANTA COMUNITÁRIA DE TELEFONIA (PCT)". VALOR DESTINADO À REMUNERAÇÃO DO INTERMEDIÁRIO RESPONSÁVEL PELA IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE COMUNICAÇÃO QUE DEVE SER ABATIDO DO MONTANTE DESEMBOLSADO PELO ADQUIRENTE QUANDO DA PACTUAÇÃO DO AJUSTE. "VALOR INTEGRALIZADO" QUE NÃO CORRESPONDE AO NÚMERO DE AÇÕES DEVIDAS. UTILIZAÇÃO DO MONTANTE DESCRITO NA RADIOGRAFIA, CORRESPONDENTE AO "VALOR MÁXIMO NACIONAL" DETERMINADO PELO DEPARTAMENTO NACIONAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS, DEFINIDO EM PORTARIA MINISTERIAL VIGENTE NA

ÉPOCA DA CONTRATAÇÃO. CONTADOR JUDICIAL QUE DEVE PROCEDER NOVO CÁLCULO COM BASE NESTAS DIRETRIZES.

2) PRETENSA INCIDÊNCIA DOS RENDIMENTOS (DIVIDENDOS, BONIFICAÇÕES E JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO) LIMITADA À DATA DE CONVERSÃO DAS AÇÕES EM PERDAS E DANOS.

TESE AFASTADA.

DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA N. 1.301.989/RS (TEMA 658): *"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*".

3) ALEGAÇÃO DE QUE NO CÁLCULO REALIZADO PELO *EXPERT* DO JUÍZO FORAM INCLUÍDAS PARCELAS NÃO DEFERIDAS. NÃO REALIZAÇÃO DO DESCONTO NAS AÇÕES DA DOBRA ACIONÁRIA DAS QUE JÁ FORAM EMITIDAS NA ÉPOCA DA CAPITALIZAÇÃO.

TESE AFASTADA.

CAPITALIZAÇÃO QUE OCORREU APENAS APÓS A CISÃO DA EMPRESA TELESC S/A EM TELESC CELULAR S/A. CREDOR/EXEQUENTE QUE FAZ JUS À TOTALIDADE DAS AÇÕES, CONFORME AS ORIENTAÇÕES DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA DESTE TRIBUNAL.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO A FIM DE CONSIDERAR NO CÁLCULO DO MONTANTE A SER INDENIZADO, A TÍTULO DE VALOR DO CONTRATO, O VALOR DESCRITO NA RADIOGRAFIA (R$ 1.117,63), QUE EQUIVALE AO *QUANTUM* MÁXIMO DE

COMERCIALIZAÇÃO DEFINIDO PARA A ÉPOCA, E, POR CONSEGUINTE, DETERMINAR NOVAMENTE O ENVIO DOS AUTOS À CONTADORIA JUDICIAL (ART. 475-B, § 3º, DO CPC/1973; CORRESPONDENTE AO ART. 524, § 2º, DO CPC/1973), PARA A REALIZAÇÃO DE NOVO CÁLCULO, DE ACORDO COM O DISPOSTO NO TÍTULO EXEQUENDO E NO PRESENTE JULGADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0150280-52.2014.8.24.0000, da comarca de Criciúma 2ª Vara Cível em que é Agravante OI S/A e Agravado Valdir Fernandes.

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento a fim de considerar no cálculo do montante a ser indenizado, a título de valor do contrato, o valor descrito na radiografia (R$ 1.117,63), que equivale ao *quantum* máximo de comercialização definido para a época, e, por conseguinte, determinar novamente o envio dos autos à contadoria judicial (art. 475-B, § 3º, do CPC/1973; correspondente ao art. 524, § 2º, do CPC/1973), para a realização de novo cálculo, de acordo com o disposto no título exequendo e no presente julgado. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Tulio Pinheiro, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 1º de junho de 2017.

Denise de Souza Luiz Francoski
Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de **agravo de instrumento** interposto por **Oi S/A** contra decisão que rejeitou a **impugnação ao cumprimento de sentença n. 020.08.010447-9/004**, e homologou o cálculo elaborado pelo contador judicial, em que figura como parte impugnada **Valdir Fernandes**.

Alegou: a) que o valor do contrato utilizado pelo contador judicial (R$ 1.370,00) não corresponde ao montante do pacto na data da sua assinatura (20/3/1995 – R$ 1.117,63); b) que os rendimentos (dividendos, bonificações e juros sobre o capital próprio) devem ter sua incidência limitada à data de conversão das ações em perdas e danos; c) a inclusão de parcelas não deferidas no cálculo de diferença das ações de telefonia móvel, porquanto não foram descontadas as ações emitidas na época da capitalização.

Pleiteou pela concessão do efeito suspensivo à decisão recorrida e, ao final, o provimento do recurso a fim de que seja desconsiderado o cálculo elaborado pelo contador judicial e acatado o cálculo apresentado pela ora recorrente.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo pela Câmara Civil Especial (fls. 43/45), o agravado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar as contrarrazões (fl. 49).

Este é o relatório.

VOTO

VOTO

2.1 Admissibilidade

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Outrossim, cumpre ressaltar, que para a análise do presente recurso será aplicada a legislação vigente à época da decisão recorrida, bem como da interposição do reclamo, no caso, o Código de Processo Civil de 1973,

nos termos do art. 14 da novel legislação, em vigor desde 18 de março de 2016 (Lei n. 13.105/2015).

2.2 Mérito

O presente agravo de instrumento foi interposto pela empresa de telefonia contra decisão que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença que opôs e homologou o cálculo elaborado pelo contador do juízo.

a) Valor do Contrato

Sustentou a empresa de telefonia recorrente que o valor do contrato utilizado pelo contador judicial (R$ 1.370,00) não corresponde ao valor do contrato na data da sua assinatura (20/3/1995 – R$ 1.117,63).

Sobre a questão, colhe-se do corpo do acórdão proferido pelo Desembargador Túlio Pinheiro no Agravo de Instrumento n. 0018029-02.2016.8.24.0000, na qual esta Câmara consolidou entendimento a respeito das diferentes modalidades de contratação para aquisição de linha telefônica.

Veja-se:

> [...].
>
> Ocorre, todavia, que se trata de contrato de participação financeira realizado na modalidade de Planta Comunitária de Telefonia - PCT, hipótese na qual o valor desembolsado pelo adquirente da linha telefônica não corresponde necessariamente ao montante a ser convertido em ações.
>
> Sabe-se que no referido programa, diferentemente, do Plano de Expansão - PEX, em que os promitentes-assinantes (futuros usuários) firmavam contrato de participação financeira diretamente com as concessionárias de telefonia, dava-se a celebração de três contratos distintos: o primeiro, chamado de Contrato de Empreitada Global, acordado entre a Comunidade (grupo de pessoas, devidamente organizado em forma de associação, interessadas em obter a prestação do serviço telefônico,

por meio de contratos individualizados de assinatura, em uma mesma e determinada área), ou a Prefeitura, e uma empresa credenciada pela concessionária de telefonia, denominada de "empreendedor', com a finalidade de implantação, por esta, de toda a estrutura do sistema telefônico, recebendo o empreendedor, em contrapartida, o direito à comercialização dos terminais da localidade; o segundo - Contrato de Participação Financeira - firmado entre a companhia credenciada e os futuros usuários de telefonia para aquisição da linha telefônica, os quais, além de filiarem-se compulsoriamente à associação ao ensejo da assinatura, desembolsavam certa quantia, a título de participação financeira, como forma de contribuição para a expansão e melhoramento do serviço; e o terceiro, denominado de Contrato de Promessa de Entroncamento e Absorção de Rede, ajustado entre a Comunidade e a empresa de telefonia, com o objetivo de garantir a disponibilidade de entroncamento da "Planta Comunitária" com a Rede Nacional de Telefonia, e de ativar comercialmente a rede de telefonia, após avaliada, aceita a obra e transferida ao acervo da concessionária, assumindo esta as responsabilidades inerentes à exploração do serviço telefônico público.

Verifica-se, pois, que os promitentes-assinantes não firmavam contrato de participação financeira com a empresa de telefonia, mas sim com empreendedor, representando a associação devidamente constituída, que detinha o direito exclusivo de comercialização das linhas telefônicas na localidade onde o programa seria implantado, no qual os usuários adquiriam não só o direito de uso de terminal telefônico, como também tornavam-se, em retribuição ao investimento, acionistas da empresa de telefonia quando incorporados os bens da Comunidade (rede de telefonia) ao patrimônio da concessionária.

Todavia, nem toda a quantia despendida pelo consumidor era a título de participação financeira, ou seja, revertida em ações. As portarias que regulamentavam a implantação da Planta Comunitária de Telefonia estabeleciam que a remuneração da concessionária como contrapartida à absorção da planta deveria ser feita em ações diretamente para os usuários e era *"limitada ao valor máximo de participação financeira por ela praticado em sua área de concessão"* (Portaria n. 117 da Secretaria Nacional de Comunicações, de 13 de agosto de 1991, DOU 14.8.1991, pág. 16473).

> Referida limitação dava-se porque a Comunidade e o empreendedor, no Contrato de Empreitada Global, eram os entes que estabeleciam qual o montante a ser pago para implantar a rede de telefonia, o qual nem sempre se mostrava idêntico ao valor total de participação financeira definido pela concessionária do serviço telefônico para a localidade.
>
> Havia, inclusive, determinação de que, na hipótese de aquele exceder o valor de participação financeira, a importância a mais recebida pela empresa credenciada seria assumida pela Comunidade - e, por via de consequência, pelos promitentes-assinantes (associados) no preço do contrato firmado com o empreendedor -, sem indenização de qualquer tipo por parte TELEBRÁS S.A. ou pela concessionária (Norma Específica de Telecomunicações n. 004/DNPU, de abril de 1991, DOU 24.4.1991, págs. 7560/7561, c/c com a Prática n. 201-200-001 da TELEBRÁS, emitida em 2.11.1993).
>
> E, não sendo toda importância desembolsada pelo consumidor transformada em ações, mas tão somente o valor máximo de participação financeira empregado pelas concessionárias em suas transações, deve-se esclarecer que, muito embora estas tivessem que levar em consideração para a sua fixação os custos médios, por terminal, dos investimentos em expansão e melhoramentos do serviço local, com a entrada em vigor da Portaria n. 881/90 do Ministério da Infra-Estrutura (DOU 9.11.1990, págs. 21419/21422), passou a ser de competência da Secretaria Nacional de Comunicações - e depois do Departamento Nacional de Serviços Públicos (Portaria n. 86/91, do Ministério da Infra-Estrutura, DOU 18.7.1991, págs. 14272/14273) - estabelecer os valores máximos a serem praticados pelas concessionárias, as quais poderiam, observado o limite referido, aplicar montantes diferenciados por localidade e classe de assinatura.

Ademais, ainda de acordo com este órgão julgador, *"nos contratos firmados na modalidade Planta Comunitária de Telefonia (PCT) a quantia destinada à remuneração do intermediário responsável pela implantação do sistema de telefonia deve ser deduzida da importância desembolsada pelo consumidor.*

O preço pago pelo acionista no momento da contratação seria, em tese, superior àquele a ser observado para a subscrição de ações.

Por outro lado, o 'valor capitalizado' constante na 'radiografia do contrato' representa o quantum máximo praticado pela empresa de telefonia à época da assinatura do contrato, conforme regulamentação do Departamento Nacional de Serviços Públicos.

Portanto, o 'valor integralizado' não corresponde ao número de ações devidas". (Agravo de Instrumento n. 2012.059332-0, de Laguna, Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. 31/3/2016)

Na espécie, constata-se que o contrato de telefonia – PCT foi assinado em 20/3/1995, conforme informado na radiografia colacionada à fl. 58 (anexo 1), interregno no qual foi estabelecido pelo Departamento Nacional de Serviços Públicos, através da Portaria do Ministério das Comunicações n. 237, de 27/4/1994 (DOU 28/4/1995, p. 6159), como "valor máximo nacional" (à vista) do contrato de participação financeira, a quantia de R$ 1.117,63.

Dessa forma, deve ser acolhida a alegação da empresa de telefonia para considerar no cálculo do montante a ser indenizado, a título de valor do contrato, o montante descrito na radiografia (fl. 58 – anexo 1), qual seja, R$ 1.117,63, que equivale ao *quantum* máximo de comercialização definido para a época.

b) Limite dos rendimentos

Aduziu a empresa de telefonia que os rendimentos (dividendos, bonificações e juros sobre o capital próprio) devem ter sua incidência limitada à data de conversão das ações em perdas e danos.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.301.989/RS (Tema 658), de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, assim definiu:

> RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. BRASIL TELECOM S/A.

> CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. CESSÃO DE DIREITOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO CESSIONÁRIO. COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO EM PERDAS E DANOS. CRITÉRIOS. COISA JULGADA. RESSALVA.
>
> 1. Para fins do art. 543-C do CPC: 1.1. O cessionário de contrato de participação financeira tem legitimidade para ajuizar ação de complementação de ações somente na hipótese em que o instrumento de cessão lhe conferir, expressa ou tacitamente, o direito à subscrição de ações, conforme apurado nas instâncias ordinárias.
>
> 1.2. Converte-se a obrigação de subscrever ações em perdas e danos multiplicando-se o número de ações devidas pela cotação destas no fechamento do pregão da Bolsa de Valores no dia do trânsito em julgado da ação de complementação de ações, com juros de mora desde a citação.
>
> 1.3. Os dividendos são devidos durante todo o período em que o consumidor integrou ou deveria ter integrado os quadros societários.
>
> 1.3.1. Sobre o valor dos dividendos não pagos, incide correção monetária desde a data de vencimento da obrigação, nos termos do art. 205, § 3º, Lei 6.404/76, e juros de mora desde a citação.
>
> 1.3.2. **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 segundo os critérios do item anterior.**
>
> 1.4. Ressalva da manutenção de critérios diversos nas hipóteses de coisa julgada. (REsp 1301989/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 12/03/2014, DJe 19/03/2014, grifou-se).

Assim, as bonificações, os dividendos e os juros sobre capital próprio devem incidir desde a data em que deveriam ser subscritos até a data do trânsito em julgado do processo cognitivo.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BRASIL TELECOM. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE FIXOU PARÂMETROS PARA O CÁLCULO A SER REALIZADO PELO PERITO. INSURGÊNCIA DO CREDOR. MÉRITO. AÇÕES CONVERTIDAS EM PERDAS E DANOS. DIVIDENDOS, BONIFICAÇÕES E JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. MARCO FINAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DE CONHECIMENTO. EXEGESE DO ENTENDIMENTO EXARADO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N.º 1.301.989, JULGADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

"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 segundo os critérios do item anterior". (Resp 1301989/RS, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, julgado em 12/03/2014, DJe 19/03/2014). RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 2015.071615-4, de Lages, Rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 18/2/2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - DECISÃO QUE ACOLHEU EM PARTE A IMPUGNAÇÃO DA EMPRESA DE TELEFONIA. [...]. LIMITE DOS RENDIMENTOS - DIVIDENDOS - INDENIZAÇÃO PELO VALOR DAS AÇÕES À ÉPOCA DA ASSINATURA DO CONTRATO, ACRESCIDO DE CORREÇÃO MONETÁRIA - IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA COISA JULGADA - DEVER DE PAGAMENTO DOS CONSECTÁRIOS ATÉ A DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO.

Ainda que o cálculo da indenização tenha como base o valor das ações à época da assinatura do contrato, deve subsistir a condenação da empresa de telefonia ao pagamento dos dividendos, sob pena de violação da coisa julgada. No caso concreto, afigura-se razoável que a apuração da quantia devida a título de dividendos leve em consideração aqueles distribuídos até a data do trânsito em julgado. (Agravo de Instrumento n. 2015.060755-6, de Criciúma, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 8/3/2016).

Logo, não merece acolhida a alegação da empresa de telefonia.

c) Parcelas não deferidas

Por fim, aduz a sociedade executada que no cálculo realizado pelo *expert* do juízo foram incluídas parcelas não deferidas, pois, quando do cômputo das ações da dobra acionária não foram descontadas aquelas já emitidas na época da capitalização.

Igualmente, sem razão a empresa de telefonia, tendo em vista que no contrato objeto da lide em cumprimento, a capitalização ocorreu em 27/7/1998, apenas após a cisão da empresa Telesc S/A (31/1/1998), razão pela qual o credor/exequente vinculado ao aludido contrato faz jus à totalidade das ações, *"consoante apostila de 'cálculo de liquidação da diferença de subscrição de ações de telefonia' divulgada pela Corregedoria-Geral de Justiça"* (Agravo de Instrumento n. 0143560-35.2015.8.24.0000, de Criciúma, Rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. 13/10/2016).

3.1 Dispositivo

Ante o exposto, vota-se para conhecer e dar parcial provimento ao recurso a fim de considerar no cálculo do montante a ser indenizado, a título de valor do contrato, o valor descrito na radiografia (R$ 1.117,63), que equivale ao *quantum* máximo de comercialização definido para a época, e, por conseguinte, determinar novamente o envio dos autos à contadoria judicial (art. 475-B, § 3º, do CPC/1973; correspondente ao art. 524, § 2º, do CPC/1973), para a realização de novo cálculo, de acordo com o disposto no título exequendo e no presente julgado.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0501304-81.2012.8.24.0011
Relator: Des. Subst. Paulo Ricardo Bruschi

> APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO CONTRATUAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE IMPÕE À CONTRATANTE O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EXTRAJUDICIAIS. PACTO UNILATERAL. INEXISTÊNCIA DE RECIPROCIDADE ENTRE AS PARTES. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA AO ESTATUTO CONSUMERISTA (ARTS. 6º, § 4º, E 51, IV). HONORÁRIOS RECURSAIS. SENTENÇA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. ARBITRAMENTO *EX OFFICIO*. EXEGESE DO DISPOSTO NO ART. 85, § 11, DO CPC/2015. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DEDUZIDA EM CONTRARRAZÕES. PROCEDIMENTO REGULAR E FORMAL NÃO ATENDIDO. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE DOLO, MÁ-FÉ OU INTUITO PROCRASTINATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0501304-81.2012.8.24.0011, da comarca de Brusque (Vara Comercial) em que é Apelante BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento e Apelada Maria da Graça Gonçalves.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, arbitrando de ofício os honorários recursais. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Carlos Carstens Köhler.

Florianópolis, 31 de janeiro de 2017.

Paulo Ricardo Bruschi
RELATOR

RELATÓRIO

BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento, devidamente qualificada nos autos e inconformada com a decisão proferida, interpôs Recurso de Apelação, objetivando a reforma da respeitável sentença prolatada pela MM.ª Juíza da Vara Comercial, da comarca de Brusque, na *Ação revisional de contrato de financiamento c/c pedido liminar c/c repetição de indébito e consignação em pagamento* n. 0501304-81.2012.8.24.0011, ajuizada por Maria da Graça Gonçalves, igualmente qualificada, a qual julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial e, por consequência, reduziu os juros remuneratórios, afastou a descaracterização da mora da autora, assim como a cláusula que permite a transferência do ônus de cobrança dos honorários advocatícios, e determinou a restituição/compensação de valores eventualmente pagos a maior, a serem apurados em liquidação de sentença.

Ao final, condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, cuja exigibilidade restou suspensa em razão do disposto no art. 12 da Lei 1.060/50.

Na inicial (fls. 03/39), a autora postulou, em sede de tutela antecipada, o depósito judicial das parcelas que entendia devidas, a manutenção na posse do veículo, bem como a exclusão de seu nome dos órgãos de proteção ao crédito.

Ademais, requereu a revisão do contrato firmado entre as partes, indicando quais cláusulas deduzia abusivas, a inversão do ônus probatório

e, por fim, a assistência judiciária gratuita, além dos demais requerimentos de praxe.

Justificou o pedido fundamentando-o no argumento de ter firmado um contrato de financiamento junto à instituição financeira ré, para aquisição de um automóvel, a ser pago em sessenta parcelas de R$ 445,94 (quatrocentos e quarenta e cinco reais e noventa e quatro centavos), no qual constatou abusividades, razão porque pretendia a revisão da avença.

Juntou documentos (fls. 41/47).

No *decisum* de fls. 53/57, a Magistrada *a quo* indeferiu o pleito antecipatório, determinou a inversão do ônus da prova, bem como a efetiva comprovação de hipossuficiência da parte autora para a concessão da gratuidade da justiça, a qual restou deferida após a juntada de documentos (fl. 61).

Regularmente citada, veio a ré aos autos e, contestando o feito (fls. 69/94) asseverou, em apertada síntese, que o negócio jurídico foi pactuado de acordo com a vontade das partes, conforme a legislação vigente, rebatendo pontualmente as alegações contidas na vestibular.

Juntou documentos (fls. 99/101).

Na réplica (fls. 106/119), a autora rebateu as assertivas da ré, repisou os argumentos da exordial e requereu o apensamento destes autos ao processo de busca e apreensão movido contra ela.

Julgando antecipadamente a lide, a Magistrada *a quo* acolheu parcialmente procedentes os pedidos formulados na preambular, nos termos do relatado supra.

Irresignada com a prestação jurisdicional efetuada, a ré tempestivamente apresentou recurso a este colegiado. Em sua apelação (fls. 140/142) lastrou o pedido de reforma tão somente no que tange aos honorários advocatícios extrajudiciais, sob o fundamento de que estes

são devidos quando a parte não cumpre com o contrato pactuado, razão pela qual entende necessária sua cobrança, com a qual a parte autora deve arcar integralmente.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 148/152), a apelada aplaudiu os fundamentos da sentença e rechaçou as disposições da apelação, postulando, ao final, pela fixação de multa por litigância de má fé, uma vez que, para ela, o recurso é meramente protelatório.

Recebo os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Objetiva a ré, em sede de apelação, a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial, nos termos delineados no preâmbulo do relatório.

Para tanto, afirma que a cobrança de honorários advocatícios extrajudiciais deve ser mantida, porquanto tal verba decorre do descumprimento do contrato pela parte autora.

Com efeito, a cláusula contratual n. 21 assim dispõe:

> **21. Despesas e honorários advocatícios em razão de eventual cobrança.** [...] Em caso de cobrança judicial, o valor devido será acrescido das custas e quaisquer outras despesas judiciais e/ou processuais, sendo que os honorários advocatícios, neste caso, serão de 20% (vinte por cento) sobre o saldo devedor (fl. 101 – grifo no original).

Entretanto, inexiste previsão equivalente à apelada, tratando-se de vantagem concedida unilateralmente, o que caracteriza, portanto, manifesto desequilíbrio contratual entre as partes, evidenciando-se, assim, abusiva referida cláusula, aspecto este veementemente vedado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Neste compasso, cristalina a violação ao estabelecido no art. 51, XII, do CPC, senão vejamos:

> Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
>
> [...]
>
> XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

A propósito, sedimentado o entendimento desta Corte quanto à nulidade da cláusula em comento. Neste sentido:

> 1) APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. RECURSO DO AUTOR. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. RECORRENTE INTIMADO A TRAZER ELEMENTOS DEMONSTRATIVOS DA HIPOSSUFICIÊNCIA ALEGADA. INÉRCIA. SUBSEQUENTE INTIMAÇÃO PARA RECOLHIMENTO DO PREPARO. NÃO ATENDIMENTO DA ORDEM. DESERÇÃO CARACTERIZADA. ARTIGO 1.007 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. RECURSO NÃO CONHECIDO. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CLÁUSULA UNILATERAL DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EXTRAJUDICIAIS. NULIDADE. ARTIGO 51, XII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.
>
> É nula a cláusula contratual que obriga o consumidor a "ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor" (art. 51, XII, do CDC). ÔNUS SUCUMBENCIAIS. MANUTENÇÃO (Apelação Cível n. 0500020-98.2011.8.24.0067, de São Miguel do Oeste, Relatora: Des.ª Janice Goulart Garcia Ubialli, 1ª Câm. Dir. Com., j. 15/12/2016).
>
> 2) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. JUROS REMUNERATÓRIOS. ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE. INOCORRÊNCIA. OBSERVADA DIFERENÇA MÍNIMA ENTRE AS TAXAS CONTRATADAS E A MÉDIA DE MERCADO DIVULGADA PELO BACEN. MANUTENÇÃO DOS

> PERCENTUAIS PACTUADOS. RECURSO REPETITIVO, RESP Nº 1.061.530/RS. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. SENTENÇA MANTIDA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. CONTRATO FIRMADO APÓS A EDIÇÃO DA MP N.º 1.963-17/2000, REEDITADA SOB N. 2.170-36/01. PREVISÃO DA TAXA DE JUROS ANUAL SUPERIOR AO DUODÉCUPLO DA TAXA MENSAL, QUE É SUFICIENTE PARA PERMITIR A INCIDÊNCIA DO ENCARGO. OBSERVÂNCIA DO ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (RESP 973.827/RS). INSURGÊNCIA NÃO ACOLHIDA. TARIFAS ADMINISTRATIVAS DE AVALIAÇÃO DO BEM, DESPESAS DE GRAVAME E REGISTRO NO DETRAN. EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. ATENDIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 6º, INCISO III, DO CDC. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA ABUSIVIDADE DO VALOR ATRIBUÍDO AOS ENCARGOS. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA. INSURGÊNCIA INACOLHIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EXTRAJUDICIAIS. AUSÊNCIA DE RECIPROCIDADE EM BENEFÍCIO DO CONSUMIDOR. CLÁUSULA ABUSIVA. ART. 51, XII, DO CDC. RECURSO PROVIDO NESTE ASPECTO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. APELANTE QUE PUGNA PELA RESTITUIÇÃO EM DOBRO. VIABILIDADE NA FORMA SIMPLES. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.078/90. MANUTENÇÃO DO JULGADO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Cível n. 2015.076135-5, de Lages, Relatora: Des.ª Soraya Nunes Lins, 5ª Câm. Dir. Com., j. 03/12/2015).

Como corolário, mantém-se a sentença vergastada sem qualquer reparo.

Noutro viso, passa-se, *ex officio,* à análise dos honorários recursais, assentando-se, de início, tratar-se de uma inovação trazida pelo novel Código de Processo Civil, contemplada pelo art. 85, §§ 1º e 11º, que assim se reporta, *verbis*:

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

> § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, **e nos recursos interpostos,** cumulativamente.
>
> [...]
>
> § 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. (sem grifo no original)

Vale o registro de que, não obstante a expressão utilizada no § 11º – *"O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente"* – tratar-se de uma afirmativa cuja interpretação literal poderia induzir o julgador à ideia de que somente haverá a fixação de honorários recursais quando a parte vencedora na ação também for vencedora no recurso, hipótese em que os honorários seriam majorados, não é esta a exegese que vem sendo realizada por este Órgão Julgador e com a qual coaduno.

A propósito, tal matéria foi recentemente enfrentada pelo Exmo. Des. José Carlos Carstens Köhler, nos autos da Apelação Cível n. 0012667-25.2012.8.24.0011, julgada por unanimidade em 17/7/2016, na qual restou estabelecido que referido dispositivo deve ser compreendido sob a ótica de que os honorários recursais serão fixados ao advogado do vencedor do recurso, independente do resultado final da causa, ao qual peço vênia para transcrever parte do julgado:

> Sobre o cabimento dos honorários sucumbenciais recursais colhe-se de explanação do jurista Flávio Cheim, em artigo intitulado "Os honorários advocatícios e o Novo CPC: a sucumbência recursal" e divulgado no sítio eletrônico <http://www.flaviocheim.com.br/noticias/os-honorarios-advocaticios-e-o-novo-cpc-a-sucumbencia-recursal.Html>, senão confira-se:
>
> [...]

A possibilidade de fixação de honorários nos recursos faz surgir uma questão primordial, qual seja, a nova verba honorária será fixada exclusivamente em decorrência do julgamento do recurso ou o resultado da causa terá relevância para a fixação dessa nova verba?

Essa situação é relevante, porque não se deve confundir a sucumbência como regra para a condenação em honorários, com a sucumbência como elemento integrante do interesse recursal imprescindível para a admissibilidade do recurso (sucumbência recursal).

A teoria da sucumbência, como critério para a condenação em honorários, se satisfaz com o simples resultado da demanda. Avalia-se a relação decorrente do resultado que parte obteve no processo - ela é estritamente formal.

Já a sucumbência recursal é distinta, pois deve ser vista sob uma ótica prospectiva. Analisa-se a possibilidade de obtenção de utilidade prática na interposição do recurso. Diz-se que a sucumbência é material.

Assim, por isso, nada impede que a parte vitoriosa (não sucumbente sob a ótica formal e credora de honorários advocatícios) tenha interesse recursal (seja sucumbente sob a ótica material).

Em nosso sentir, não temos qualquer hesitação em sustentar que os honorários recursais devem ser atribuídos ao advogado vencedor do recurso, pouco importando o resultado final da causa.

A rigor, os honorários são verbas remuneratórias e assim devem ser tratados em todas as fases do processo. Cada fase processual deve ter o seu regramento específico quanto aos honorários.

A parte condenada em honorários advocatícios na fase de conhecimento não será também necessariamente condenada em honorários na fase de execução.

Da mesma forma, a parte derrotada na causa e devedora de honorários advocatícios pode, como mencionado, ser vitoriosa na fase recursal.

Se os honorários são considerados verbas remuneratórias e se a Teoria

> da Sucumbência consiste na premissa adequada para a identificação do devedor e do credor, vencedor e vencido devem ser identificados em concreto no âmbito do seguimento procedimental que faz surgir o direito aos honorários.
>
> Ainda que a solução acima possa gerar certa incoerência, pois a parte seria vitoriosa na demanda e devedora de honorários recursais, por certo que incoerência maior haveria se defendêssemos que a parte, mesmo que vencedora no recurso, seria obrigada a pagar honorários recursais.
>
> Por outras palavras, seria inadmissível sugerir que uma das partes poderia interpor o recurso, ter seu recurso improvido ou não conhecido e, em função desse julgamento, obter a condenação da parte contrária ao pagamento de honorários recursais (Apelação Cível n. 0012667-25.2012.8.24.0011, de Brusque, Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler, 4ª Câm. Dir. Com., j. 19/07/2016).

Veja-se, portanto, que a partir da presente inovação legislativa a fixação dos honorários recursais tornou-se imperativa, isto é, deve ocorrer independentemente do pedido da parte, tratando-se, pois, de uma consequência lógica da interposição do recurso, dado o modo verbal aplicado ao verbo "majorar", assim como em razão do caráter alimentar de que se reveste tal verba, conforme expressamente reconhecido no § 14, do art. 85, do CPC/2015, vez que, com o apelo, houve a necessidade de trabalho adicional do causídico, nada pois sendo mais adequado do que aumentar a remuneração então arbitrada, eis que, em razão do recurso, o processo inegavelmente teve o seu curso dilatado.

Mas, acentue-se novamente, além do entendimento já anteriormente espancado, ou seja, o de se majorar apenas os honorários quando coincidente o vencedor da demanda e do recurso, igualmente pela dicção literal da palavra, somente se deveria majorar algum valor já arbitrado.

Aliás, tal entendimento vem ganhando corpo, inclusive nesta Corte de Justiça, cujos fundamentos, vênia, não seduzem este Relator.

Com efeito, grassa o entendimento de que tenha que existir ***"prévia fixação ou arbitramento de verba honorária na decisão recorrida,*** *ou seja, que a decisão contra a qual o recurso se volta tenha, também, fixado ou arbitrado a verba, afinal, prevê-se que o tribunal majorará os honorários anteriormente fixados ou arbitrados, só se podendo majorar, por certo, aquilo que já existe"* (Apelações Cíveis ns. 0300589-09.2015.8.24.0014, 0300590-91.2015.8.24.0014 e 0300957-18.2015.8.24.0014, julgadas pela Quinta Câmara de Direito Civil em 12-9-16, da Relatoria do eminente Des. Henry Petry Júnior).

A propósito, julgados acolhem exatamente tal entendimento. Confira-se:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO QUE, EM PROCESSO DE EXECUÇÃO, ACOLHEU PARCIALMENTE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E DECLAROU A PRESCRIÇÃO DE PARTE DA DÍVIDA EXECUTADA, SEM POR FIM AO PROCESSO. NATUREZA DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> VII. Não procede o pedido formulado, pela parte agravada - com fundamento no art. 85, § 11, do CPC/2015 e no Enunciado Administrativo 7/STJ -, para que haja condenação da agravante em honorários advocatícios recursais, porquanto aquele dispositivo legal prevê que "o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente". Porém, nos presentes autos, não foram anteriormente fixados honorários de advogado, em face da sucumbência recíproca, seja na decisão de 1º Grau, seja no acórdão recorrido.
>
> VIII. Agravo interno improvido (Ag. Int. no REsp 1517815/SP, Relatora: Min.ª Assusete Magalhães, j. em 18-08-16, sublinhou-se).

No mesmo sentido, deste Sodalício:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO. INSURGÊNCIA DO BANCO IMPUGNANTE.
>
> [...]
>
> CONTRARRAZÕES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA IMPUGNAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA QUE DEIXOU DE ARBITRAR A VERBA HONORÁRIA POR FORÇA DA SÚMULA 519 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE QUE SE ESTENDE A MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS RECURSAIS.
>
> "Descabimento dos honorários advocatícios recursais (§ 11 do art. 85 do NCPC) quando não se está diante de recurso interposto contra decisão de primeiro grau que tenha fixado honorários advocatícios". (Agravo de Instrumento n° 20933107020168260000, 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Des. Ricardo Chimenti, data de julgamento: 02/06/2016).
>
> Recurso improvido (Agravo de Instrumento n. 0032900-37.2016.8.24.0000, Relator: Des. Guilherme Nunes Born, j. em 01-09-16, destacou-se).

Contudo, *concessa máxima venia*, tal entendimento, a meu sentir, não pode prosperar, porquanto, ao que se dessome da regra e como alhures explicitado, a finalidade dos honorários sucumbenciais será a de remunerar o trabalho adicional do advogado, prestado coativamente por força do recurso a que se obrigou a interpor ou a que fora compelido a contrarrazoar, por ter sido interposto pela parte *ex adversa*.

Aliás, o próprio § 11, do artigo 85, do vigente estatuto processual civil reforça a natureza contraprestacional dos honorários, ao assentar que a majoração levará em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal.

Aduza-se, por oportuno, que tal entendimento, *venia* novamente, poderia, inclusive, gerar situações de extrema desigualdade entre os contendores, porquanto, na hipótese de sucumbência mínima, onde não houvesse condenação, caso interposto recurso pelo que minimamente sucumbiu, sendo vencedor do reclamo, haveria necessariamente a majoração da verba honorária, ao passo que, se sucumbente, inexistiria o arbitramento de honorários sucumbenciais, vez que não fixados honorários no Primeiro Grau, já que lá, como se viu, minimamente sucumbente, o que seria, a meu sentir, inusitado, irrazoável e desproporcional.

Ora, o mesmo dispêndio laboral teria ocorrido. Contudo, vencedor do reclamo, incidiria a majoração da verba, salvo hipótese de já ultrapassado o percentual legal. Porém, perecendo os argumentos de seu reclamo, não lhe seria imposto qualquer agravo, desprezando-se o trabalho adicional realizado coativamente pelo patrono da parte *ex-adversa*, o que, *venia* outra vez, atenta contra o tratamento equânime que deve ser dispensado às partes e a seus procuradores.

Neste contexto, não se há olvidar, ainda que por alguma razão não arbitrada a verba honorária em Primeiro Grau, a se considerar os parâmetros alhures evidenciados, o natural será que, em grau recursal, se arbitre um valor de honorários, hipótese que, inegavelmente, melhor explicitará a determinada majoração mencionada pela lei processual civil no artigo ora *sub judice* e, com isso, contemplará o trabalho adicional do causídico, realizado em sede recursal.

Ultrapassada tal *quaestio*, de outro viso, no tocante ao percentual de majoração ou de fixação dos honorários sucumbenciais, registre-se de início, por oportuno, que, caso o Juízo *a quo* já tenha estabelecido a condenação no patamar máximo, ou seja, de 20% do valor atribuído à causa, em tal hipótese sequer se haverá falar em majoração ou fixação dos honorários recursais, vez que este já será o percentual máximo previsto para a soma da condenação para tal verba, competindo assim ao Juízo

ad quem eventual majoração do valor fixado na origem somente para complementar aquele limite legal estabelecido, isto é, de 20%, conforme dicção do § 11, *in fine,* do referido artigo 85.

Como corolário, indubitável que, daí, se extraia igualmente o percentual de possibilidade de majoração, apto a direcionar o Tribunal, ou, no caso de inexistência de condenação, como é o vertente, o limite da própria fixação dos honorários recursais, isto é, o percentual cabível entre 10 e 20% do valor da causa, para os casos em que a condenação se dá em percentual.

Vale o registro que, de pronto, se poderia pensar no percentual mínimo de 10% e máximo de 20% do valor da causa.

Contudo, numa análise mais acurada, verifica-se que este intervalo é apenas o limite do percentual a que se podem majorar, em grau recursal, quando não fixados no seu percentual máximo, os honorários, ou seja, tendo havido condenação em honorários de sucumbência em Primeiro Grau, no percentual compreendido entre 10% e 20% sobre o valor da causa – o primeiro patamar para a hipótese de condenação mínima, isto é, 10% (mínimo autorizado pelo § 2º, do artigo 85, do Cânone Processual Civil vigente), e o segundo patamar no percentual de 20%, máximo nele previsto – se poderá orbitar a majoração entre 0% a 10% do valor já atribuído no Primeiro Grau, em termos de percentuais.

A propósito, no mesmo sentido se posicionou o eminente Desembargador Henry Goy Petry Júnior, para quem, *"No que tange ao* ***quantum****, diante na necessidade de observar os limites quantitativos e os critérios qualitativos, devem ser fixados, independentemente do conteúdo da decisão (art. 85, § 6º, do Código de Processo Civil de 2015), em percentual entre os* ***limites quantitativos*** *de 10% (dez por cento) e, na soma com o percentual estabelecido na decisão recorrida, de 20% (vinte por cento), à luz dos* ***critérios qualitativos*** *(art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015)"* (Apelação Cível n. 0300589-09.2015.8.24.0014, de Campos Novos, Relator: Des.

Henry Petry Júnior, 5ª Câm. Dir. Civil, j. 12/09/2016 – grifos do original).

Com isso, valendo-se a tal raciocínio, inegável que se poderá definir o novo percentual majorado em 10,5%, 11%, 12%, ou outros percentuais, e assim por diante, até o limite de 20% do valor da causa.

Tanto assim o é que, como se disse alhures, caso já fixados os honorários sucumbenciais em 20% no Primeiro Grau, patamar máximo, independentemente do trabalho adicional do causídico, nada haverá a majorar.

Como consequência lógica, a majoração ou a própria fixação dos honorários recursais deverá orbitar entre os percentuais havidos de 0% e 10%, porquanto, somados ao percentual aplicado na instância *a quo*, se encaixarão no limite estabelecido pelo Código, vale dizer, 10% como valor mínimo, até 20%, como valor máximo de honorários, arbitrados sobre o valor da causa.

Aliás, acerca da base de cálculo, o eminente Desembargador Henry Goy Petry Júnior, no mesmo voto alhures mencionado, igualmente assentou: *"deve-se considerar, em regra, a sucumbência em grau recursal do recorrente e/ou do recorrido, independentemente daquela estabelecida na origem para o autor e/ou o réu. Dessa forma, cumpre examinar o quanto da pretensão recursal versada recebeu ou não acolhimento no julgamento pelo Tribunal e, com base em tal exame, fixar ou arbitrar honorários em favor da parte que tenha se sagrado vitoriosa:* ***[a]*** *o recorrente, se provido o recurso;* ***[b]*** *o recorrido, se desprovido o recurso e presente labor de seu advogado em grau recursal; e,* ***[c]*** *concomitantemente, o recorrente e o recorrido, se parcialmente provido o recurso e, igualmente, presente labor do advogado deste em grau recursal" (idem).*

Explicitados tais argumentos, volvendo-se ao caso em tela, urge se registre que, na Primeira Instância, somente a autora restou condenada ao pagamento de honorários, ante a mínima sucumbência da instituição financeira.

Não obstante, daquela pequena parte não acolhida e que sequer gerou condenação em honorários, a Instituição Financeira manejou o presente recurso, objetivando, por óbvio, a reforma daquele ponto, ou seja, da cláusula que afastou a possibilidade de cobrança dos honorários advocatícios extrajudiciais, cuja pretensão, porém, é de bom alvitre se assentar, restou inacolhida por este Sodalício, conforme alhures explicitado.

Neste contexto, em decorrência do não provimento do apelo interposto, bem como da necessidade de trabalho adicional do causídico da parte adversa, que se viu compelido a contra-arrazoar o reclamo, no qual, aliás, se sagrou vencedor, deve esta Corte, a meu sentir, *in casu,* segundo a dicção da lei processual civil e das digressões supra, majorar a verba anteriormente arbitrada, nos termos do art. 85, § 11º, c/c § 2º, ou mesmo, no caso, fixá-la, como alhures se assentou.

Mas, veja-se, não se poderia fixá-la em 10%, até para não ser incongruente com todo o trabalho realizado pelos causídicos na tramitação do feito, tanto que, em toda a extensão da demanda, houve a fixação de 10% de honorários, atribuída exclusivamente a uma parte, englobada aí, por consequência lógica a sucumbência mínima da outra e, agora, ao julgar somente aquela mínima parte, se estaria concedendo um percentual idêntico, o que refugiria ao próprio senso comum de equidade.

Diante disso e ante as peculiaridades do caso concreto, tendo em vista que a sentença de parcial procedência restou integralmente mantida e, bem assim, que o escopo do recurso igualmente se ateve àquela mínima derrota em Primeiro Grau, neste igualmente mantida, pelo labor realizado, os honorários recursais deveriam ser fixados em 1% do valor atualizado da causa, vedada sua compensação (art. 85, §§ 1º, 2º e 14, do CPC/2015).

Não obstante, em razão do baixo valor à causa atribuído, de bom alvitre que, no caso *sub judice*, se a estabeleça no percentual de 5%, o que é, portanto, arbitrado.

Por fim, cumpre elucidar que o pleito formulado pela autora/apelada em contrarrazões, no sentido de condenar a apelante/ré nas penalidades concernentes à litigância de má-fé não deve ser conhecido, uma vez que formulado em desconformidade com o procedimento legal, ou seja, o pleito para ser conhecido deveria obedecer à disciplina dos arts. 1009, *caput,* e 1010, incisos I, II, III, ambos do novel CPC, isto é, a interposição de apelação ou mesmo recurso adesivo, eis que inviável o conhecimento da matéria em sede de contrarrazões.

Não obstante, por ser matéria possível de se conhecer de ofício (art. 81, do CPC), esclarece-se não se vislumbrar qualquer elemento subjetivo (dolo) a configurar quaisquer das situações dispostas no artigo 80, do Código de Processo Civil e a ensejar possível condenação por litigância de má-fé.

Ante o exposto, vota-se no sentido de se conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos da fundamentação, com honorários recursais arbitrados de ofício, no percentual de 5% do valor atribuído à causa.

É como voto.

Apelação Cível n. 0301563-26.2016.8.24.0074
Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CHEQUES. MAGISTRADO *A QUO* QUE JULGA EXTINTO O FEITO, COM FUNDAMENTO NOS ARTS. 330, INCISO II, E 485, INCISO VI, AMBOS DO CÓDIGO FUX. IRRESIGNAÇÃO DA EXEQUENTE.

DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO PUBLICADA EM 14-9-2016. APLICAÇÃO DOS ENUNCIADOS ADMINISTRATIVOS N. 2, 3 E 7 DO STJ. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

AVENTADA LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. TESE ALBERGADA. EXECUÇÃO DE TRÊS CHEQUES EMITIDOS EM FAVOR DE EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. ATO DE TRANSFORMAÇÃO DA MODALIDADE EMPRESARIAL PARA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI) QUE SE DEU EMPÓS A EMISSÃO DAS CAMBIAS. ATO CONSTITUTIVO QUE ASSEGURA A SUB-ROGAÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL DE TODOS OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES INERENTES AO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. ALTERAÇÃO PROMOVIDA MEDIANTE REGISTRO NA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA. AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO DO CADASTRO NACIONAL DE PESSOA JURÍDICA, À EXCEÇÃO DA NOVA FILIAL ESTABELECIDA. NOVA RAZÃO SOCIAL QUE SE DEU POR FORÇA DO PROCEDIMENTO ESTABELECIDO NO ART. 968, § 3º, DO CÓDIGO CIVIL, QUAL SEJA, MEDIANTE TRANSFORMAÇÃO DE REGISTRO DE EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE ATIVA QUE CONFIGURA, ATÉ MESMO, OBSTÁCULO AO DIREITO DE AÇÃO (ART. 5º, INCISO XXXV, DA "CARTA DA PRIMAVERA"). IMPERATIVA DESCONSTITUIÇÃO DO PROVIMENTO GUERREADO E DETERMINAÇÃO DO REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO NA ORIGEM.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, §§ 1º E 11, DO CÓDIGO FUX. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE OFÍCIO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO DA VERBA PROFISSIONAL NA ORIGEM. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELA "CORTE DA CIDADANIA".

REBELDIA PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301563-26.2016.8.24.0074, da comarca de Trombudo Central 1ª Vara em que é Apelante Frigorífico Scoz Eireli e Apelado Dilmar Pandini.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao Recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Altamiro de Oliveira e Paulo Ricardo Bruschi.

Florianópolis, 31 de janeiro de 2017.

Carstens Köhler
RELATOR

RELATÓRIO

Frigorífico Scoz Eireli interpôs Recurso de Apelação (fls. 26-33) contra a sentença prolatada pelo Magistrado oficiante na 1ª Vara da Comarca de Trombudo Central (fls. 20-22) que, nos autos da ação de execução n. 0301563-26.2016.8.24.0074, detonada em desfavor de Dilmar Pandini, julgou extinto o feito expropriatório, sem resolução de mérito, com supedâneo nos arts. 330, inciso II, e 485, inciso IV, ambos do Código de Processo Civil de 2015.

Houve oposição de Embargos de Declaração pela Autora (fls. 1-3 do caderno n. 0001418-43.2016.8.24.0074), os quais foram rejeitados (fls. 5-6 dos referidos autos).

Em suas razões recursais, a Apelante argumenta, em resumo, que: a) o documento denominado "Ato Constitutivo de Transformação de Empresário em Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI" (fls. 6-8), comprova que a sua antiga constituição societária era de Empresário Individual, com o nome de "Alciones Roberto Scoz"; b) não há nenhuma irregularidade quanto aos cheques executados, porquanto foram recebidas pela Exequente em fevereiro de 2016, quando a sua razão social ainda era "Alciones Roberto Scoz"; c) à época da compensação bancária das cártulas, houve a tentativa de pagamento em conta corrente de titularidade da pessoa jurídica, que somente a partir de 16-3-16 passou a ter nova razão social; d) os títulos de crédito sempre estiveram nominais ao CNPJ n. 78.211.182/0001-37, havendo apenas a alteração societária de Empresário Individual (Alcíones Roberto Scoz) para Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Frigorífico Scoz Eireli); e) é legítima para figurar no polo ativo da presente demanda; f) "[...] a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) é uma categoria empresarial que permite a constituição de uma empresa de apenas um sócio, o próprio empresário" (fl. 29); g) a modalidade da sua nova constituição empresarial está prevista no art. 980-A do Código Civil; e h) diante do entendimento jurisprudencial acerca do tema em debate, o *decisum* vergastado deve ser reformado, a fim de se reconhecer a sua legitimidade ativa *ad causam* e, via de consequência, determinar o regular prosseguimento do feito executivo.

Empós, sem o oferecimento de contrarrazões, diante da ausência de estabilização processual, os autos ascenderam a este grau de jurisdição.

É o necessário escorço.

VOTO

Primeiramente cumpre assinalar que uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, o Recurso é conhecido.

1 Da aplicação da norma processual no tempo

Com o advento do novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/15 – o "Tribunal da Cidadania" elaborou uma série de enunciados administrativos, cujo objetivo é orientar a comunidade jurídica acerca da questão intertemporal, no que diz respeito à aplicação da regra nova ou da antiga, a depender do caso concreto. Senão confira-se:

> 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.

> Enunciado Administrativo n. 3: 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.

> Enunciado Administrativo n. 7: Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de maço de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

Também não se pode deixar de mencionar o teor dos Enunciados ns. 476 e 616 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, que assim dispõem:

> 476. (arts. 1.046 e 14) Independentemente da data da intimação, o direito ao recurso contra as decisões unipessoais nasce com a publicação em

> cartório, secretaria do juízo ou inserção nos autos eletrônicos da decisão impugnada, o que primeiro ocorrer, ou, ainda, nas decisões proferidas em primeira instância, será da prolação da decisão em audiência (Grupo: Direito intertemporal; *redação alterada no VII FPPC – São Paulo*).

> 616. (arts. 1046; 14) Independentemente da data de intimação ou disponibilização de seu inteiro teor, o direito ao recurso contra as decisões colegiadas nasce na data em que proclamado o resultado da sessão de julgamento. (Grupo: Direito intertemporal).

Diante desse contexto, no caso de a decisão ter sido prolatada na vigência do Código Buzaid, o regime de cabimento e a admissibilidade do recurso serão por ele regidas, em razão da prefalada teoria dos atos isolados e da máxima *tempus regit actum*, ainda que a intimação ou o encerramento do prazo ocorra empós o dia 18 de março de 2016, ou seja, na vigência do novo Código de Processo Civil.

No caso concreto, a decisão recorrida se subsome ao regramento processual contido no CPC/2015, porquanto a publicidade do comando judicial prolatado pelo Estado-Juiz se deu em 14-9-2016 (fl. 23), isto é, já na vigência do novel Código Adjetivo Civil.

Feita a necessária ressalva, passa-se à análise das matérias levantadas no Inconformismo.

2 Do Recurso

Advoga a Credora, em apertada síntese, que: a) o documento denominado "Ato Constitutivo de Transformação de Empresário em Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI" (fls. 6-8), comprova que a sua antiga constituição societária era de Empresário Individual, com o nome de "Alciones Roberto Scoz"; b) não há nenhuma irregularidade quanto aos cheques executados, porquanto foram

recebidas pela Exequente em fevereiro de 2016, quando a sua razão social ainda era "Alciones Roberto Scoz"; c) à época da compensação bancária das cártulas, houve a tentativa de pagamento em conta corrente de titularidade da pessoa jurídica, que somente a partir de 16-3-16 passou a ter nova razão social; d) os títulos de crédito sempre estiveram nominais ao CNPJ n. 78.211.182/0001-37, havendo apenas a alteração societária de Empresário Individual (Alcíones Roberto Scoz) para Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Frigorífico Scoz Eireli); e) é legítima para figurar no polo ativo da presente demanda; f) "[...] a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) é uma categoria empresarial que permite a constituição de uma empresa de apenas um sócio, o próprio empresário" (fl. 29); g) a modalidade da sua nova constituição empresarial está prevista no art. 980-A do Código Civil; e h) diante do entendimento jurisprudencial acerca do tema em debate, o *decisum* vergastado deve ser reformado, a fim de se reconhecer a sua legitimidade ativa *ad causam* e, via de consequência, determinar o regular prosseguimento do feito executivo.

Razão lhe socorre. Explica-se.

Trata-se de ação de execução de três cheques (fls. 9-11), no valor total de R$ 7.156,70 (sete mil, cento e cinquenta e seis reais e setenta centavos), emitidos pelo executado – Dilmar Pandini – em favor de Alciones Roberto Scoz.

Uma vez distribuído o feito, o Togado *a quo* entendeu por reconhecer a ilegitimidade ativa da Exequente, a Frigorífico Scoz Eireli, em virtude da ausência de endosso no verso das cambiais excutidas. Como corolário, e com supedâneo nos arts. 330, inciso II, e 485, inciso VI, do Código Fux, fulminou a lide, sem resolução de mérito.

Todavia, esmiuçando a documentação que aparelha a peça deflagratória, notadamente aqueles papéis ajoujados às fls. 6-8, percebe-se que houve a transformação de Empresário Individual, diga-se de

passagem, o beneficiário originário anotado nas cambiais, Alciones Roberto Scoz, em Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, sob a denominação "Frigorífico Scoz Eireli", ora Apelante.

De mais a mais, constata-se, ainda, que o referido ato de transformação acionária, protocolizado na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina em 16-3-2016, ou seja, em data posterior à emissão dos cheques de fls. 9-11, assim consignou:

> Pelo presente instrumento do Ato Constitutivo de transformação de empresário para EIRELI, **ALCIONES ROBERTO SCOZ**, brasileiro, casado em regime de comunhão parcial de bens, industrial, portador do CPF-478.355.409-91 e da Carteira de Identidade 1.674.885-9 SSP SC, residente e domiciliado na Rua Jorge Thendel, s/n, bairro Sumaré, CEP 89165-589, na cidade de Rio do Sul, na qualidade de empresário da empresa **ALCIONES ROBERTO SCOZ**, com sede na Estrada Bomfim, 4570, Sala 01, bairro Sumaré, CEP 89160-000, na cidade de Rio do Sul (SC), inscrita na Junta Comercia do estado de Santa Catarina sob NIRE 42101293555 em 19/03/1984 e no CNPJ n.º 78.211.182/0001-37, ora transforma seu registro de Empresário em EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – EIRELI, a qual se regerá, doravante pelo ato Constitutivo, consoante a faculdade prevista no parágrafo único, do artigo 1033 e 980A da Lei n.º 10406/02, resolve:
>
> I – Fica transformado de empresário para Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, passando a denominação social a ser **FRIGORÍFICO SCOZ EIRELI**, com sub-rogação de todos os direitos e obrigações pertinentes.
>
> II – O acervo desta sociedade, no valor de R$ 90.000,00 (noventa mil reais), passa a constituir o capital da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.
>
> (fl. 6, sublinhou-se).

Assim, é perfeitamente possível verificar que Alciones Roberto Scoz era, à época da emissão das cambiais, empresário individual, mas, entre

a emissão das cártulas e as datas de apresentação, teve a transformação na sua categoria empresarial, passando a ser regido pelo art. 980-A do Código Civil, sob a denominação de "Frigorífico Scoz Eireli".

Merece ênfase que, tal qual anotado no ato de transformação acionária, em virtude da nova denominação e constituição societária, a sociedade limitada unipessoal – Frigorífico Scoz Eireli – se sub-rogou de todos os direitos e obrigações impostas ao empresário individual – Alciones Roberto Scoz.

De mais a mais, outro detalhe que não se pode deixar de mencionar é que o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica permaneceu o mesmo (78.211.182/0001-37), apenas com o diferencial inerente à única filial, tombada sob o n. 78.211.182/0002-18.

Lançando uma pá de cal na *quaestio*, o festejado doutrinador Fábio Ulhoa Coelho esclarece que:

> A sociedade limitada unipessoal foi chamada, na lei brasileira, de *empresa individual de responsabilidade limitada* (Eireli). A designação é infeliz, já que a empresa é tecnicamente, uma atividade, e não um sujeito de direito. Apesar disso, deve-se comemorar a introdução do instituto no nosso direito, em 2012, que representou um grande avanço. A maioria dos países já admite a sociedade limitada unipessoal há tempos, e a Eireli tirou o nosso atraso na matéria.
>
> São normas específicas da sociedade limitada unipessoal:
>
> 1ª) Na formação do nome empresarial, seja forma ou denominação, em vez da locução "limitada", deve-se acrescer a sigla Eireli;
>
> 2ª) O capital social deve ser de pelo menos 100 salários mínimos;
>
> 3ª) O capital social deve estar totalmente integralizado na constituição – significa dizer que, não havendo a hipótese de capital subscrito não integralizado, os credores nunca poderão, em cãs de falência, demandar a responsabilização do único sócio da Eireli em seu patrimônio pessoal;

> 4ª) Se o único sócio da Eireli for uma pessoa natural, ela não poderá participar de outra sociedade unipessoal, mas poderá, porque não há proibição na lei, ser sócio de limitadas pluripessoais ou mesmo de sociedades de tipo diverso;
>
> 5ª) **A Eireli, como qualquer sociedade limitada, pode ser constituída pela assinatura, por seu único sócio, do ato constitutivo (CC, art. 980-A, caput) ou mediante transformação de registro de empresário individual (art. 968, § 3.º)**; mas poderá, também, ser constituída pela concentração das quotas sob a titularidade de uma só pessoa (art. 980-A, § 3º), como, por exemplo, no caso de falecer um de dois sócios, sendo o sobrevivente o herdeiro universal do falecido.
>
> (*Manual de direito comercial*: direito de empresa. 28. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 161-162, gizou-se).

Ora, por ter havido a transformação do empresário individual (Alciones Roberto Scoz) em empresa individual de responsabilidade limitada (Frigorífico Scoz Eireli), mediante ato devidamente registrado na Junta Comercial competente, não se pode criar obstáculo do direito de ação (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal) sob o argumento de ilegitimidade ativa.

Permitir o inverso seria exigir que fossem emitidas novas cambiais, com a indicação da Exequente como beneficiária originária ou, até mesmo, ao arrepio das melhores interpretações jurídicas, que uma empresa transferisse o seu direito de crédito, mediante endosso em preto ou branco, à ela mesma, já que se transformou em empresa individual de responsabilidade limitada.

Adite-se, outrossim, que pelo conjunto dos acontecimentos suso narrados, não há nenhuma dúvida perante o Executado sobre a quem deve pagar a quantia representada nos cheques, pois, como se viu, houve apenas a alteração na modalidade empresarial do antigo beneficiário do cheque, e não a extinção do empresário individual com a criação de nova sociedade unipessoal limitada (Eireli), o que comportaria, até

mesmo, em novo cadastro da pessoa jurídica concebida, o que não ocorreu *in casu*.

Portanto, não há falar em ilegitimidade ativa *ad causam* e, à reboque, em indeferimento da exordial, razão pela qual a tutela jurisdicional desafiada deve ser desconstituída a fim de se reconhecer a imperatividade no prosseguimento do leito processual no primeiro grau de jurisdição.

3 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 prevista no seu art. 14, que assim dispõe:

> 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.

Quanto ao assunto, estabelece o art. 85, §§ 1º e 11, do CPC/2015:

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
>
> § 1º. São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.
>
> [...]
>
> § 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.
>
> (sublinhou-se).

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça editou o 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".

Acerca da matéria, o eminente Desembargador Henry Petry Júnior, relator das Apelações Cíveis ns. 0300589-09.2015.8.24.0014, 0300590-91.2015.8.24.0014 e 0300957-18.2015.8.24.0014, julgadas pela Quinta Câmara de Direito Civil em 12-9-16, discorreu com propriedade sobre os pressupostos de cabimento dos honorários recursais:

> APELAÇÕES CÍVEIS. COISAS E PROCESSUAL CIVIL. AÇÕES DE MANUTENÇÃO DE POSSE, USUCAPIÃO E REIVINDICATÓRIA. - IMPROCEDÊNCIA DAS PRIMEIRAS E PROCEDÊNCIA DA ÚLTIMA NA ORIGEM.
>
> [...] (**3**) HONORÁRIOS RECURSAIS. PRESSUPOSTOS PRESENTES. CABIMENTO.
>
> - Os honorários advocatícios recursais têm 3 (três) pressupostos: 1) sentença publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015; 2) prévia fixação ou arbitramento de verba honorária na decisão recorrida; e 3) trabalho adicional realizado em grau recursal, com valoração entre os limites quantitativos de 10% (dez por cento) e, na soma com o percentual estabelecido na decisão recorrida, de 20% (vinte por cento), à luz dos critérios qualitativos. Sob esse prisma, a distribuição deverá se embasar na sucumbência em grau recursal, com incidência, sucessiva e subsidiariamente, sobre: a) o valor atualizado da condenação; b) o valor atualizado do proveito econômico obtido; ou, não sendo possível mensurá-lo, c) o valor atualizado da causa. Porém, sendo referidos

parâmetros inestimáveis, nas perspectivas da não quantificabilidade ou da exorbitância, ou irrisórios, cumpre arbitrar a verba honorária mediante apreciação equitativa. Inteligência dos arts. 4º e 5º da LINDB; 1º, *caput*, da Lei n. 6.899/1981; 884 do CC; 1º, 8º, 14, 85, § 2º, 6º, 8º e 11, 322, § 1º, e 1.046 do CPC/2015; 1º, *caput*, e 5º, *caput* e incs. XXXVI e LIV, da CRFB. Presentes os pressupostos, aplica-se a verba recursal.

E do corpo do v. acórdão:

2.4 Os honorários advocatícios recursais

2.4.a A introdução necessária

Os **honorários advocatícios recursais** configuram inovação do Código de Processo Civil de 2015, estabelecendo-se, no § 11 do art. 85, 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*", os limites quantitativos e os critérios qualitativos previstos nos §§ 2º a 6º, "*sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar*", por certo, os limites quantitativos "*estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento*".

Com efeito, na vigência do **Código de Processo Civil de 1973**, a fixação ou o arbitramento de honorários advocatícios sucumbenciais dava-se apenas na sentença, cabendo ao togado promover um **juízo retrospectivo** e, também, um **juízo prospectivo**, afinal, deveria remunerar o labor advocatício já empregado e que, possivelmente, poderia vir a sê-lo na espécie. Na realidade inaugurada pelo **Código de Processo Civil de 2015**, cabe-lhe apenas fazer um **juízo retrospectivo**, remunerando tão somente o trabalho empregado até a sentença, porquanto é relegado ao Tribunal majorar a verba fixada ou arbitrada, se ocorrer, efetivamente, trabalho adicional em grau recursal.

À luz de tal concepção, bem como da **teoria do isolamento dos atos processuais** (art. 14 do Código de Processo Civil de 2015) e da **regra *tempus regit actum*** (art. 1.046 do Código de Processo Civil de 2015), corolários, no âmbito do direito intertemporal processual, do **princípio da segurança jurídica** (art. 5º, *caput* e inc. XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil), os honorários

advocatícios recursais apenas serão cabíveis, portanto, em **sentença publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015.**

Nesse contexto, os honorários advocatícios recursais têm, ainda, mais 2 (dois) pressupostos, quais sejam: **[a] prévia fixação ou arbitramento de verba honorária na decisão recorrida**, ou seja, que a decisão contra a qual o recurso se volta tenha, também, fixado ou arbitrado a verba, afinal, prevê-se que o tribunal majorará os honorários anteriormente fixados ou arbitrados, só se podendo majorar, por certo, aquilo que já existe; e **[b] trabalho adicional realizado em grau recursal**, isto é, efetiva interposição de recurso ou, ainda, apresentação de contrarrazões, afinal, remunera-se o labor advocatício adicional, sob pena de enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil).

No que tange ao ***quantum***, diante na necessidade de observar os limites quantitativos e os critérios qualitativos, devem ser fixados, independentemente do conteúdo da decisão (art. 85, § 6º, do Código de Processo Civil de 2015), em percentual entre os **limites quantitativos** de 10% (dez por cento) e, na soma com o percentual estabelecido na decisão recorrida, de 20% (vinte por cento), à luz dos **critérios qualitativos** (art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015).

Acerca da **base de cálculo**, deve-se considerar, em regra, a **sucumbência em grau recursal** do recorrente e/ou do recorrido, independentemente daquela estabelecida na origem para o autor e/ou o réu. Dessa forma, cumpre examinar o quanto da pretensão recursal versada recebeu ou não acolhimento no julgamento pelo Tribunal e, com base em tal exame, fixar ou arbitrar honorários em favor da parte que tenha se sagrado vitoriosa: **[a]** o recorrente, se provido o recurso; **[b]** o recorrido, se desprovido o recurso e presente labor de seu advogado em grau recursal; e, **[c]** concomitantemente, o recorrente e o recorrido, se parcialmente provido o recurso e, igualmente, presente labor do advogado deste em grau recursal.

Nessa perspectiva, deve-se ter por base, sucessiva e subsidiariamente: **[a] o valor atualizado da condenação; [b] o valor atualizado do proveito econômico obtido**; ou, não sendo possível mensurá-lo, **[c] o valor atualizado da causa**, incidindo correção

monetária, por se tratar de um imperativo legal (arts. 1º, *caput*, da Lei n. 6.899/1981; e 322, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015) e consonante com a vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil), sendo expressamente prevista em relação valor da causa (art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015) e aplicável, por analogia (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), ao valor da condenação e do proveito econômico obtido.

Nada obstante, sendo referidos parâmetros inestimáveis, nas perspectivas da não quantificabilidade ou da exorbitância, ou irrisórios, cumpre arbitrar a verba honorária mediante **apreciação equitativa** (art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil de 2015), o que, apesar de previsto apenas para o valor do proveito econômico obtido e da causa, há incidir também, por analogia (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em relação ao valor da condenação, com espeque na vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil), no fim social da norma (arts. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; e 8º do Código de Processo Civil de 2015) e nos critérios de proporcionalidade e razoabilidade (art. 8º do Código de Processo Civil de 2015), corolários do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil) e do princípio do devido processo legal (arts. 1º do Código de Processo Civil de 2015; e 5º, inc. LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Por fim, insta consignar que, excepcionalmente, em não se conhecendo do recurso e, por consequência, ausente sucumbência em grau recursal a aquilatar, necessário constatar, à luz do **princípio da causalidade**, num exame perfunctório das razões dos litigantes, quem deu causa à interposição do recurso (art. 85, § 10, do Código de Processo Civil de 2015).

Assim, conclui-se que os honorários advocatícios recursais têm 3 (três) pressupostos: **[1]** sentença publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015; **[2]** prévia fixação ou arbitramento de verba honorária na decisão recorrida; e **[3]** trabalho adicional realizado em grau recursal, com valoração entre os limites quantitativos de 10% (dez por cento) e, na soma com o percentual estabelecido na decisão recorrida, de 20% (vinte por cento), à luz dos critérios qualitativos. Sob esse prisma, a

> distribuição deverá se embasar na sucumbência em grau recursal, com incidência, sucessiva e subsidiariamente, sobre: **[a]** o valor atualizado da condenação; **[b]** o valor atualizado do proveito econômico obtido; ou, não sendo possível mensurá-lo, **[c]** o valor atualizado da causa. Porém, sendo referidos parâmetros inestimáveis, nas perspectivas da não quantificabilidade ou da exorbitância, ou irrisórios, cumpre arbitrar a verba honorária mediante apreciação equitativa.
>
> (op. cit., grifos no original).

A propósito, a Corte da Cidadania já esclareceu que os honorários sucumbenciais recursais não devem ser aplicados a todos os recursos, mas somente àqueles interpostos contra decisões que tenham fixado o estipêndio:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO QUE, EM PROCESSO DE EXECUÇÃO, ACOLHEU PARCIALMENTE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E DECLAROU A PRESCRIÇÃO DE PARTE DA DÍVIDA EXECUTADA, SEM POR FIM AO PROCESSO. NATUREZA DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> VII. Não procede o pedido formulado, pela parte agravada - com fundamento no art. 85, § 11, do CPC/2015 e no Enunciado Administrativo 7/STJ -, para que haja condenação da agravante em honorários advocatícios recursais, porquanto aquele dispositivo legal prevê que "o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente". Porém, nos presentes autos, não foram anteriormente fixados honorários de advogado, em face da sucumbência recíproca, seja na decisão de 1º Grau, seja no acórdão recorrido.
>
> VIII. Agravo interno improvido.

> (Ag. Int. no REsp 1517815/SP, Rela. Mina. Assusete Magalhães, j. em 18-08-16, sublinhou-se).

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência deste Sodalício:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO. INSURGÊNCIA DO BANCO IMPUGNANTE.
>
> [...]
>
> CONTRARRAZÕES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO DA IMPUGNAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA QUE DEIXOU DE ARBITRAR A VERBA HONORÁRIA POR FORÇA DA SÚMULA 519 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE QUE SE ESTENDE A MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS RECURSAIS.
>
> "Descabimento dos honorários advocatícios recursais (§ 11 do art. 85 do NCPC) quando não se está diante de recurso interposto contra decisão de primeiro grau que tenha fixado honorários advocatícios". (Agravo de Instrumento n° 20933107020168260000, 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Des. Ricardo Chimenti, data de julgamento: 02/06/2016).
>
> Recurso improvido.
>
> (Agravo de Instrumento n. 0032900-37.2016.8.24.0000, Rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. em 01-09-16, destacou-se).

In casu, tendo em vista que o Estado-Juiz deixou de aplicar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, há evidente óbice na fixação do estipêndio recursal neste grau de jurisdição.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, dá-se provimento ao Recurso para, reconhecendo a legitimidade ativa *ad causam*, desconstituir o provimento vergastado e, via de consequência, determinar o regular prosseguimento do feito executivo.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação cível n. 0007885-10.2012.8.24.0064
Relator: Des. Jânio Machado

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. PROCESSO QUE NÃO FICOU PARALISADO POR OMISSÃO DO EXEQUENTE POR PRAZO SUPERIOR AO PREVISTO PARA A PRETENSÃO DE EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 44 DA LEI N. 10.931, DE 2.8.2004, NO ARTIGO 70 DO ANEXO I DO DECRETO N. 57.663, DE 24.1.1966, E NO ARTIGO 206, § 3º, INCISO VIII, DO CÓDIGO CIVIL. EXECUTADAS QUE FORAM CITADAS POR HORA CERTA E UTILIZAÇÃO DOS SISTEMAS BACENJUD E RENAJUD QUE NÃO ENCONTROU BENS OU VALORES EM SEUS NOMES. EXEQUENTE QUE CUMPRIU TODAS AS DETERMINAÇÕES DO JUÍZO E PROMOVEU OS ATOS NECESSÁRIOS AO BOM ANDAMENTO DO PROCESSO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NÃO CARACTERIZADA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA E DETERMINAÇÃO DE RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 0007885-10.2012.8.24.0064, da comarca de São José (Vara de Direito Bancário), em que é apelante Itaú Seguros S/A e, apeladas, Edna Sotag ME e outra:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 9 de fevereiro de 2017, foi presidido pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou a desembargadora Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 13 de fevereiro de 2017.

Jânio Machado
RELATOR

RELATÓRIO

Itaú Unibanco S/A ajuizou ação de execução contra Edna Sontag ME e Edna Sontag sob o argumento de que é credor da quantia de R$58.321,89 (cinquenta e oito mil, trezentos e vinte e um reais e oitenta e nove centavos), correspondente ao saldo devedor, atualizado até o dia 13.12.2011, da cédula de crédito bancário para empréstimo de capital de giro "Giropré – DS – Parcelas Iguais/Flex" n. 060538142-5, emitida na data de 23.2.2011.

O mandado de execução foi expedido (fls. 30/31), certificando-se a não realização da citação em face da inexistência do endereço informado (fl. 31-v). O exequente informou o novo endereço (fl. 36) e recolheu o valor da diligência do meirinho (fls. 39/42), sendo realizada a citação das executadas por hora certa em 11.9.2014 (fl. 44). O cartório certificou a fluência do prazo para manifestação das executadas (fl. 46) e, após a utilização dos sistemas Bacenjud e Renajud ter resultado infrutífera (fls. 47/53), intimou-se o exequente para que comprovasse a inexistência de bens imóveis em nome das executadas, "(...) a fim de possibilitar a aplicação do sistema INFOJUD" (fl. 54). Em 22.9.2015, o exequente requereu a suspensão do processo, com fundamento no artigo 791, inciso III, do Código de Processo Civil de 1973 (fl. 75) e, em 22.1.2016, o digno magistrado Rafael Fleck Arnt julgou extinto o feito, em face do

reconhecimento da prescrição intercorrente (artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil de 1973), condenando o autor ao pagamento das custas processuais (fls. 85/86-v).

Inconformado, o exequente interpôs recurso de apelação cível (fls. 89/107) sustentando a: a) existência de citação por hora certa; b) aplicação do prazo de prescrição previsto no artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil (5 anos) e c) inviabilidade do reconhecimento da prescrição intercorrente, uma vez que a demora da citação não foi causada por sua inércia, mas "por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça", sendo aplicável a orientação encontrada na súmula n. 106 do Superior Tribunal de Justiça. Por último, pleiteou a aplicação do disposto no artigo 932, inciso IV, do Código de Processo Civil de 2015.

A seguir, sem a resposta das apeladas, os autos vieram a esta Corte.

VOTO

A ação de execução está suportada na "Cédula de Crédito Bancário Empréstimo para Capital de Giro (Giropré – DS – Parcelas Iguais/Flex) n. 060538142-5, emitida na data de 23.2.2011, no valor de R$60.000,00 (sessenta mil reais), para pagamento em 12 (doze) parcelas mensais (cada uma no valor de R$5.921,88), com vencimento da primeira em 23.3.2011 e da última para o dia 23.2.2012 (fls. 8/14).

A petição inicial foi ajuizada na data de 1º.3.2012 e, em face do teor da certidão do oficial de justiça, de que deixou de citar as executadas porque não existe o número da rua informado (fl. 31-v), o exequente, em 23.9.2013, informou o novo endereço (fl. 36) e, em 19.3.2014, comprovou o recolhimento do valor da diligência do oficial de justiça (fls. 39/42). Na data de 11.9.2014, as executadas foram citadas por hora certa, conforme o que se lê da certidão lavrada pelo oficial de justiça:

> "Certifico que, em cumprimento ao mandado extraído dos autos mencionados, compareci no local indicado, por três (03) vezes, , não

> encontrando **Edna Sontag e Edna Sontag ME** pessoalmente e suspeitando que se oculta deliberadamente para evitar a citação, na forma do art. 227, do Código de Processo Civil, designei hora certa para o dia seguinte às 13:00 h. Cientifiquei o(a) Sr(a). Emili Sontag sobre a diligência efetivada, bem como da necessidade de sua presença e da parte citanda, na forma da lei. Diligenciando no dia e horário designados, não encontrando pessoalmente a parte, não sendo explicados os motivos da ausência ou indicado o local em que se achava, na forma do art. 228, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, procedi à citação de **Edna Sontag e Edna Sontag ME**, na pessoa de Lurdes (vizinha), que bem ciente ficou do inteiro teor deste e das peças processuais que o acompanham, o(a) qual aceitou a contrafé que ofereci, não exarou sua assinatura.
>
> Certifico ainda que, na tentativa de ludibriar este oficial de justiça Emili Sontag informou que a mãe estava viajando, mas em conversa com o vizinho Toninho ele acabou confirmando que na data da última diligência a executada estava sim nesta comarca. Inclusive pelo que o vizinho informou a executada é proprietária da Gráfica Digital (localizada na Rua Ademar da Silva, 235, Kobrasol. São josé). Dou fé."

As executadas não apresentaram manifestação (fl. 46), a utilização dos sistemas Bacenjud e Renajud não encontrou valores ou bens em nome das executadas (fls. 48/53) e, no dia 22.9.2015, o exequente requereu a suspensão do processo, nos termos do artigo 791, inciso III, do Código de Processo Civil de 2015 (fl. 75).

A prescrição intercorrente é, nas palavras de Vilson Rodrigues Alves, "a que sobrevém após a propositura da pretensão de direito material. Caracteriza-se pela inércia do titular, de que também decorre prescrição.". (*Da prescrição e da decadência no código civil de 2002*. Campinas/SP: Bookseller, 2003, p. 666).

Para que se opere a prescrição intercorrente, basta que o processo fique paralisado pelo tempo necessário à configuração da prescrição da pretensão, e isso seja decorrência da desídia do interessado:

> "(...) b) ocorre quando o autor, por ex. o credor, por desídia, não dá sequência ao processo, voltando, então, a fluir o prazo prescricional, como sanção à inércia processual, a partir do último ato do processo que o interrompeu, por culpa do autor. Se o processo se imobilizou por deficiência do serviço forense, por manobra maliciosa do réu, ou devedor, ou por qualquer motivo alheio ao autor, não haverá prescrição intercorrente. Se ocorrer imobilização processual por ato culposo do credor, o devedor poderá requerer, nos próprios autos, o decreto da prescrição intercorrente." (DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 810).

A pretensão de execução do valor representado por cédula de crédito bancário prescreve em 3 (três) anos, nos termos do artigo 44 da Lei n. 10.931, de 2.8.2004, do artigo 70 do Anexo I da Lei Uniforme de Genebra (Decreto n. 57.663, de 24.1.1966) e do artigo 206, § 3º, inciso VIII, do Código Civil (confira-se, ainda, o julgamento do agravo regimental no agravo em recurso especial n. 353.702/DF, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o ministro Luis Felipe Salomão, em 15.5.2014). A propósito, recorde-se o teor da súmula n. 150 do Supremo Tribunal Federal: "Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação.".

Assim, uma vez que o processo nunca ficou paralisado por omissão do exequente por prazo superior àquele previsto para a pretensão de execução do valor representado no título de crédito (note-se que as executadas foram, sim, citadas em 11.9.2014 e, até a data do requerimento de suspensão do processo, em 22.9.2015, não havia transcorrido o prazo de prescrição, que é de 3 anos), o reconhecimento da prescrição intercorrente afigura-se inviável.

Convém ressaltar que o exequente, quando intimado para impulsionar o processo, pleiteou o que considerou ser útil e necessário ao prosseguimento regular do feito, bem ainda cumpriu as determinações do juízo.

Com essas considerações, o recurso é provido para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à origem para o regular prosseguimento do feito.

Apelação Cível n. 0317783-92.2015.8.24.0023, da Capital
Relatora: Desembargadora Soraya Nunes Lins

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C LUCROS CESSANTES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO AUTOR.

DANOS MORAIS. PLEITO PELA CONDENAÇÃO DA RÉ. IMPROCEDÊNCIA. DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA AUTORA QUE NÃO SERVEM PARA COMPROVAR SUAS ALEGAÇÕES (ART. 373, I, DO CPC/2015). ADEMAIS, FALTA DE PROVAS ACERCA DO PREJUÍZO EM VIRTUDE DO ERRO COMETIDO PELA RÉ NO TRANSPORTE DAS MERCADORIAS. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DO ABALO DE CRÉDITO A PONTO DE DENEGRIR A REPUTAÇÃO E BOA IMAGEM DA APELANTE. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA.

LUCROS CESSANTES. QUANTIA QUE A VÍTIMA RAZOAVELMENTE DEIXOU DE LUCRAR COMO CONSEQUÊNCIA DIRETA E IMEDIATA DO EVENTO DANOSO. ALEGADA PERDA DE LUCROS EM RAZÃO DA FALTA DE MERCADORIAS PARA VENDAS EM DATA FESTIVA. AUSÊNCIA DE PROVA CABAL DO PREJUÍZO. ARTIGOS 402 E 403 DO CC/02. REJEIÇÃO DO PEDIDO.

HONORÁRIOSSUCUMBENCIAISRECURSAIS.DESCABIMENTO NO CASO EM ANÁLISE, ANTE A INEXISTÊNCIA DE TRABALHO ADICIONAL PELO PROCURADOR DO APELADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 11, DO CPC/2015.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0317783-92.2015.8.24.0023, da comarca da Capital (2ª Vara Cível), em

que é Apelante Tb Brasil Importação/exportação Ltda, e Apelado Jaguar Logistics do Brasil Ltda:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Jânio Machado.

Florianópolis, 9 de março de 2017.

Desembargadora Soraya Nunes Lins
RELATORA

RELATÓRIO

TB Brasil Importação/Exportação Ltda ajuizou "ação de restituição de quantia certa c/c lucros cessantes e indenização por danos morais" contra Jaguar Logistics do Brasil Ltda, objetivando o ressarcimento dos prejuízos materiais sofridos em decorrência da má prestação de serviço de logística pela requerida, além de lucros cessantes e ressarcimento por danos morais.

O Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da comarca da Capital julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais, condenando a requerida ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 10.635,88 (dez mil, seiscentos e trinta e cinco reais e oitenta e oito centavos). Condenou as partes, na proporção de 40% para a autora e 60% para a ré, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação, pugnando pela condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais. Alegou que, embora a relação tenha sido negocial, esta gerou dissabores e prejuízos, como troca de mensagens de cobrança, promessas de pagamento não cumpridas, falta de mercadorias para venda em época festiva.

Destacou que as indenizações por dano moral e por dano material podem ser cumuladas, conforme a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

Salientou que o gasto de tempo e de dinheiro, o desgaste emocional para liberação das mercadorias, ficar sem elas em época de natal e perda dos lucros, não podem ser considerados meros dissabores.

Quanto aos lucros cessantes, enfatizou estar devidamente comprovado nos autos. Aduziu que o prejuízo de não ter a mercadoria na época de natal para venda é prova de que houve prejuízo e perda de lucros.

Assim, requer o provimento do recurso para reformar a sentença e condenar a apelada ao pagamento de indenização por danos morais e lucros cessantes.

Ausentes contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por TB Brasil Importação/Exportação Ltda contra sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da comarca da Capital, que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na "ação de restituição de quantia certa c/c lucros cessantes e indenização por danos morais" ajuizada contra Jaguar Logistics do Brasil Ltda.

1. Preliminarmente, registre-se que a sentença foi proferida já na vigência da Lei n. 13.105/2015, que entrou em vigor em 18 de março de 2016. Logo, o presente recurso observará as normas do Novo Código de Processo Civil.

Aliás, acerca da aplicação das normas processuais, dispõe o art. 14 do novo Código de Processo Civil: "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".

Feito o registro, passa-se à análise do reclamo.

2. Pugna o recorrente, em síntese, pela condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos morais e lucros cessantes.

Afirma que o dano moral sofrido está demonstrado nos autos, tendo em vista os dissabores e prejuízos sofridos em razão do erro cometido pela apelada causador da retenção das mercadorias.

Além disso, enfatiza a comprovação dos lucros cessantes, porquanto o fato de não ter a mercadoria na época de natal para venda é prova de que houve prejuízo e perda de lucros.

A insurgência não prospera.

Analisando os documentos trazidos na inicial, denota-se que a empresa apelante firmou com a ré contrato de transporte marítimo de mercadorias mas que estas foram retidas por erro da empresa de logística ré, o que gerou cobrança de taxas de armazenagem e demurrage (sobre-estadia).

Das mensagens eletrônicas trocadas entre a parte autora e a ré, nota-se que esta assumiu o erro e propôs a restituição dos valores necessários para a liberação das mercadorias (fls. 21 e 26).

Com efeito, para que se configure a responsabilidade civil e o dever de indenizar, não basta a simples existência de conduta que viole o direito, sendo indispensável que a ação ou omissão do agente tenha causado um efetivo dano a outrem.

A respeito da matéria, dispõe o Código Civil, em seus arts. 186 e 927, caput:

> 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.

No caso em apreço, em que pese as alegações da apelante, não há provas acerca dos alegados prejuízos por ventura sofridos em virtude do erro cometido pela ré, ônus que incumbia ao autor (art. 373, I, do CPC/2015).

Além disso, não há prova de que a situação gerou abalo de crédito, inscrição em órgão de proteção ou protesto indevido a ponto de abalar a reputação e o bom nome da parte apelante na sociedade.

Ademais, o desgaste emocional para liberação das mercadorias também não demanda indenização moral, até porque tal sentimento é exclusivo da pessoa física e não jurídica como é o caso dos autos.

É certo que a situação é desagradável e causa certo desgosto e incômodo. Contudo, elevar tal fato à condição de um dano juridicamente indenizável, excede a normalidade dos pequenos incômodos e desprazeres que suportamos em sociedade.

Como já assentou este egrégio Tribunal de Justiça:

> EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. OFENSA À HONRA. ADESIVO EM AUTOMÓVEL DEMONSTRANDO A INSATISFAÇÃO COM A EMPRESA

RECORRENTE. AUSÊNCIA DE EXCESSO. ILÍCITO NÃO CARACTERIZADO. MERO DISSABOR. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. ACÓRDÃO MANTIDO.

"Não há dano moral se o fato narrado não desborda da esfera do simples aborrecimento, pois o mero desgaste ou incômodo, típico do convívio social, não deve ser compensado pecuniariamente, sob pena de banalização do instituto contemplativo do dano moral". (Ap. Cív. n. 2014.041882-2, de Itapiranga, rel. Des. Edemar Gruber, j. 26.1.2015). (Embargos Infringentes n. 2015.023714-6, de Chapecó, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 09-03-2016).

E mais:

"Os incômodos e contrariedades enfrentados cotidianamente não devem ser considerados, por si sós, fontes geradoras de dano moral, precipuamente aquelas consubstanciadas em singelos aborrecimentos desprovidos de qualquer potencialidade lesiva, como as advindas do relacionamento conjugal. Sem comprovação dos requisitos insculpidos no art. 186 do Código Civil, não há que se cogitar responsabilidade civil subjetiva por ato ilícito" (TJSC, Apelação Cível n. 2007.014154-1, de Xanxerê, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 1º-4-2008). (TJSC, Apelação Cível n. 2015.056840-5, de Curitibanos, rel. Des. Fernando Carioni, j. 13-10-2015). (Apelação n. 0014970-44.2010.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Raulino Jacó Brüning, j. 19-05-2016).

Outrossim, quanto à alegação da falta de mercadorias para vendas em época de Natal e perda dos lucros, destaque-se que não foi produzida prova a respeito, mormente no sentido de que os objetos transportados seriam os únicos a serem comercializados a ponto de gerar prejuízo de grande monta, ou de que isto tenha se passado em data festiva.

Logo, por ausência de dano, incabível a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais, não merecendo reparo a r. sentença nesse ponto.

3. No que concerne ao pedido de reparação por lucros cessantes, conquanto a parte autora tenha alegado que restou comprovado o

prejuízo sofrido ao não ter a mercadoria na época de natal para venda, não há prova contundente do prejuízo que a autora alega ter sofrido.

> O art. 402 do Código Civil estabelece:
>
> 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.

A parte final do citado artigo traz a ideia do que sejam lucros cessantes, que consistem naquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar como consequência direta e imediata do evento danoso.

Todavia, na hipótese dos autos, a parte autora não demonstrou, de maneira cabal, que deixou efetivamente de lucrar com a venda das mercadorias.

Como bem asseverado pela jurisprudência desta Corte:

> "A indenização de lucros cessantes não se funda em mera ilação, simples perspectiva de ganho ou vantagem que se imagina fosse auferida. Para legitimar a indenização a esse título há que existir prova concreta de que o prejudicado, em decorrência do ato ilícito, deixou de integrar ao seu patrimônio vantagens e/ou rendimentos que já eram certos" (Apelação Cível nº 2008.053221-9, Rel. Des. Luiz Cézar Medeiros. j. 26.09.08) (Apelação Cível n. 2014.011690-4, de Chapecó, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 28-07-2015).

Além disso, conforme se observa dos comentários de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Não deve ser acolhido pedido de indenização por perdas e danos se a parte não descreve com precisão os prejuízos sofridos e os lucros cessantes, limitando-se a mencioná-los genericamente (RT 613/138) (Código Civil Comentado, 8ª edição, rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 517).

Silvio de Salvo Venosa, ao comentar os artigos 402 e 403 do Código Civil enfatiza que "tanto na responsabilidade contratual, como na extracontratual, para que surja o direito à indenização, há necessidade de um prejuízo, isto é, um dano avaliável, uma perda, uma diminuição no patrimônio" (*Código Civil Interpretado*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 457).

Diante desse contexto, ausente a prova do prejuízo que o autor alega ter sofrido, há que ser rejeitado seu pedido de indenização por lucros cessantes. Portanto, a sentença recorrida não merece reparo neste tópico.

4. Por fim, deixa-se de majorar os honorários advocatícios de sucumbência, conforme previsão do art. 85, § 11, do CPC/2015, pois, como a parte apelada não apresentou contrarrazões, não houve trabalho adicional realizado em grau recursal a motivar a aludida majoração.

A respeito da matéria, colhe-se da jurisprudência:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO GARANTIDA POR CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS VERTIDOS NA EXORDIAL. IRRESIGNAÇÃO DA FINANCEIRA.
>
> (...)
>
> HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, §§ 1º E 11, DO CÓDIGO FUX. VIABILIDADE, EM TESE, DE FIXAÇÃO DE OFÍCIO EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DA VERBA PROFISSIONAL NA ORIGEM. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELA "CORTE DA CIDADANIA". VERIFICAÇÃO, CONTUDO, DE AUSÊNCIA DE TRABALHO ADICIONAL EM GRAU RECURSAL POR EVENTUAIS BENEFICÁRIOS DO ESTIPÊNDIO. ADVOGADOS DO CONSUMIDOR QUE SEQUER APRESENTARAM CONTRARRAZÕES AO RECURSO. VERBA SUCUMBENCIAL RECURSAL QUE DEIXA DE SER ESTABELECIDA.

> REBELDIA PARCIALMENTE CONHECIDA E IMPROVIDA (Apelação Cível n. 0315808-89.2015.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 8-11-2016).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO. CONTRATOS VINCULADOS À CONTA CORRENTE. (...) INVIÁVEL FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 PELA AUSÊNCIA DE RESPOSTA DAS APELADAS. RECURSO DESPROVIDO (TJSC, Apelação Cível n. 0011133-82.2011.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 27-10-2016).
>
> Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. IPTU. Progressividade. Inconstitucionalidade. Súmula 668/STF. Alíquota mínima. Destinação do imóvel. (...) 3. Agravo regimental a que se nega provimento. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve apresentação de contrarrazões (STF, ARE 956798 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 30/9/2016).

Logo, inviável a majoração.

5. Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Esse é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Ação Rescisória n. 0140595-84.2015.8.24.0000 de Laguna
Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

AÇÃO RESCISÓRIA MANEJADA CONTRA ARESTO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO CÍVEL, QUE DETERMINOU A DEMOLIÇÃO PARCIAL DE OBRA SITUADA EM BALNEÁRIO DE MUNICÍPIO DO SUL DO ESTADO.

PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL ARGUIDA PELA REQUERIDA. APRECIAÇÃO DISPENSADA, VISTO QUE O MÉRITO DESPONTA FAVORÁVEL A QUEM A ARGUIU. MITIGAÇÃO DOS EMBATES PREAMBULARES ABARCADA PELO NCPC.

MÉRITO.

PROPRIEDADE UNIFAMILIAR COM 3 ANDARES. ACÓRDÃO QUE RECONHECEU A SOBREPOSIÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 1.913/82 DO CONSELHO NACIONAL DE TURISMO, EM FACE DA NORMA MUNICIPAL DE ZONEAMENTO URBANO, IMPLICANDO NA LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE PAVIMENTOS E A CONSEQUENTE REMODELAÇÃO DA EDIFICAÇÃO.

PREVALÊNCIA DA NORMA HIERÁRQUICA SUPERIOR, QUE NÃO CONSTITUI VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI, TAMPOUCO ERRO DE FATO. INSUBSISTÊNCIA DA TESE.

"[...] A ação rescisória não se presta para simples rediscussão da causa. Ou seja, não pode ser utilizada como sucedâneo recursal, sendo cabível, excepcionalmente, somente nos casos em que flagrante a transgressão da lei [...]" (STJ, AR 4.176/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 24/06/2015).

IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 0140595-84.2015.8.24.0000, da comarca de Laguna 1ª Vara Cível em que é Autor Hans Wilhelm Cremer e Réu Associação Rasga Mar - Na Defesa da Natureza.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, à unanimidade, julgar improcedente o pedido rescisório. Custas legais.

O julgamento, realizado em 28 de junho de 2017, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Pedro Manoel Abreu, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Cid Goulart, João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba, Ricardo Roesler, Carlos Adilson Silva, Odson Cardoso Filho, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Júlio César Knoll, Francisco Oliveira Neto, Hélio do Valle Pereira, e a Excelentíssima Senhora Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça João Fernando Quagliarelli Borrelli.

Florianópolis, 29 de junho de 2017.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de ação Rescisória manejada por Hans Wilhelm Cremer, contra Associação Rasga Mar - Na Defesa da Natureza, objetivando desconstituir o acórdão de julgamento da *Apelação Cível n. 0000135-49.2000.8.24.0040*, que determinou a demolição de parte de seu imóvel.

O desfecho proclamado pela Quarta Câmara de Direito Público, na Sessão Ordinária realizada em 11/06/2012, foi nos seguintes termos:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL AFASTADA. NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ALVARÁ PARA A EXECUÇÃO DA OBRA CONCEDIDO PELA PREFEITURA MUNICIPAL. IRREGULARIDADES QUANTO À ALTURA DA CONSTRUÇÃO E RECUO LATERAL. DEMOLIÇÃO PARCIAL PARA ADEQUAÇÃO DA OBRA ÀS EXIGÊNCIAS LEGAIS.
>
> [...] Sendo essa a compreensão que se alcançou, vota-se pelo provimento parcial do recurso para determinar que o apelante promova a demolição do terceiro pavimento da obra em questão, bem como o seu recuo em relação à lateral direita, no seu ponto mais saliente, sob pena de multa diária no valor de R$ 300,00 (trezentos reais), nos termos do artigo 11 da Lei nº 7.347/85. [...] (fls. 710/720).

Fundamentando sua pretensão, Hans Wilhelm Cremer aduz que a edificação objeto da controvérsia possui um porão térreo e 2 (dois) pavimentos - ou, 3 (três) andares, conforme a interpretação -, estando sua altura máxima em conformidade com a norma vigente à época de sua construção, tendo sido respeitado o limite de até 58% (cinquenta e oito por cento) de ocupação horizontal do terreno, perfazendo, na verdade, apenas 45,6% (quarenta e cinco vírgula seis por cento), aquém do previsto para a Zona Residencial-ZR II B, conforme disposição contida na Lei nº 04/79.

Rechaça qualquer ofensa aos valores paisagísticos e arquitetônicos da localidade Prainha, na região do Farol de Santa Marta, em Laguna, até mesmo por inexistir qualquer padrão de edificação.

Aponta que os recuos laterais carecem de parâmetro fidedigno, sobretudo porque na localidade do Farol não há características definidas para os lotes, isto por serem as ocupações - em sua maioria -, decorrentes do mero exercício da posse, coexistindo no mínimo 28 (vinte e oito) edificações mais próximas do mar do que a sua obra, e *"mais de uma dezena"* que não respeitam o alinhamento mínimo de 4 (quatro) metros

de recuo lateral e frontal, circunstâncias que não foram abordadas no acórdão rescindendo, termos em que - noticiando a compra de área limítrofe aos fundos do imóvel e na lateral oeste, para mitigar a questão dos recuos -, pugna pela citação da parte adversa, a produção de provas, a juntada do comprovante do depósito da monta para processamento da presente *actio,* e, por fim, pela procedência do pedido, com a consequente condenação em custas e honorários da Associação requerida (fls. 03/11).

Citada, a Associação Rasga Mar - Na Defesa da Natureza arguiu, em preliminar, a inépcia da inicial, diante da falta da *"clareza do autor em direcionar corretamente a petição ao juízo competente [...]"* (fl. 817), visto que endereçou o feito ao Ministro Presidente do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Contesta a existência de violação à disposição literal da lei, já que a norma local foi adequadamente sopesada com outras disposições concorrentes editadas pelos demais entes da federação, sobretudo no aspecto ambiental.

A respeito do erro de fato, ressalta que sua discussão deve emanar de tópicos que não tenham passado pelo crivo do contraditório ou pelo exame do acervo probatório já constante nos autos, sendo inadmissível reiterar esta fase no juízo rescisório.

Assevera, por derradeiro, que os fatos novos articulados em relação à aquisição de terras lindeiras não condizem com a estreita via da presente discussão, termos em que - pugnando pela concessão do benefício da Justiça Gratuita e a produção de provas -, clama pela rejeição da pretensão exordial (fls. 815/819).

Em Parecer da Procuradora de Justiça Gladys Afonso, o Ministério Público assinalou que a discussão foi objeto de ampla deliberação judicial, inexistindo, além disso, violação à disposição de qualquer norma, já que a Lei Municipal nº 04/79 - permissiva quanto à altura máxima de até 35 (trinta e cinco) metros -, encontra limite na Resolução nº 1.913

do Conselho Nacional do Turismo, que instituiu a região como local de interesse turístico, opinando, então, pela improcedência do pleito rescisório (fls. 778/785).

Na sequência, mesmo entendendo que a causa comportava julgamento antecipado, intimei as partes para especificarem as provas que pretendiam produzir, sobrevindo manifestação dos litigantes (fls. 854 e 861/865), retornando os autos conclusos (fl. 866).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Dispõe o art. 355, inc. I, do NCPC que o *"juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando não houver necessidade de produção de outras provas [...]"*.

É o caso dos autos, que, inclusive, carece da juntada de Alegações Finais (art. 973 do sobredito códice), por tratar questão exclusivamente de direito.

Pois bem.

No tocante a preliminar de inépcia da inicial aduzida pela Associação demandada, entendo plausível mitigar tal embate.

Isto porque o NCPC - numa análise conjugada de seus artigos (art. 485), e em atenção ao princípio da eficiência, da primazia da análise do mérito e da instrumentalidade das formas -, desabona o apego essencial às questões preambulares, quando, num prognóstico razoável, o mérito despontar plausível em prol daquele que o reivindica, circunstância que condiz com o presente caso (TJSC, Apelação n. 0002680-92.2013.8.24.0022, de Curitibanos, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 30/08/2016).

Não obstante, Hans Wilhelm Cremer aduz que houve violação literal a dispositivo de lei (art. 966, inc. V, do NCPC), porquanto a

norma municipal que estabelece o zoneamento do solo urbano, e fixa os limites verticais e horizontais para edificação de imóveis teria sido desconsiderada, isso em detrimento da Resolução do CNTur-Conselho Nacional de Turismo nº 1.913/82.

Ora, a premissa *"violar"* lei é algo que pressupõe choque de interpretação.

Outra, diametralmente oposta, é acomodar o dispositivo em voga a todos os outros que o sobrepujam ou ditam maior extensão de restrições ou permissões, consubstanciando, pois, o plano hierárquico das leis.

É o caso do acórdão rescindendo, onde a colenda Quarta Câmara de Direito Público apenas estratificou - em grau superlativo, qual a legislação urbanística que deveria prevalecer no caso em liça.

Não houve conflito ou violação de norma, mas, apenas, digressão acerca de qual seria a de mais alta classificação, tendo prevalecido, como visto, a Resolução do CNTur sobre a lei local.

Acerca dos valores paisagísticos, é preciso enaltecer que o acórdão verberado apenas indicou que a edificação de Hans Wilhelm Cremer destoava da harmonia arquitetônica quanto ao número de pavimentos, senão vejamos:

> [...] É importante ressaltar que a ação civil pública, consoante o seu artigo 1º, tem por objetivo, dentre outros, a preservação de bens e direitos de valor paisagístico, o que, através de um rápido exame das fotos apresentadas, verifica-se que não foi respeitado, porquanto a obra em questão destoa totalmente do conjunto arquitetônico existente no local, onde predominam casas simples, de um pavimento, sendo que o desfazimento do terceiro pavimento por certo abrandará o impacto visual criado e que destoa do todo [...] (fl. 28).

Ou seja, o aresto não afrontou nenhuma norma, tampouco desconsiderou a faculdade e a liberdade conferida ao demandante para escolher a arquitetura de seu melhor agrado.

Só assentou a impossibilidade do gabarito extrapolar 2 (dois) andares, nada condizendo com violação literal de dispositivo de lei ou equívoco a respeito do fato.

Sobre os recuos laterais e aos fundos do imóvel - tal como dito pelo próprio postulante -, *"são fatos posteriores ao desfecho da ação civil pública [...]"* (fl. 10), não servindo de base para justificar *"erro de fato"*, que sabidamente deve ter origem cronológica compatível com a data da entrega da jurisdição, e, não, posteriormente.

Enfim, *"a ação rescisória não se presta para simples rediscussão da causa. Ou seja, não pode ser utilizada como sucedâneo recursal, sendo cabível, excepcionalmente, somente nos casos em que flagrante a transgressão da lei [...]"* (STJ, AR 4.176/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 24/06/2015).

Para o deslinde da *quaestio*, em razão de sua pertinência e adequação, abarco integralmente a intelecção professada pela eminente Procuradora de Justiça Gladys Afonso, por sua própria racionalidade e jurídicos fundamentos, que reproduzo, consignando-a em meu voto, nos seus preciosos termos, como razões de decidir:

> [...] Por violação literal, entende-se a inconteste ofensa à exegese do texto de lei, sendo pacífico na doutrina e na jurisprudência a impossibilidade de reapreciação dos fatos e das provas do processo.
>
> Nesse sentido, no caso dos autos, não há de se aplicar aos fatos narrados a hipótese de incidência da norma legal precitada, qual seja, a existência de violação à disposição de lei, já que a matéria em discussão foi controvertida e objeto de deliberação judicial, tendo sido devidamente refutada.
>
> Aliás, nesse ponto, a prova pericial produzida no âmbito da ação civil pública é clara quanto as irregularidades presentes na edificação, conforme se extrai de declaração constante às fls. 421: *"A edificação embargada não atende aos afastamentos laterais e de fundos obrigatórios, a partir do segundo pavimento, conforme previsto na Lei Municipal 04/79, alterada pela Lei Municipal 241/89"*.

> Além disso, embora o terreno onde se implanta a edificação do requerido esteja classificado pela mencionada legislação municipal como Zona Residencial II-B, local em que a altura máxima permitida é de 35 (trinta) metros, a ocupação da área encontra limitações em norma hierarquicamente superior à lei municipal.
>
> Nesses termos, a Resolução nº 1.913 do Conselho Nacional do Turismo instituiu a região como local de interesse turístico, estabelecendo algumas regras de ocupação para tais áreas, as quais prevalecem diante de eventual legislação municipal que discipline a matéria.
>
> Com efeito, havendo norma específica regulamentando à altura da construção, o caso concreto deve ser analisado segundo as restrições impostas para tal regra, de forma que a altura máxima permitida é de 7 (sete) metros.
>
> Desse modo, verifica-se dos argumentos delineados na ação rescisória que o demandante, sob o argumento de violação à literal disposição de lei pretende, em verdade, a reapreciação de matéria já discutida nos autos originários, o que, todavia, não se coaduna com os objetivos restritos da ação rescisória.
>
> Assim, ainda que a requerente repute injusto o acórdão rescindendo, isto não consubstancia o cabimento da presente demanda, que exige, como cediço, a perfeita subsunção dos fundamentos às hipóteses legais previstas no art. 485 do Código de Processo Civil.
>
> No mais, veja-se qu eo autor reconhece a presença de irregularidades na construção quando, visando legitimá-las, traz como argumento a existência de outras edificações no local em situação semelhante, o que, por óbvio, não serve como fundamento para desconstituir o acórdão e tampouco reveste sua obra de legalidade [...] (fls. 783/784).

Dessarte, nos termos do art. 487, inc. I, do NCPC, julgo improcedente o pedido, restando Hans Wilhelm Cremer condenado ao pagamento das custas e honorários devidos ao patrono da parte adversa, que vão fixados em R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais - art. 85, § 8º, da Lei nº 13.105/15), diante da falta de elementos para se aferir

economicamente quanto custará a demolição do 3º pavimento do imóvel, muito embora tal verba deva guardar relação com o valor da causa.

Transitado em julgado, cumpra-se o inc. II, do art. 968, do suso referido códice, indo a importância depositada por Hans Wilhelm Cremer convertida em multa (fl. 742), que será destinada ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina.

De outro vértice, concedo à Associação Rasga Mar - Na Defesa da Natureza o benefício da Justiça Gratuita (fls. 854/859).

É como penso. É como voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível nº 0017702-70.2011.8.24.0020 de Criciúma
Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÕES SIMULTANEAMENTE INTERPOSTAS E REEXAME NECESSÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. DESENHISTA. LESÃO PARCIAL PERMANENTE NO TORNOZELO DIREITO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE.

INSURGÊNCIA DO INSS.

ALEGADA EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. INSUBSISTÊNCIA. CAUSA DE PEDIR E PEDIDOS DIVERSOS DA AÇÃO ANTERIORMENTE PROPOSTA. LESÃO QUE EVOLUIU PARA ESTADO MAIS GRAVOSO. LIMITAÇÃO PARCIAL PARA ATIVIDADE LABORAL ATESTADA POR PERÍCIA JUDICIAL. BENEFÍCIO DEVIDO.

"[...] É juridicamente possível e não afronta a coisa julgada o ajuizamento de nova ação por acidente de trabalho em decorrência do agravamento da lesão que, no passado, não chegou a reduzir a capacidade de modo a gerar o direito a benefício acidentário ou previdenciário." (TJSC, Apelação Cível nº 2010.010488-0, de Abelardo Luz, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. 07-12-2010).

APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.

RECURSO DO AUTOR.

INCONFORMISMO QUANTO AO TERMO INICIAL PARA O PAGAMENTO DO BENEFÍCIO.

FALTA DE INTERESSE RECURSAL. PRESTAÇÃO JUDICIAL QUE SE DEU NOS EXATOS TERMOS DO PEDIDO. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO, SOB PENA DE VIOLAÇÃO

AO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

DESCABIMENTO, ADEMAIS, DA APLICAÇÃO DO ART. 86, § 2º DA LEI Nº 8.213/91. SEQUELA QUE PROGREDIU PARA CONDIÇÃO INCAPACITANTE TEMPOS DEPOIS DE CESSADO O AUXÍLIO-DOENÇA. CIÊNCIA DO AGRAVAMENTO APENAS APÓS A JUNTADA DO LAUDO PERICIAL, ANTE A INEXISTÊNCIA DE PEDIDO ADMINISTRATIVO ANTERIOR.

APELO NÃO CONHECIDO. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0017702-70.2011.8.24.0020, da comarca de Criciúma 2ª Vara da Fazenda em que é/são Apte/Apdo(s) Júlio Medeiros Mendes e Apdo/Apte(s) Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso do INSS-Instituto Nacional do Seguro Social, todavia negando-lhe provimento. De outra banda, não conhecer do apelo do autor, confirmando a sentença em sede de Reexame Necessário. Custas Legais

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Jorge Luiz de Borba, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Carlos Adilson Silva e Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Funcionou como representante do Ministério Público a Procuradora de Justiça Monika Pabst.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2017.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Relator

RELATÓRIO

Cuidam-se de apelações cíveis simultaneamente interpostas, de um lado por Júlio Medeiros Mendes e, de outro, por INSS-Instituto Nacional do Seguro Social, contra sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara da Fazenda da comarca de Criciúma, que nos autos da ação de Acidente de Trabalho nº 0017702-70.2011.8.24.0020 (disponível em <http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=230004PRP0000&processo.foro=75*https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.Do?Processo.código=0K0009HA60000&processo.foro=20&uuidCaptcha=sajcaptcha_b42c4ce540994f2bb28f3aefba18e2b2*> acesso nesta data), decidiu a lide nos seguintes termos:

> [...] ANTE O EXPOSTO, acolho pedido para conceder à parte autora o benefício auxílio-acidente, no percentual de 50%, atento aos ditames do art. 86, §1º, da Lei nº 8.213/91, tendo por marco inicial a data da juntada do laudo pericial aos autos (21-8-2012 - fl. 265-v), haja vista que em demanda anterior o benefício requerido foi julgado improcedente, com o consequente pagamento das parcelas vencidas, respeitada a prescrição quinquenal - se for o caso -, devidamente corrigidas de acordo com os índices oficiais de atualização monetária dos débitos previdenciários até a véspera da citação, observando-se a partir de então o artigo 1º-F, da Lei nº 9.494, de 1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009.
>
> Arca, ainda, o réu, com o pagamento, pela metade, das custas processuais, além da verba honorária que fixo em 10% sobre o valor da condenação, atentando-se, neste particular, aos ditames da Súmula nº 111, do Superior Tribunal de Justiça.Declaro que o crédito ora reconhecido tem, para fins de expedição de precatório, natureza alimentar (Provimento 05/95 da Corregedoria Geral da Justiça). Em reexame necessário. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. (fls.283/287).

Inconformado, Júlio Medeiros Mendes objetiva a reforma da sentença apenas para que seja alterado o termo inicial para pagamento do benefício, sustentando que a Lei nº 8.213/91, em seu art. 86, § 2º, prevê a concessão do auxílio-acidente desde o dia seguinte da cessação do auxílio-doença.

Pretende, ainda, o prequestionamento de dispositivos da Lei nº 8.213/91 e do art. 7º da Constituição Federal, pugnando, por fim, pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 289/298).

O INSS, a seu turno, aponta a ocorrência de coisa julgada, porquanto existente ação anterior em que Júlio Medeiros Mendes pleiteou benefício previdenciário pelo mesmo acidente de trabalho, que foi julgada improcedente.

No mérito, defende que a lesão do autor, no tornozelo direito, não diminui sua capacidade para o trabalho, porquanto sua atividade laboral de desenhista / projetista dispensa a *"deambulação excessiva"* (fl. 298), postulando, ao final, o conhecimento e provimento da insurgência, com a reforma da sentença, para julgar improcedente o pleito (fls. 296/299).

Em suas contrarrazões, Júlio Medeiros Mendes refuta uma a uma as teses da autarquia previdenciária (fls. 302/307), enquanto essa, conquanto intimada, deixou fluir *in albis* o prazo (fl. 309).

Ascendendo a esta Corte, foram os autos por sorteio originalmente distribuídos ao Desembargador Newton Trisotto (fl. 313), vindo-me conclusos em razão do superveniente assento nesta Câmara.

Em manifestação do Procurador de Justiça André Carvalho, o Ministério Público apontou ser desnecessária sua intervenção, deixando de lavrar Parecer (fl. 315).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Por medida de organização e método, impõe-se a análise individual de cada uma das insurgências:

1. Do apelo interposto pelo INSS:

Por estarem presentes todos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A conjuntura factual apresentada demonstra que após a cessação do benefício auxílio-doença - recebido entre 22/04/2002 e 03/07/2005 -, Júlio Medeiros Mendes ajuizou a ação por Acidente de Trabalho nº 0006553-19.2007.8.24.0020 (disponível em <*https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0K0006QM80000&processo.Foro=20&uuidCaptcha=sajcaptcha_50bfca580ae64578b3487b4c5ce62604*> acesso nesta data), pleiteando sua aposentadoria por invalidez ou, subsidiariamente, auxílio-doença ou auxílio-acidente.

A demanda foi julgada procedente, com a concessão de auxílio-acidente (fls. 110/113).

Contudo, em sede de Reexame Necessário, esta Corte reformou o veredito, julgando improcedente o pleito (fls. 132/136), que transitou em julgado em 03/03/2010 (fl. 138).

Sustentando que sua debilidade agravou-se pela frequente utilização do membro afetado em sua atividade laboral, em 02/09/2011 Júlio Medeiros Mendes propôs nova ação, pretendendo seja-lhe concedido o auxílio-acidente.

Diante da conclusão do Perito (fls. 266/267), o magistrado sentenciante julgou procedente a ação, determinando que o benefício seja disponibilizado desde a juntada do Laudo aos autos (21/08/2012 - fl. 265 vº).

Pois bem.

De ser rechaçada a tese quanto à ofensa a coisa julgada, pois a presente causa de pedir difere daquela encetada na demanda anterior, já que relaciona-se ao agravamento da debilidade do autor, ainda que a origem seja o mesmo acidente de trabalho.

A propósito:

> PREVIDENCIÁRIO. COISA JULGADA. DEMANDA SIMILAR AJUIZADA NA JUSTIÇA FEDERAL QUE NEGOU BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AVENTADO AGRAVAMENTO DAS LESÕES

> APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO DO JUÍZO FEDERAL EM DECORRÊNCIA DA ATIVIDADE LABORATIVA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DA CAUSA DE PEDIR ENTRE AS AÇÕES. SENTENÇA REFORMADA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 515, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível nº 2010.028414-0, de Chapecó, rel. Des. Subst. Francisco Oliveira Neto, j. 20/10/2011).

Nessa linha:

> APELAÇÃO CÍVEL. INFORTUNÍSTICA. INÉPCIA DA INICIAL. DEMANDA ANÁLOGA AJUIZADA NA JUSTIÇA FEDERAL QUE RECONHECEU O DIREITO DE O OBREIRO PERCEBER BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE AGRAVAMENTO DA ENFERMIDADE EM DECORRÊNCIA DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO HODIERNAMENTE DESEMPENHADA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DA CAUSA DE PEDIR ENTRE AS AÇÕES. SENTENÇA CASSADA. TEORIA DA "CAUSA MADURA" (ART. 515, § 3º, DO CPC). INAPLICABILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA IMPRESCINDÍVEL PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. RETORNO DO FEITO À ORIGEM PARA SEU REGULAR PROCESSAMENTO. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível nº 2014.030373-4, de Chapecó, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 15/09/2015).

A comprovação do agravamento da lesão dá-se em razão da documentação médica recente anexada aos autos (fls. 18/20), e das respostas do *Expert* aos Quesitos da autarquia previdenciária, mormente ao de nº 3, onde esclarece que a sequela *"[...] evoluiu com limitação importante no tornozelo direito"* (fl. 266) e, no Quesito 3.D, completando que *"[...] se trata de uma sequela e a tendência natural é evoluir com piora"* (fl. 267).

Assim, em que pese haver demanda similar, não há que falar em violação da coisa julgada, porquanto, apesar de as partes e o acidente

serem os mesmos, restou pelo autor demonstrada a evolução da debilidade, ensejando, nesse momento, a possibilidade de novamente pleitear judicialmente o benefício pretendido.

Ademais, enquanto a ação anterior pretendia a concessão de aposentadoria por invalidez - e, apenas, subsidiariamente o auxílio-doença ou auxílio-acidente -, esta objetiva tão somente o recebimento do auxílio-acidente, não havendo que se falar em coincidência de pedidos.

E também não há que se dar guarida à tese quanto à inexistência da perda de capacidade para o trabalho.

Como é cediço, para a concessão do auxílio-acidente é imprescindível que seja demonstrado que do infortúnio sofrido pelo segurado decorreu lesão, e que desta resultou redução da aptidão para o exercício da atividade profissional, configurando, assim, o nexo etiológico, conforme preceitua o art. 86 da Lei nº 8.213/91, cuja redação restou modificada pela Lei nº 9.528/97:

> O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.
>
> 1º O auxílio-acidente mensal corresponderá a cinquenta por cento do salário-de-benefício e será devido, observado o disposto no § 5º, até a véspera do início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado.
>
> § 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria.

Impende destacar o estatuído no art. 104 do Decreto-Lei nº 3.048/99, alterado pelo Decreto-Lei nº 4.032/01, por ter sido o artigo

regulamentador das aludidas disposições da Lei Previdenciária, ao dispor que:

> O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar sequela definitiva, conforme as situações discriminadas no anexo III, que implique:
>
> I - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam;
>
> II - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam e exija maior esforço para o desempenho da mesma atividade que exerciam à época do acidente; ou
>
> III - impossibilidade de desempenho da atividade que exerciam à época do acidente, porém permita o desempenho de outra, após processo de reabilitação profissional, nos casos indicados pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social.

Ou seja, em consonância com os sobreditos preceitos legais, resta claro que somente quando restar efetivamente demostrado o nexo causal entre a lesão que acometeu o obreiro, e o trabalho por este desempenhado - com a correspondente redução da sua capacidade laboral -, é que será concedido o auxílio-acidente.

Neste contexto, Odonel Urbano Gonçalves leciona que:

> No estudo do conceito de acidente de trabalho, inclusive daquele descrito na Lei nº 8.213/91, verifica-se que é indispensável a ocorrência de nexo, de causa entre o trabalho e o efeito acidente.
>
> [...]
>
> Não existindo relação entre o acidente e o trabalho, exceto nas hipóteses previstas na Lei, não haverá infortúnio do trabalho. Ocorrendo acidente de trabalho mas sem lesão, não haverá reparabilidade. E mesmo havendo lesão, se esta não for incapacitante para o trabalho, não haverá cobertura acidentária. É necessário, para se completar o círculo do conceito de

> acidente de trabalho, que haja nexo entre o evento e o trabalho; que resulte lesão, incapacitando o obreiro para o trabalho, temporária ou definitivamente (*Manual de direito previdenciário*. 13. Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2009, p. 217/218).

No caso *sub judice*, observo que restou devidamente comprovado o nexo etiológico entre o acidente-tipo e a lesão provocada, com a minoração da capacidade resultante, pois, conforme consta no demonstrativo emitido pelo órgão ancilar (fl. 156), foi concedido ao segurado o benefício do auxílio-doença acidentário, indicando, portanto, a existência de acidente de trabalho.

A respeito da atual condição de Júlio Medeiros Mendes, muito embora sua profissão seja de desenhista / projetista, ao responder ao questionamento nº 14 do autor, o Perito foi claro ao afirmar que os sintomas suportados *"limitam a atividade laborativa"*, acrescentando, em resposta ao Quesito nº 20, que *"as sequelas decorrentes da fratura de tornozelo prejudicam o desempenho das atividades habituais, considerando que o periciando evoluiu com dor e rigidez articular importante"* (fl. 266).

Incontestável, portanto, a existência de redução da capacidade específica para o trabalho e a correta conclusão exarada no veredito concessivo de auxílio-acidente.

Logo, conheço do recurso, todavia negando-lhe provimento.

2. Do apelo de Júlio Medeiros Mendes:

O recurso do segurado / autor pretende a alteração do termo inicial para recebimento do benefício - fixado como sendo a data da juntada do Laudo Pericial (21/08/2012 - fl. 265 vº) -, para tal como determinado no art. 86, § 2º da Lei nº 8.213/91, isto é, o dia posterior à cessação do benefício auxílio-doença (04/08/2005 - fl. 156).

Todavia, a insurgência não pode ser conhecida, porquanto a sentença deu-se nos exatos termos do pedido formulado pelo próprio requerente, senão vejamos:

> [...] Todavia, Excelência, estando o Autor com redução em sua capacidade laborativa, só resta ao mesmo requerer a concessão do benefício previdenciário Acidente do Trabalho, *a contar da data da Perícia*, por medida de justiça, eis que este é um dos princípios basilares da previdência social (fls. 06/07)

E, ainda:

> [...] d) E, o mérito, seja julgado totalmente PROCEDENTE o pedido do Autor, condenando o INSS, a conceder o benefício previdenciário de AUXÍLIO ACIDENTE, desde a Perícia Judicial, aplicando-se juros e correção monetária, consoante índices legais e fixados pelo E. TJSC, sobre todo o montante das parcelas vencidas e recebimento de 50% de seu salário de benefício em parcelas vincendas, a teor do que dispõe o art. 86 da Lei 8.213/91; (fl. 08).

Ademais, a tese não mereceria provimento porque, conquanto a redação do art. 86, § 2º da Lei nº 8.213/91 disponha que *"o auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria"*, o caso presente diferencia-se do fato descrito pela lei, porquanto o benefício pleiteado apenas tornou-se devido com a evolução da sequela, uma vez que a Perícia realizada na demanda anteriormente ajuizada concluiu pela plena inexistência de restrição para a atividade laboral (fls. 87/8991/92).

Por sua pertinência e adequação, adoto as razões do voto exarado na análoga Apelação Cível nº 0002016-37.2007.8.24.0001, de relatoria do Desembargador Luiz César Medeiros (disponível em <https://esaj.tjsc.jus.br/cp osgtj/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0002016-37.2007&foroNumeroUnificado=0001-

&dePesquisaNuUnificado=0002016-37.2007.8.24.0001&dePesquisa=&uuidCaptcha=sajcaptcha_aaf8fee053c44300bbde497a08ffeba9&vlCaptcha=cfjyf&novoVlCaptcha=> acesso nesta data), que assim pontuou:

> [...] Consoante a legislação aplicável ao caso, o termo inicial do benefício deve ser o dia seguinte à cessação do auxílio-doença que vinha sendo pago. Caso este não tenha sido concedido, o marco deve remeter à data em que a autarquia tomou ciência do estado mórbido do segurado, ao diagnosticar o mal incapacitante em perícia decorrente de requerimento administrativo ou, na ausência deste, da data da juntada aos autos do laudo judicial.
>
> No caso presente, embora tenha sido beneficiado pelo auxílio-doença nos idos de 2005, o autor quedou-se silente por 2 (dois) anos. Ora, não estava o INSS obrigado a supor ou presumir que após a consolidação das lesões haveria redução da capacidade laborativa e, sendo assim, conceder o auxílio-acidente. Pode até ser que isso seja conclusão lógica, mas o fato é que a autarquia não estava vinculada por lei a essa interpretação fática.
>
> Logo, deve prevalecer o entendimento de que o direito se concretizou com a juntada do laudo médico aos autos. Ou seja, entende-se que só nesse momento o réu tomou conhecimento do estado em que se encontra o autor.
>
> Desse modo, se o mal diagnosticado tem relação com aquele que originou o auxílio-doença concedido no passado, ou se não concedido, tenha nexo de causalidade com o comprovado infortúnio ou doença laboral, a presunção de incapacidade pode ser derruída quando nos autos há evidência de que o beneficiário não tomou qualquer providência, seja no âmbito administrativo ou judicial, por significativo lapso de tempo, para ver garantido o seu direito.
>
> Portanto, fixo o termo inicial do benefício no dia da juntada aos autos do laudo pericial, qual seja, 3.12.2008.

Dessa forma, considerando que o Laudo Pericial configura o primeiro diagnóstico oficial de existência do efeito incapacitante da

sequela de Júlio Medeiros Mendes, o termo inicial do benefício deve ser a data de sua juntada (21/08/2012 - fl. 265 vº), conforme determinado na sentença.

Por derradeiro, no que diz respeito ao prequestionamento dos dispositivos legais invocado na insurgência, apesar do disposto no Enunciado nº 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *"é desnecessária a manifestação explícita da Corte de origem acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento, basta a implícita discussão da matéria impugnada no apelo excepcional"* (AgRg no REsp nº 760.404/RS, Rel. Min. Félix Fischer, DJ de 06/02/2006) (Edcl no REsp nº 1351784/SP, Rel. Min. Raul Araújo. J. em 19/02/2013).

Ademais, *"a tese do prequestionamento ficto foi expressamente consagrada no art. 1.025 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), 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 pré-questionamento´ (IMHOF, Cristiano; REZENDE, Bertha Steckert. Novo Código de Processo Civil Comentado. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 993)"* (Apelação Cível nº 2013.063228-5, de Capivari de Baixo, Rel. Des. Carlos Adilson Silva J. em 29/03/2016).

Em arremate:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OPOSIÇÃO SOB O FUNDAMENTO DE OMISSÃO NO ARESTO. INOCORRÊNCIA. PRESSUPOSTOS DO ART. 1022 DO NCPC INEXISTENTES. REJEIÇÃO QUE SE IMPÕE.
>
> [...] Salienta-se que, mesmo para fins de prequestionamento, com objetivo de possibilitar a tramitação de recurso aos Tribunais Superiores, a possibilidade jurídica dos embargos de declaração não prescinde da ocorrência de alguma das circunstâncias previstas no art. 1022 do NCPC. [...] (Embargos de Declaração nº 0045675-14.2009.8.24.0038, de Joinville, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. J. em 06/04/2016).

Dessarte, conheço do recurso interposto pelo réu, todavia negando-lhe provimento.

Do apelo contraposto pelo autor, não conheço, confirmando a sentença em sede de Reexame Necessário.

É como penso. É como voto.

Apelação Cível n. 0900259-13.2013.8.24.0020, de Criciúma
Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva

> TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. IPVA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. IRRESIGNAÇÃO DO ENTE PÚBLICO.
>
> PROCESSUAL CIVIL. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE OPÔR-SE À EXECUÇÃO FISCAL POR MEIO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. VIABILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. APELADO QUE JUNTOU TODOS OS DOCUMENTOS HÁBEIS A DEMONSTRAR SUA ILEGITIMIDADE PASSIVA.
>
> MÉRITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. EXISTÊNCIA DE PROVA NOS AUTOS ACERCA DO ROUBO DO VEÍCULO. VEÍCULO QUE FOI OBJETO DE ROUBO ANTES DO FATO GERADOR. PERDA DA POSSE DIRETA DO BEM. ISENÇÃO DO IMPOSTO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO. IRRELEVÂNCIA. PREQUESTIONAMENTO. EXPRESSA MENÇÃO A DISPOSITIVOS LEGAIS. DESNECESSIDADE. MANUTENÇÃO DO *DECISUM*. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0900259-13.2013.8.24.0020, da comarca de Criciúma Vara de Execuções Fiscais do Estado em que é Apelante o Estado de Santa Catarina e Apelada Milioli Bebidas Ltda.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas isentas.

O julgamento, realizado no dia 31 de janeiro de 2017, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Luiz de Borba, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 1º de fevereiro de 2017.

Desembargador Carlos Adilson Silva
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado de Santa Catarina contra a sentença proferida pela MMa. Juíza de Direito da Vara de Execuções Fiscais da Comarca de Criciúma, Drª. Eliza Maria Strapazzon, que, em *"exceção de pré-executividade"* oposta por Milioli Bebidas Ltda, julgou procedente o pedido formulado na inicial, nos seguintes termos (fls. 104-107):

> "ANTE O EXPOSTO
>
> Acolho a presente EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE oposta por MILIOLI BEBIDAS LTDA contra o ESTADO DE SANTA CATARINA, afastando a exigibilidade das exações.
>
> Sem custas e honorários advocatícios, pois incabíveis à espécie."

Em suas razões recursais, sustenta o apelante as seguintes teses: a) inadequação da exceção de pré-executividade, tendo em vista que os argumentos trazidos necessitam de provas e de dilação probatório; e b) que o contribuinte do IPVA é aquele em nome de quem o veículo esteja registrado perante o órgão de trânsito (Detran/SC), razão pela qual deve haver o prosseguimento da execução fiscal (fls. 111-119).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 125-130), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça, sendo posteriormente distribuídos a este Relator.

Este é o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, porquanto satisfeitos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

De início, no tocante ao argumento de que a matéria não pode ser arguida pela via eleita, impende salientar ser plenamente possível ao executado opor-se à execução fiscal tanto por meio dos embargos como por simples exceção de pré-executividade.

Embora ambos os instrumentos processuais constituam meios de defesa do executado, são eles, na essência, bastante distintos: a exceção de pré-executividade constitui defesa endoprocessual, aos que não exerceram, por qualquer outro modo, impugnação contra a execução, relativamente à matérias de ordem pública, assim como fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória.

Nesse sentido, extrai-se do magistério de Humberto Theodoro Jr.:

> "Não apenas por meio dos embargos o devedor pode atacar a execução forçada. Quando se trata de acusar a falta de condições da ação de execução, ou a ausência de algum pressuposto processual, a argüição pode se dar por meio de simples petição nos próprios autos do processo executivo.
>
> A esse incidente Pontes de Miranda deu o nome de 'exceção de preexecutividade'. Atualmente, a doutrina tem preferido o nomen iuris de 'objeção de preexecutividade'.
>
> [...]
>
> Entre os casos que podem ser cogitados na exceção de preexecutividade figuram todos aqueles que impedem a configuração do título executivo ou que o privam de força executiva, como por exemplo, as questões ligadas à falta de liquidez ou exigibilidade da obrigação, ou ainda à inadequação do meio escolhido para obter a tutela jurisdicional executiva.

> [...]
>
> É assim que está assente na doutrina e jurisprudência atuais a possibilidade de o devedor usar da exceção de pré-executividade, independentemente de penhora ou depósito da coisa e sem sujeição ao procedimento dos embargos, sempre que sua defesa se referir a matéria de ordem pública e ligada às condições da ação executiva e seus pressupostos processuais" (*Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e processo cautelar*. v. II. 38ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 331-332).

A respeito do tema, foi editado o enunciado 393 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Com efeito, cediço que "(...) a exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, aos pressupostos processuais e às condições da ação executiva" (STJ, AgRgAg n. 1.199.147, rel. Min. Luiz Fux, DJe 30/06/2010).

Cabe esclarecer, neste particular, que o apelado juntou todos os documentos hábeis a demonstrar sua ilegitimidade passiva, não carecendo os autos de dilação probatória, bem como porque a matéria arguida via exceção de pré-executividade – a legitimidade de partes e a nulidade do título executivo – é de ordem pública.

Destarte, sem maiores delongas, passa-se à análise da matéria de fundo.

Tocante à alegação de que a não comunicação do roubo ao DETRAN/SC à época do ocorrido levaria à responsabilidade do excipiente pelos débitos fiscais, cumpre salientar que esta Corte tem o entendimento remansoso de que a ausência daquela comunicação nos casos de furto, roubo ou sinistro, é completamente irrelevante:

TRIBUTÁRIO. IPVA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. VEÍCULO QUE FOI OBJETO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA ANTES DO FATO GERADOR. SITUAÇÃO RECONHECIDA, INCLUSIVE, NO ÂMBITO CRIMINAL. ISENÇÃO DO IMPOSTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 8º, V, "i", DA LEI ESTADUAL N. 7.345/88. **AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO DETRAN. IRRELEVÂNCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. RECURSO DESPROVIDO.** "Compete ao Estado eleger os responsáveis pelo pagamento do Imposto Sobre Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. Ante a ausência de expressa previsão legal, não procede a tese de que 'o contribuinte do IPVA é o proprietário do veículo, presumindo-se como tal a pessoa em cujo nome o veículo esteja licenciado pela repartição competente' (Hugo de Brito Machado), pois a lei é 'a única fonte aceitável e válida para a instituição de presunções e ficções no direito tributário' (Iso Chaitz Scherkerkewitz); 'é inconstitucional a utilização de ficções jurídicas em Direito Tributário' (Maria Rita Ferragut). Em Santa Catarina 'pelo pagamento do imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA) responde o proprietário. Assim deve ser porque o legislador catarinense o elegeu como sujeito passivo do tributo e não aquele em cujo nome o veículo se encontra registrado na repartição de trânsito (Lei 7.543/88, art. 2º)' (AC nº 2004.020394-2)" (Apelação Cível n. 2008.060691-6, de Taió, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 01/09/2009). Assim como a falta de comunicação da alienação do automotor, a ausência de comunicação ao órgão competente acerca de eventual furto, roubou ou sinistro também é irrelevante no que diz respeito à responsabilidade tributária, apenas eximindo o ente público do pagamento dos ônus sucumbenciais, com base no princípio da causalidade. [...]. (AC n. 2013.057023-9, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 07-07-2015). (TJSC, Apelação Cível n. 2014.083764-4, de Balneário Camboriú, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 16-02-2016). "

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. IPVA REFERENTE AOS EXERCÍCIOS DE 2006 A 2011. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECRETO DE EXTINÇÃO

> POR ILEGITIMIDADE PASSIVA (ART. 267, VI, DO CPC). **VEÍCULO OBJETO DE APROPRIAÇÃO FRAUDULENTA. ESTELIONATO. INFORMAÇÃO NOTICIADA AO FISCO NO ANO 2000. ISENÇÃO TRIBUTÁRIA ENQUANTO PERDURAR O DESAPOSSAMENTO DO BEM.** AUSÊNCIA DO FATO GERADOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 8º, V, ALÍNEA 'I', DA LEI ESTADUAL N. 7.543/88. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REJEIÇÃO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. **Não se exigirá o IPVA referente a veículo automotor que tenha sido objeto de apreensão pelas autoridades policiais, furto, roubo ou apropriação indébita a partir do mês seguinte ao da ocorrência do fato até o mês da recuperação da posse pelo proprietário** (TJSC, ACMS n. 2014.049143-1, rel. Des. Jaime Ramos, j. 25-09-2014). (TJSC, Apelação n. 0004563-32.2012.8.24.0015, de Canoinhas, rel. Des. Edemar Gruber, j. 19-05-2016).

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ACOLHIMENTO PARCIAL DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA VERIFICADA. CRÉDITO DECORRENTE DE IPVA DOS ANOS DE 2007 E 2008. PROVA NOS AUTOS ACERCA DO SEQUESTRO DO VEÍCULO PELO ESTADO DE SANTA CATARINA EM AÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. **PERDA DA POSSE DIRETA DO BEM. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO. IRRELEVÂNCIA.** TRANSFERÊNCIA QUE SE OPERA PELA SIMPLES TRADIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO." (Agravo de Instrumento n. 2013.045437-5, de Joaçaba, rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 21/11/2013 - grifou-se).

Destarte, tendo em vista a fundamentação acima exposta, deve ser mantida a sentença que reconheceu a ilegitimidade passiva *ad causam* de Milioli Bebidas Ltda.

Por fim, quanto ao invocado prequestionamento dos dispositivos legais trazidos à colação, cediço não estar o julgador obrigado a se manifestar expressamente sobre cada fundamento legal trazido pela parte, sobretudo quando tenha encontrado motivação *suficiente* para embasar o seu convencimento.

Além do mais, apesar do entendimento fixado no enunciado n. 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, a própria Corte Superior tem se manifestado no sentido de ser "*(...) desnecessária a manifestação explícita da Corte de origem acerca das normas que envolvem a matéria debatida, uma vez que, para a satisfação do prequestionamento, basta a implícita discussão da matéria impugnada no apelo excepcional"* (REsp 637.836/DF, rel. Min. Félix Fischer).

Por oportuno, impende salientar que a tese do prequestionamento ficto foi expressamente consagrada do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) em seu 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 préquestionamento"* (IMHOF, Cristiano Imhof; REZENDE, Bertha Steckert. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 993).

Em razão do exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se hígida a sentença ora vergastada.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0300212-91.2015.8.24.0061, de São Francisco do Sul

Relator: Desembargador João Henrique Blasi

> APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA C/ C PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE E DE DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO. FORNECIMENTO DE ÁGUA. AVENTADA CONTAMINAÇÃO POR BACTÉRIA. DILARGADO ACERVO COMPROBATÓRIO DA REALIZAÇÃO DE TESTES PERIÓDICOS DURANTE O PERÍODO EM DISCUSSÃO NOS AUTOS, A EVIDENCIAR A QUALIDADE DO PRODUTO. INDICAÇÃO DA PRESENÇA DE COLIFORMES FECAIS NA FATURA MENSAL ESCLARECIDA COMO MERO ERRO DE APONTAMENTO. ALEGAÇÃO, POR OUTRO LADO, DE NÃO-DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA EM DETERMINADAS ÉPOCAS. FALTA DE PROVA. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. PRECEDENTES DA CORTE. IMPUTAÇÃO DE PRÁTICA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA ANTERIORMENTE CONCEDIDA. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE TAL BENEFÍCIO, SEM FATO NOVO A JUSTIFICÁ-LA. DESCABIMENTO. REFORMA DA SENTENÇA PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS INICIAIS COM REVISÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSOS DOS RÉUS PARCIALMENTE PROVIDOS E RECURSO DO AUTOR PREJUDICADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300212-91.2015.8.24.0061, da comarca de São Francisco do Sul, 2ª Vara Cível, em que são apelantes e apelados Rubens da Silva Neto; Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto – Samae de São Francisco do Sul; e este Município.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade de votos, dar parcial provimento aos recursos dos réus em ordem a julgar improcedentes os pedidos exordiais e, de conseguinte, julgar prejudicado o recurso dos autores. E, como decorrência, revisitar os ônus de sucumbência para assinalar que deve recair sobre os autores o pagamento de honorários advocatícios em favor da patronesse dos réus, ora fixados em R$ 1.000,00 (mil reais) pelo patrocínio de cada qual, a teor do art. 85, §§ 3º e 8º do Código de Processo Civil, bem como o implemento das custas processuais, suspensa a exigibilidade, todavia, em relação a ambos os encargos, dado o deferimento de gratuidade de justiça.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Roberto Baasch Luz e Francisco Oliveira Neto.

Florianópolis, 20 de junho de 2017

Desembargador João Henrique Blasi
RELATOR E PRESIDENTE

RELATÓRIO

De um lado Rubens da Silva Neto, via Advogado Omar Sfair, e de outro Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto do Município de São Francisco do Sul – Samae, além do próprio Município, ambos representados pela Advogada Sandra Cristina Stadelhofer Machado, apelaram de sentença lavrada pelo Juiz Gustavo Schwingel (fls. 296 a 301), que assim decidiu *"ação de danos morais"* aforada pelo primeiro contra os últimos:

> [...] julgar parcialmente procedente os pedidos iniciais para condenar a ré SAMAE e o Município (este subsidiariamente) ao pagamento de danos morais no montante de R$ 2.000,00 corrigidos pelo INPC e com juros de mora de 1% ao mês contados do presente arbitramento para cada autor, além de declarar inexigível o valor da fatura cobrado, determinando a

> devolução do montante corrigido pelo INPC desde o desembolso e com juros de mora de 1% ao mês desde a citação nos termos dos itens II.4 e II.5 da fundamentação. Indefiro, em contrapartida, o pedido de indenização por danos morais decorrente dos fatos expostos no item II.6, reconhecendo a prescrição dos atos anteriores a 03 anos do protocolo inicial.
>
> P. R. I.
>
> Ante a decadência em parte mínima, condeno o ente público SAMAE (e Município subsidiariamente) ao pagamento de honorários no montante de 10% sobre o valor da condenação. (fl. 300)

Malcontente, em parte, o autor apelante pugna pela majoração do *quantum* indenizatório por danos morais, como também defende que os juros de mora sejam computados a partir do evento danoso, na senda do entendimento sumular n. 54 do Superior Tribunal de Justiça (fls. 307 a 313).

Já o Samae pretende a reforma do *decisum*, alegando, em suma, que não houve o fornecimento de água contaminada aos habitantes do Município, haja vista os relatórios de ensaio recorrentemente realizados para apurar a qualidade do produto indicarem consonância com as especificações postas na Portaria n. 2.914/2011 do Ministério da Saúde, bem como porque a Vigilância Sanitária local não registrou surto algum de morbidade (distúrbios gastrointestinais) com nexo etiológico. Adita, ainda, que, instaurada sindicância, confirmou-se a ocorrência de mero erro de apontamento, nas máquinas coletoras de dados, quanto à indicada presença de coliformes fecais na água fornecida. Pleiteia, também, a condenação do acionante em multa, indenização, honorários advocatícios e demais despesas, por litigância de má-fé, na senda do disposto no art. 81 do Código de Processo Civil, além da revogação da gratuidade de justiça concedida, tendo presente a não-comprovação da miserabilidade deste (fls. 319 a 329).

O Município-réu, de sua vez, "[...] *por economia processual [reiterou] todos os argumentos apresentados pelo Samae em sede de Apelação, em seus exatos termos"* (fl. 335), para que sejam os pedidos julgados improcedentes, invertendo-se os ônus sucumbenciais (fls. 330 a 336).

Houve contrarrazões por parte do Samae (fls. 340 a 344) e do autor (fls. 348 a 353).

Pelo Ministério Público exarou parecer o Procurador de Justiça Paulo Cezar Ramos de Oliveira, pleiteando *"[...] a juntada de documentação referente aos dados de controle da qualidade da água colhidos pelo SISAGUA no Município de São Francisco do Sul em 2014, para que, após isso, seja oportunizada a manifestação de ambas as partes a respeito e, somente então retornem os autos a esta Procuradoria de Justiça Cível para emissão de parecer quanto ao mérito dos reclamos."* (fls. 359 a 364).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

A *causa petendi* em debate consiste no alegado acometimento do autor por doença decorrente da presença de agentes bacterianos na água distribuída pelos réus, além da falta de fornecimento de tal insumo nos finais de ano, e o pedido radica em indenização por danos morais, além da declaração de inexigibilidade das faturas relativas aos meses de setembro/2014 e outubro/2014.

De pronto, ressalto que a matéria sob exame foi recentemente sindicada, e com muita propriedade, **em feito que se pode dizer idêntico**, envolvendo o mesmo Município e autarquia local (Samae), submetido à esclarecida relatoria do Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, de forma que, sendo objetivo - e não redundante - acolho seu voto como razão de decidir, dele transcrevendo parte considerável. *In verbis:*

[...]

Pretendendo-se a responsabilização por eventual dano advindo de ato ilícito perpetrado por concessionária de serviço público, aplicável a modalidade de responsabilidade civil objetiva, estampada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Acerca do dispositivo supracitado, ensina Hely Lopes Meirelles:

"O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão." (Direito Administrativo Brasileiro, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 622)

Para que caracterizada reste a responsabilidade civil dos réus, nessa trilha, necessário que comprovem, os autores, a ocorrência de ato ilícito, o dano e o nexo causal. O caso em voga, no entanto, envolve discussão entre fornecedor e consumidor, do que, como é cediço, pode beneficiar-se o consumidor com a inversão do ônus probatório (art 6º, VIII, do CDC), consoante verificou-se na espécie por meio da decisão interlocutória de fls. 55/56.

Em que pese a referida inversão do ônus da prova, no presente caso a prova trazida aos autos pelo réu é assaz para a desconstituição do frágil conjunto probatório arrolado pelos autores.

Isso porque, limitaram-se os autores a reunir, tão somente, faturas de água e esgoto emitidas pelo réu, com datas de referência correspondente aos meses de agosto e outubro de 2014 (fl. 23/54), nas quais constam a informação da presença de coliformes fecais na água fornecida/recebida.

Em contrapartida, o réu, Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto – Samae, trouxe a colação laudos técnicos produzidos pelo "Laboratório Beckhauser – EPP" – contratado para a realização de análises periódicas da qualidade da água naquele município, tanto em água bruta, quanto em água tratada -, os quais dão conta que, nos meses de agosto a dezembro de 2014 não havia a presença de coliformes fecais (fls. 83/165).

Não fosse isso, **soa estranho, no mínimo, que as faturas apresentadas em que constam a informação da presença da referida bactéria na água fornecida aos autores, obtém "quantidade" e "resultado" idênticos, respectivamente, "60" e "8.34", ainda que referentes a meses distintos.**

A corroborar, importante anotar que houve a instauração de sindicância com o fito de "apurar a ocorrência de informação de existência de coliformes fecais constantes nas faturas de água do (...) no último semestre do ano de 2014" (fls. 174/178), de onde extrai-se que a inclusão das informações atinentes as "características bacteriológicas" eram realizadas manualmente, o que torna ainda mais admissível a possibilidade de erro pessoal. Tanto é assim que, tão logo verificado o equívoco, em outubro de 2014, procedeu-se a correção pertinente.

Não fosse isso, **é vazia a alegação por parte dos autores no sentido de que, em razão da contaminação da água fornecida pelo réu, sofreram distúrbios gastrointestinais, ante a inexistência de qualquer comprovação a respeito, sendo, por certo, inviável imputar-se aos requeridos a produção de prova que demonstre que os autores em momento algum foram acometidos por tais complicações intestinais.**

A propósito, é da intelecção deste Tribunal:

"A inversão do ônus probatório deve ser determinada quando verificada a verossimilhança das alegações e/ou a hipossuficiência técnica do consumidor. Todavia, constatado que há provas acessíveis tão somente aos autores/apelantes, inviável a inversão total do ônus, devendo estes também trazer aos autos os documentos que lhe são cabíveis, sob pena de a prova tornar-se diabólica." (AC n. 0010634-22.2008.8.24.0005, de Balneário Camboriú, de Balneário Camboriú, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira)

Na mesma trilha, **é de ser mantida a improcedência do pleito inaugural relativo ao inadequado fornecimento de água nos períodos de verão dos anos de 2011 a 2015, porquanto em momento algum houve sequer indício de prova da eventual interrupção do**

serviço por parte do réu, não se verificando a presença de nenhum dos necessários elementos a configurar o dever indenizatório, quais sejam, o ato ilícito causador do dano, e o nexo de causalidade entre tal ato e eventual dano suportado pelos requerentes.

Em que pese não se olvidar que o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova, referida disposição não dispensa o autor de constituir prova, ainda que indiciária, dos fatos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 373, I, do CPC/2015, antigo art. 333, I, do CPC/1973

Nesse sentido, já decidiu esta Câmara:

"Em que pese o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor prever a possibilidade de inversão do ônus da prova, o juiz não está obrigado a fazê-lo, além de essa disposição não dispensar o autor da demanda de provar, ao menos minimamente, os fatos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

[...] (AC n. 2013.026006-0, de Criciúma, rel. Des. Cid Goulart, j. 22.04.2014)

Vale ressaltar que, em relação a discussão da presença, ou não, de "coliformes fecais" na água distribuída para consumo na unidade consumidora em que residem os autores, não mais é possível aferir-se por meio de prova pericial, neste momento, tendo em vista que as faturas apontadas pelos requerentes possuem como ano e mês de referência, agosto a outubro de 2014, concluindo-se, por óbvio, que não mais são constatáveis as reais condições da água fornecida à época.

Nessa senda, não se vislumbra dos elementos carreados ao caderno processual, a prática de ato ilícito por parte da concessionária de serviço público ré, tendo em vista que, mesmo diante da inversão do ônus probatório, desincumbiu-se de trazer a colação substrato probante assaz a derruir as alegações e provas elaboradas pelos autores.

Assim, **afasta-se tanto a devolução da quantia correspondente as faturas questionadas pelos autores, quanto a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, ambos impostos na**

sentença guerreada em desfavor dos réus. Por conseguinte, resta prejudicado o recurso interposto pelos autores, por meio do qual almejavam a majoração da quantia fixada na sentença monocrática a título de danos morais, bem como, a fluência dos juros de mora a partir do evento danoso.

Em relação à impugnação à assistência judiciária gratuita, verifica-se que restou deferida por meio da decisão de fls. 55/56.

A propósito, é cediço que *"A norma não exige a miserabilidade para a concessão do benefício, mas tão somente que o pagamento das custas do processo acarretem prejuízos à sua regular sobrevivência, devendo-se para tanto, inclusive, ponderar a atual conjuntura social e a vida digna no país. De sorte que havendo declaração de hipossuficência firmada pela parte e inexistindo no feito demonstração em sentido contrário, presume-se verdadeira a insuficiência de recursos, consoante preconiza o § 3º do art. 99 do CPC/15."* (AC n. 0001012-18.2013.8.24.0077, de Urubici, Rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. em 5/7/2016).

No caso, a apelante acostou aos autos declaração de hipossuficiência (fl. 17), tendo o réu limitado-se a impugnar de forma genérica a concessão da benesse, não logrando comprovar a existência de patrimônio pessoal, bens móveis e imóveis, de valor incompatível com a alegada hipossuficiência por parte dos requerentes.

Aliás, no presente caso, a presente impugnação já restou rejeitada por meio do incidente de impugnação à gratuidade da justiça em apenso, tendo firmado o togado monocrático a seguinte decisão:

"Compulsando os autos verifico que a parte impugnante não demonstrou documentalmente que o autor tem condições financeiras de arcar com os custos do processo sem prejuízos à família e sustento próprio.

A mera alegação apresentada na inicial não é suficiente para afastar a presunção legal decorrente da Lei 1.060/50.

Assim, rejeito a impugnação."

Sobre o tema, extrai-se os seguintes precedentes:

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. JUSTIÇA GRATUITA. DECISÃO OMISSA. ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE RENDIMENTOS A PERMITIR O PAGAMENTO DOS ENCARGOS DO PROCESSO. HIPOSSUFICIÊNCIAS COMPROVADAS. INTELIGÊNCIA DO INCISO LXXIV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 4º DA LEI 1.060/50. BENESSES CONCEDIDAS.

A mera declaração de que a parte necessita da assistência judiciária gratuita, preconizada no art. 4º da Lei n. 1.060/50, possui presunção relativa, isto é, cede ante prova em contrário nos autos. Inexistindo tal prova, merece ser concedida a benesse da gratuidade, notadamente porque o patrimônio da agravante não alcança patamar exagerado para autorizar a negativa do benefício, visto que se trata de valor suficiente à sua própria manutenção e de sua família, sem exageros, a se considerar a atual conjuntura social e a vida digna no país. Outrossim, a norma não exige a miserabilidade para a concessão do benefício, mas tão somente que o pagamento das custas do processo acarretem prejuízos à sua regular sobrevivência. (Apelação ns. 0007206-62.2004.8.24.0008, 2013.068825-1, 0007206-62.2004.8.24.0008, de Blumenau, Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto, julgada em 28/6/2016).

.AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO AMPARADO NA AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE FINANCEIRA. HIPOSSUFICIÊNCIA DO POSTULANTE SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM O CONTRÁRIO NOS AUTOS. INTELIGÊNCIA DO INCISO LXXIV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 98, *CAPUT*, E ART. 99, *§ 3º*, DO NCPC. NEGATIVA QUE IMPLICARIA OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA. BENEFÍCIO CONCEDIDO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO." (Agravo de Instrumento n. 0149336-16.2015.8.24.0000, de Presidente Getúlio, Relator: Desembargador Ronei Danielli, julgado em 23/8/2016).

Nessa senda, é de ser mantido, em favor dos autores, o benefício concedido às fls. 55/56.

> **Por fim, o recurso não merece acolhida no concernente ao pedido de condenação dos autores ao pagamento de multa por litigância de má-fé.**
>
> Isso porque, consoante entendimento jurisprudencial, *"Para a configuração da litigância de má-fé devem estar presentes fortes indícios de atuação dolosa ou culposa da parte e prejuízo processual para a parte contrária. Neste particular, há que se levar em consideração que a boa-fé se presume e a má-fé reclama prova ou fortes indícios."* (AC n. 0010107-60.2014.8.24. 0005,de Balneário Camboriú, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 30.05.2017)
>
> **Na hipótese, não vislumbro a presença dos aludidos requisitos em razão do manejo da presente ação, de sorte que a multa por litigância de má-fé não teria lugar. Tanto que o próprio Togado *a quo* reconheceu o pleito inicial com base na documentação juntada pelos autores. Assim, o fato de não terem os requerentes demonstrado nos autos a incidência do surto de diarréia e virose, por si só, não é bastante a firmar a condenação nos moldes pretendidos pelo apelante.**
>
> [...] (Apelação Cível n. 0301744-03.2015.8.24.0061, de São Francisco do Sul, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 6.6.2017 - destaquei).

Penso da mesmíssima forma, até porque participei do julgamento do aresto antes referenciado, levado a efeito na semana retrasada.

A sentença, de conseguinte, reclama reforma, eis que o vasto conteúdo probatório adunado aos autos (fls. 77 a 270) evidencia satisfatoriamente a inexistência da contaminação aventada pelo autor, o qual também não se desincumbiu da demonstração dos danos que teria sofrido, seja por doença, seja pela interrupção no fornecimento de água, razão pela qual se impõe decretar a improcedência dos pedidos exordiais.

Sobreleva anotar, outrossim, que o só fato de ter havido falha no abastecimento de água por curto período, caso estivesse comprovado, não acarretaria, per se, abalo moral ou sofrimento psíquico indenizável, pois correspondente a aborrecimento normal nos dias correntes, ressalvada a possibilidade da reparação por eventuais danos materiais devidamente

provados, como já decidido por este órgão ancilar em inúmeros feitos que envolveram a Municipalidade de Itapema/SC.

No mais, sobre o pedido de condenação por litigância de má-fé, postulado pelo Samae e endossado pelo Município, consigno que imerece acolhida, porque nenhuma conduta do autor pode merecer tal epíteto. Acerca da matéria colaciono julgado deste Sodalício assim ementado:

> Existe litigância de má-fé somente quando caracterizada a manifesta intenção de prejudicar. Presume-se que os litigantes estejam agindo sempre de boa-fé (AC n. 50.445, de São Carlos, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

Em regra, pois, é de presumir-se que as partes ajam sempre com boa-fé, a teor do art. 77 do Código de Processo Civil, devendo a exceção resultar devidamente provada, o que não ocorreu *in casu* a desfavor do autor.

Resulta, por isso, incogitável a figura da litigância de má-fé.

Alfim, não há falar em revogação do benefício de gratuidade de justiça concedido ao autor (fls. 40 e 41), máxime porque a parte insurgente não trouxe qualquer elemento capaz de demonstrar que tenha havido modificação da situação econômico-financeira daquele.

Frente ao expendido, voto pelo parcial provimento dos apelos dos réus em ordem a julgar improcedentes os pedidos exordiais e, como corolário, julgar prejudicado o apelo do autor.

E, por conta da reforma da sentença, impõe-se revisitar os ônus de sucumbência para assinalar que deve recair sobre o autor o pagamento de honorários advocatícios em favor da patronesse dos réus, ora fixados em R$ 1.000,00 (mil reais) pelo patrocínio de cada qual, a teor do art. 85, §§ 3º e 8º do Código de Processo Civil, bem como o implemento das custas processuais, suspensa a exigibilidade, todavia, em relação a ambos os encargos, dado o deferimento de gratuidade de justiça (fls. 40 e 41).

Apelação Cível nº 0500453-52.2013.8.24.0061, de São Francisco do Sul

Relator: Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

> EXERCÍCIO DA MEDICINA. MÉDICO IMPEDIDO DE ASSISTIR SEUS PACIENTES NAS DEPENDÊNCIAS DO NOSOCÔMIO CUJO DIRETOR É IMPETRADO. APONTADA VIOLAÇÃO AO ART. 25 DO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. NEGATIVA FORMAL/ESCRITA NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA POR SENTENÇA.
>
> TODAVIA, RISCO REAL DE OBSTRUÇÃO, POR PARTE DO DIRETOR DO NOSOCÔMIO, PRESENTE. LIVRE EXERCÍCIO DA MEDICINA, AINDA QUE NO ÂMBITO PARTICULAR, SUJEITANDO-SE MÉDICO E PACIENTE APENAS ÀS NORMAS ADMINISTRATIVAS E TÉCNICAS DO HOSPITAL. ORDEM QUE DEVE SER CONCEDIDA.
>
> O mandado de segurança não comporta apenas natureza repressiva; é possível a impetração, também, de modo preventivo, que, sabe-se, exige tão somente a ameaça decorrente de atos, concretos ou preparatórios, que possam pôr em risco o direito do impetrante.
>
> O médico, no exercício de sua profissão, tem direito líquido e certo de internar e assistir seus pacientes particulares, nos termos do art. 25 do Código de Ética Médica, nas dependências de qualquer hospital, ainda que não faça parte do corpo clínico do nosocômio.
>
> APELO PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0500453-52.2013.8.24.0061, da comarca de São Francisco do Sul 2ª Vara Cível em que é Apelante Luiz Fernando Raposo Deud e Apelados Diretor Geral do Hospital e Maternidade Nossa Senhora da Graça e outro.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, dar provimento ao apelo do impetrante para conceder-lhe a ordem, nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. João Henrique Blasi, com voto e dele participou o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz.

Funcionou como representante do Ministério Público a Exma Sra. Dra. Gladys Afonso.

Florianópolis, 14 de fevereiro de 2017.

Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira
Relator

RELATÓRIO

Luiz Fernando Raposo Deud impetrou mandado de segurança contra o Diretor do Hospital e Maternidade Municipal Nossa Senhora da Graça.

Narrou que é médico com vasta especialidade em cirurgia geral e que solicitou ingresso no corpo clínico do hospital; porém, em 20 de março de 2013, recebeu ofício informando-lhe que sua admissão foi negada.

Acrescenta que, apesar da negativa do corpo clínico do hospital, atua como médico da Secretaria Municipal de Saúde de São Francisco do Sul e, por essa razão, encaminha seus pacientes para realizar procedimentos cirúrgicos no Hospital Nossa Senhora da Graça; entretanto, é obstado de realizar os procedimentos cirúrgicos de seus pacientes, o que gera situação ilegal.

Pediu pela concessão da ordem, inclusive liminarmente.

Houve concessão de liminar (fls. 148/150) para que, nos termos do art. 25 do Código de Ética Médica, a autoridade coatora permita que o impetrante interne e assista seus pacientes particulares no hospital.

Foram prestadas informações (fls. 161/175) nas quais a autoridade coatora disse que, embora tenha recebido pedido formal da Secretaria Municipal de Saúde para inclusão do médico impetrante no corpo clínico do dito hospital, em assembléia realizada para tal fim o pedido foi negado por maioria.

Entende que, como a negativa foi amparada no Regimento Interno do hospital, não há falar em ilegalidade ou abuso.

Com relação à alegação de proibição de exercício autônomo da profissão de médico do impetrante, disse que se trata de apontamento maldoso com o único objetivo de forçar sua entrada no corpo clínico do hospital.

Pediu pela denegação da segurança.

O Ministério Público manifestou-se pela improcedência.

Por sentença (fls. 241/244), o magistrado *a quo* denegou a ordem.

O impetrante apelou (fls. 256/266). Defende que a pretensão inicial não está alicerçada na intenção de compor o corpo clínico do hospital mas, sim, ante a obstrução causada pela autoridade coatora, de lhe ser garantido o direito de realizar atendimento particular de seus pacientes nas dependências do hospital, conforme lhe assegura o Código de Ética Médica.

Pautou-se pelo provimento.

Não foram ofertadas contrarrazões.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

I. O mandado de segurança tem como objetivo a correção de ato de autoridade, seja ele comissivo ou omissivo, maculado por ilegalidade ou abuso de poder, ofensivo a direito líquido e certo, individual ou coletivo.

Dentre os seus requisitos, o mandado de segurança exige a demonstração do direito líquido e certo violado por meio da chamada prova pré-constituída (na petição inicial), razão pela qual não há espaço para dilação probatória na célere via do mandamus.

Sobre a necessidade de prova pré-constituída, colhe-se da doutrina e da jurisprudência da Corte Superior:

> O mandado de segurança reclama direito evidente *prima facie*, porquanto não comporta a fase instrutória inerente aos ritos que contemplam cognição plenária e exauriente. É que, no mandado de segurança, inexiste a fase de instrução, de modo que, havendo dúvidas quanto às provas produzidas na inicial, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito, por falta de um pressuposto básico, ou seja, a certeza e liquidez do direito.
>
> (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in* Direito Administrativo, Editora Atlas, 13ª Edição, p. 626)

> A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, na via mandamental, cabe ao impetrante apresentar junto com a petição inicia as provas da certeza e liquidez do direito invocado, não havendo falar em direito líquido e certo a ser tutelado na espécie, porquanto não constatada de plano mácula no ato apontado coator.
>
> (STJ. AgRg no RMS nº 22.666-MS, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 03.09.2015).

> O mandado de segurança é *remedium juris* para proteção de direito líquido e certo, resultando, porém, de fato comprovado de plano, devendo o

> pedido vir estribado em fatos incontroversos, claros e precisos, já que, no procedimento do *mandamus*, é inadmissível a dilação probatória.
>
> (STJ. ROMS nº 9632/MS, rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 21.11.1998).

Portanto, a petição inicial do mandado de segurança deve-se fazer acompanhar de documentos que comprovem a existência de ato coator e de ofensa a direito líquido e certo. Haverá, apenas, uma "dilação" para que a autoridade impetrada preste as informações que entender necessárias, acompanhada de documentos, frente ao alegado na peça inicial, com a subsequente manifestação do Ministério Público. Advirá, imediatamente após, a sentença, que unicamente considerará o direito e os fatos comprovados com a inicial e informações.

II. No caso em apreço, assiste razão ao médico impetrante ao asseverar que a pretensão inicial não está alicerçada na sua intenção de vir a compor o corpo clínico do Hospital Nossa Senhora da Graça, cuja inadmissão foi, de modo incontroverso nos autos, tomada em assembléia realizada de acordo com o previsto nos arts. 6º, 7º e 8º (fl. 133) do Regimento Interno do nosocômio.

Deflui da inicial que a causa de pedir repousa no fato que o corpo clínico do hospital teria supostamente restringido o acesso do impetrante às suas dependências para internar e assistir seus pacientes particulares, o que colidiria com o seu direito de, na qualidade de profissional da medicina, "internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo CRM da pertinente jurisdição" (art. 25 - Código de Ética Médica).

Não se tem dúvida de tal direito, tanto que, em mandado de segurança de natureza repressiva, quando presente prova pré-constituída de eventual obstrução por parte do nosocômio, esta Corte de Justiça já se posicionou pela concessão da ordem em casos tais.

Veja-se:

> REEXAME NECESSÁRIO DE SENTENÇA EM MANDADO DE SEGURANÇA. MÉDICO OBSTETRA IMPETRANTE. DIREITO DE INTERNAR E ASSISTIR SUAS PACIENTES GRÁVIDAS. ARTIGO 25 DO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. IMPEDIMENTO DE INTERNAÇÕES DE SUAS PACIENTES PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. OBSTRUÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE CONCEDEU A ORDEM PARA GARANTIR O DIREITO DO PROFISSIONAL DE INTERNAR SUAS PACIENTES PELO SISTEMA ÚNICO DE SAUDE NO NOSOCÔMIO IMPETRADO.
>
> (Reexame Necessário nº 2007.008504-7, de Tijucas, rel. Des. Carlos Prudencio, julgado em 29 de março de 2012).

No caso, tal qual concluiu o sentenciante à fl. 243 e a Procuradoria-Geral de Justiça à fl. 277, a princípio não há comprovação escrita nos autos que a autoridade impetrada tenha impedido o médico impetrante de realizar atendimentos em seus pacientes particulares nas suas dependências.

Contudo, o mandado de segurança não comporta apenas natureza repressiva; é possível a impetração, também, de modo preventivo, que, sabe-se, exige tão somente a ameaça decorrente de atos, concretos ou preparatórios, que possam pôr em risco o direito do impetrante.

Sem maiores delongas, este é o caso retratado nos presentes autos, pois o próprio Hospital Municipal Nossa Senhora da Graça, por seu Diretor, ratifica que o médico impetrante não foi aceito no corpo clínico do nosocômio.

Ainda que tal impedimento tenha sido legal, como alegado nas informações, é indiscutível que tal situação caracteriza justa ameaça que possa pôr em risco a atuação profissional, no âmbito autônomo,

do impetrante. Desentendimentos desta envergadura podem gerar consequências nefastas ao exercício da profissão, diariamente, ainda que não exista negativa formal e escrita.

Com efeito, ainda que particular, o hospital existe ao interesse da comunidade, sobretudo dos pacientes, que de igual modo têm direito de confiar sua saúde ao profissional que melhor lhes aprouver.

Outrossim, como anteriormente esclarecido, o médico, no exercício de sua profissão, tem direito líquido e certo de internar e assistir seus pacientes particulares, nos termos do art. 25 do Código de Ética Médica: "internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo CRM da pertinente jurisdição".

Ressalvo que há no Regimento Interno do hospital, à fl. 134, reedição do art. 25 do Código de Ética Médica, que assegura ao impetrante o direito de assistir seus pacientes particulares nas dependências do nosocômio.

Porque o exercício da profissão é livre e porque há justo receio de impedimento ou qualquer outra turbação oriundos da inadmissão do impetrante no corpo clínico do Hospital impetrado, situação esta que, por si só, já gera certo desconforto entre as partes, tenho por bem, ainda que preventivamente, dar provimento ao apelo interposto pelo impetrante para garantir-lhe o direito de internar e assistir seus pacientes no Hospital e Maternidade Municipal Nossa Senhora da Graça, nos termos do art. 25 do Código de Ética Médica, ainda que não faça parte do corpo clínico do referido nosocômio, sujeitando-se ele e seus pacientes, no mais, às normas administrativas e técnicas do hospital.

É o quanto basta.

III. VOTO no sentido de dar provimento ao apelo para conceder a segurança para garantir ao impetrante o direito de internar e assistir seus pacientes no Hospital e Maternidade Municipal Nossa Senhora da Graça, impetrado, ainda que não faça parte do corpo clínico do referido nosocômio, sujeitando-se ele e seus pacientes, no mais, às normas administrativas e técnicas do hospital.

É, pois, como voto.

Apelação Cível n. 0002064-81.2006.8.24.0081, de Xaxim
Relator: Desembargador Cid Goulart

APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AVENTADA CONVOCAÇÃO DE AGENTES DE SAÚDE PARA PARTICIPAREM DE CAMPANHA POLÍTICA, DENTRO DO HORÁRIO QUE DEVERIA SER DESTINADO AO EXPEDIENTE NORMAL DE TRABALHO, EM FAVOR DE CORRELIGIONÁRIOS DOS APELANTES, À ÉPOCA DOS FATOS, PREFEITO MUNICIPAL, DIRETOR ADMINISTRATIVO DA SECRETARIA DE SAÚDE E MEMBRO DO DIRETÓRIO MUNICIPAL DE PARTIDO, TODOS DE XAXIM. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA FUNDADA EM PROVA ORAL COLHIDA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL, EM FEITO QUE ENVOLVIA OS MESMOS FATOS, PRODUZIDA COM A PARTICIPAÇÃO DOS ORA RECORRENTES. RESPEITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. VALIDADE. CONSTATAÇÃO, TODAVIA, DE QUE O CONJUNTO PROBATÓRIO É INSUFICIENTE PARA AMPARAR A CONDENAÇÃO. TESTEMUNHOS CONTRADITÓRIOS, COLIDENTES E INCONCLUSIVOS. DECISÃO UNÂNIME DO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL, ADEMAIS, PELA IMPROCEDÊNCIA DA JÁ REFERIDA REPRESENTAÇÃO, JUSTAMENTE POR *"FALTA DE SUPORTE QUANTO À OCORRÊNCIA DA PRÁTICA DE ILICITUDE"*. PREVALÊNCIA DO BROCARDO *IN DUBIO PRO REO*. REFORMA DA DECISÃO OBJURGADA QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO.

1. "'É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à legalidade da prova emprestada, quando esta foi produzida com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.' (AgRg no AREsp 426.343/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 18/03/2014)." (AgRg no AREsp 375.629/SC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017).

2. "Em razão do princípio da presunção de não-culpabilidade, constitucionalmente consagrado (art. 5º, LVII) e aplicável, modus in rebus, ao campo da improbidade, a dúvida sobre a ocorrência dos fatos imputados ao réu deve levar o magistrado à prolação de sentença de improcedência (in dubio pro reo), não parecendo razoável a incidência de graves sanções previstas no art. 12 a não ser diante de prova firme da ocorrência da improbidade". (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 964).

"'Se julgar é também tentar (re)construir uma das visões do evento, a partir do que se obteve na instrução, respeitados em plenitude os direitos constitucionais dos réus (em especial, no caso concreto, a proporcionalidade entre a suposta conduta e a reação estatal, caso necessária), seria ingenuidade imaginar que a visão do Juiz sobre o fato, construída diante da precariedade da instrução e afetada pelo decurso de tempo, seja reflexo fiel da realidade. Porém, é sempre preciso apreciar os pedidos e, para tanto, traçar um quadro fático de acordo com a interpretação pessoal do que foi dito e 'provado' durante a instrução. É por isso, por causa desta precariedade, dessa insuficiente clareza acerca do que efetivamente ocorreu na realidade, que existe, não apenas no direito penal, mas a iluminar o direito como um todo, o princípio 'in dubio pro reo', ou seja, para garantir que a convicção do Magistrado sobre o quadro fático que constrói em sua mente seja regulada por um princípio de humildade: na dúvida, deve-se adotar uma decisão que preserve a dignidade da pessoa humana, não uma que preserve a presunçosa sensação de que eu, Juiz, 'entendo que é provável que tenha ocorrido assim, sendo necessário condenar os réus'". (Apelação Cível n. 2008.031051-0, de Curitibanos, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 7.8.2012) (Apelação Cível n. 2015.077878-3, de Itá, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 23-02-2016).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0002064-81.2006.8.24.0081, da comarca de Xaxim 2ª Vara em que são Apelantes Lírio Dagort e outros e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado em 7 de março de 2017, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador João Henrique Blasi e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Gilberto Gomes de Oliveira e Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 11 de maio de 2017.

Desembargador Cid Goulart
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa promovida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em face de Lírio Dagort, então Prefeito de Xaxim, de Ademir Cezar Chitolina, então Diretor Administrativo da Secretaria Municipal de Saúde, e de Jandir Nardino, membro do Diretório Municipal do PFL.

Narrou que, em 13/09/2006, compareceu na Promotoria de Justiça pessoa *"que entregou panfletos de propaganda eleitoral deixados na casa desta por agentes de saúde municipal"* (fl. 07); que, no mesmo dia, foram recebidas *"várias denúncias anônimas no sentido de que as agentes de saúde estariam fazendo campanha eleitoral"* (fl. 07); e que, após averiguações, teria se constatado que os requeridos *"reuniram-se de maneira estável e permanente, em conluio volitivo, objetivando a utilização do serviço público, no caso vertente, as agentes de saúde do Município de Xaxim, em horário que elas deveriam estar trabalhado na função a que foram contratadas, aproveitando-se do fato de que elas eram muito conhecidas nas comunidades em que laboravam e, engendrando uma trama de desrespeito à legislação vigente, visando unicamente burlar a lei, posto que as agentes de saúde foram coagidas a*

fazer campanha política principalmente para os candidatos Gelson Merísio e Gervásio Silva, sob pena de represálias futuras" (fl. 08).

Asseverou, em complemento, que as agentes foram convocadas a participar de curso de capacitação nas dependências da Rádio Vanguarda, pertencente ao então Prefeito de Xaxim, como se estivessem em horário de trabalho; que teria sido proposta gratificação de R$ 200,00 (duzentos reais) para a realização de campanha; que os réus disseram às agentes que não precisariam trabalhar 8 (oito) horas diárias e sim apenas 6 (seis); que as agentes eram seguidas por pessoa que fiscalizava os trabalhos eleitorais; que reduziram seus horários de trabalho para realização de panfletagem política, causando prejuízo aos cofres públicos e prejudicando a equidade entre os candidatos; e que o alcaide estaria promovendo todos os dias café da manhã com determinado segmento da sociedade, custeado pelo erário, situação que nunca acontecia anteriormente, para implicitamente fazer campanha política.

Por considerar que as condutas dos demandados configuram atos de improbidade administrativa, requereu o afastamento liminar do cargo do então Prefeito Lírio Dargot e a indisponibilidade de seus bens; a condenação dos réus como incursos nos arts. 10, *caput* e XXII e 11, caput, I da Lei n. 8.429/92, aplicando-lhes as sanções previstas no art. 12, II e II da mesma Lei, com ressarcimento dos danos causados ao erário; pagamento de multa civil, proibição de contratação com o Poder Público, de receber benefícios fiscais pelo prazo de 10 (dez) anos e perda da função pública e suspensão dos direitos políticos (fls. 02-34).

O pedidos liminares de afastamento do Prefeito Lírio Dargot do cargo, bem como de indisponibilidade de bens foram indeferidos, enquanto o pedido de busca e apreensão de agenda existente em poder da então Secretária do Prefeito, na qual constariam anotações relevantes, foi deferido (fls. 72/73).

A medida foi cumprida e certificada (fl. 183-V).

O Ministério Público agravou da decisão que rejeitou os pedidos de afastamento de cargo e de indisponibilidade de bens, a qual foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado (fl. 139).

Os réus manifestaram-se preliminarmente (fls. 172-181).

A inicial foi recebida (fl. 320).

Os demandados apresentaram contestação, alegando, em linhas gerais, que não existem provas das acusações feitas em seu desfavor, inclusive porque as declarações juntadas pelo Ministério Público teriam sido colhidas em gabinete, sem fiscalização do judiciário, e sem a garantia do contraditório; que o Ministério Público, por sua promotora, "incutiu temor" nas agentes de saúde, lançando acusações contra o Prefeito e outras pessoas; que as agentes prestaram auxílio nas eleições voluntariamente, fora do horário de trabalho; que a promotora de justiça teve conduta incompatível com suas prerrogativas, ao declarar publicamente, em rádio desta comarca, que as agentes seriam processadas criminalmente e que perderiam o emprego (fls. 501-524).

Houve réplica (531-544).

Instruído o feito, notadamente com a colheita de prova oral, sobrevieram alegações finais (fls. 597-623 e fls. 628-640).

Ao sentenciar o feito, o Meritíssimo Juiz *a quo* consignou no dispositivo da decisão:

> "Ante o exposto, com base no art. 269, I do CPC, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado na inicial, reconhecendo a prática de atos de improbidade administrativa pelos réus, nos termos dos arts. 10, XIII e 11, caput da Lei 8.429/92 e, como consequência:
>
> "A) CONDENO o réu **Lírio Dagort** ao pagamento de multa correspondente a R$ 10.000,00 (dez mil reais), atualizados até a presente data, suspensão dos direitos políticos por cinco anos e proibição de

contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

"B) CONDENO o réu **Jandir Nardino** ao pagamento de multa correspondente a R$ 7.000,00 (sete mil reais), atualizados até a presente data, suspensão dos direitos políticos por cinco anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

"C) CONDENO o réu **Ademir Cezar Chitolina** ao pagamento de multa correspondente a R$ 5.000,00 (cinco mil reais), atualizados até a presente data, suspensão dos direitos políticos por cinco anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

"Os valores acima, embora de caráter punitivo e não indenizatório, devem ser destinados ao Município de Xaxim, sujeito passivo dos atos de improbidade.

"Condeno os réus ao pagamento de custas, deixando de condená-los ao pagamento de honorários, os quais destinam-se apenas aos advogados (arts. 22 e 22 da Lei 8.906/94).

"Após o trânsito em julgado desta decisão, comunique-se ao Tribunal Regional Eleitoral e ao Tribunal de Contas do Estado, arquivando-se os autos.

"P. R. I."

Irresignados, os requeridos apelaram, aduzindo que não existe qualquer prova que lhes desfavoreça; que os depoimentos prestados nestes autos indicam que não houve pressão alguma para que as agentes promovessem campanha eleitoral; que o convite era para quem quisesse, de forma voluntária e fora do horário de trabalho, auxiliar na campanha; que a grande maioria das agentes não aderiu, e nem por isso sofreram

qualquer represália; que as únicas ameaças partiram da Promotora de Justiça, a qual incutiu temor nas agentes em inúmeras entrevistas, afirmando que estariam cometendo crime se mudassem os depoimentos prestados em gabinete; que são imprestáveis os depoimentos prestados em Processo Eleitoral por testemunhas do Ministério Público, pois não houve requerimento de recebimento como prova emprestada, apenas a mera juntada aos autos, bem como envolvia pessoas distintas; que tal Representação Eleitoral foi jugada improcedente pelo egrégio Tribunal Regional Eleitoral; que nenhuma agente de saúde fez qualquer tipo de campanha política em horário de trabalho, tampouco foi usada qualquer estrutura da administração pública em favorecimento de qualquer candidato. Ao final, pugnaram pela reforma da sentença recorrida para o fim de julgar improcedentes os pedidos (fls. 654-674).

Recebido o recurso apenas no efeito devolutivo (fls. 687/688).

Em contrarrazões, o Ministério Público afirmou que as provas emprestadas respeitam o princípio do contraditório, pois foram colhidas em audiência em que os recorrentes estavam presentes e inclusive fizeram perguntas por meio de advogado; que não há necessidade de pedido expresso de aproveitamento; que os fatos apurados eram exatamente os mesmos; que, no âmbito eleitoral, foi apurado se a conduta tenderia ou não a afetar a igualdade de oportunidade entre candidatos, mas não se descartou a ocorrência de atos de improbidade; e que, de mais a mais, as esferas do Judiciário são independentes. Ao arremate, requereu o desprovimento do apelo (fls. 690-700).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do douto Procurador-Geral de Justiça Doutor Durval da Silva Amorim, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls. 704-710).

É a síntese do essencial.

VOTO

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Vejamos os fundamentos da sentença objurgada:

> "De início, destaco que a decisão que aqui se dá está calcada essencialmente na prova colhida sob o crivo do contraditório, perante o Juízo competente, servindo as declarações que instruíram a inicial como prova indiciária, em especial a motivar a Ação do Ministério Público, já que indicavam irregularidades a ser apuradas.
>
> "Não obstante ser atribuição daquela instituição fiscalizar e apurar irregularidades na esfera da Administração Pública, entendo que as declarações colhidas extrajudicialmente não são aptas a fundamentar a sentença de procedência que ora se dá, embora não possam ser consideradas ilícitas. Muitas delas foram subscritas por mais de uma testemunha simultaneamente, a retirar-lhes a individualidade exigida de uma prova testemunhal e nenhuma das declarações foi acompanhada pelos réus.
>
> "Igualmente não se pode deixar de suscitar o excesso na condução das investigações pelo órgão ministerial, o que se pode inferir das declarações públicas feitas pela promotora de justiça no início das investigações – antecipando punições antes mesmo de uma decisão judicial – conduta que, na concepção dessa magistrada, é incompatível com as atribuições constitucionalmente previstas àquele ente.
>
> "A despeito disso, a prova colhida durante a instrução judicial é válida e desfavorece os requeridos.
>
> "As testemunhas Elizandra Fernandes, Leila Baggio, Melchior Berte, Ladi Giachim, Márcio Locatelli, Gilmar de Paula, Francieli Covatti (fls. 476/479), Marinez Dalla Riva, Marilei Pertuzzatti, Marcelo Basi, Elisandra Fernandes, João Francisco dos Santos e Enedir Calza (fls. 590/596), ouvidas em Juízo, pouco esclareceram os fatos, embora de modo geral tenham afirmado não terem sido obrigadas a fazer campanha.

"Já as testemunhas Adriana Aparecida da Silva, Rosmari Aparecida Cechin e Teresinha de Oliveira Mendes Pereira, ouvidas no processo eleitoral entre as mesmas partes, confirmaram as denúncias promovidas contra os requeridos.

"Adriana afirmou (fl. 483):

"A) que durante as eleições de 2006 houve treinamento específico das agentes de saúde, com quatro reuniões em um mês, contando o primeiro encontro com a presença do então prefeito Lírio Dagort, ora réu, na qual esse solicitou a participação das agentes de saúde na campanha política em favor dos candidatos Gervásio e Merísio;

"B) que temeu prejuízo a eventual concurso público caso não aderisse à campanha, embora não tenha sido obrigada a participar;

"C) que deveria fazer campanha na microárea em que trabalhava, bem como que o Prefeito disse ser legal a realização de turno inferior a seis horas para realização de campanha no horário restante, afirmação que teria sido confirmada pelo requerido Nardino;

"D) que Nardino fez cobranças e disse saber quais as agentes não faziam campanha;

"E) que era agente já há cinco anos e sempre trabalhou oito horas diárias, sob orientação de trabalhar 40 horas semanais, declarando ainda que o Prefeito, na reunião, disse que poderiam trabalhar em um único turno, das 07h às 13h.

"Rosmari, por sua vez, declarou (fl. 485):

"A) que era agente de saúde já há cinco anos;

"B) que participou de três reuniões nas quais se tratou de campanha política, sendo a primeira presidida pelo então prefeito Lírio Dagort, a segunda por Jandir Nardino e a terceira por Lírio e Nardino;

"C) que como agente trabalhava de segunda a sexta das 08 h às 11h30min e das 13h às 17h;

"D) que no mês de setembro as agentes foram convocadas para três reuniões da rádio Vanguarda, de propriedade do réu Lírio, quando trataram de campanha política, embora o objetivo dos encontros fossem assuntos relacionados à saúde;

"E) que foram convidadas a realizar campanha e autorizadas a trabalhar apenas no período compreendido entre 7h e 13h, para que no período vespertino realizassem campanha;

"F) que Nardino, Lírio e Chitolina disseram que era legal trabalhar apenas 06 horas diárias e no restante realizar campanha eleitoral;

"G) que deveriam realizar campanha dentro da microárea onde atuava como agente;

"H) que Nardino disse saber quais agentes estavam realizando campanha;

'I) que em uma das reuniões o então prefeito disse que só teria direito a turno único quem fizesse campanha.

"Por fim, disse a testemunha Vera Teresinha (fl. 487):

"A) que era agente de saúde fazia cinco anos, trabalhando das 7h30 min às 11h30min e das 13 h às 17h, de segunda a sexta;

"B) que normalmente recebem orientações como agentes uma vez por ano;

"C) que no período que antecedeu as eleições do primeiro turno, foram convocadas pela Secretaria de Saúde Municipal para participarem de reunião na rádio Vanguarda, para receberem orientações;

"D) que antes da reunião o então prefeito, Lírio Dagort, tratou da campanha política, convidando as agentes a participar, para tanto autorizando que realizassem seus trabalhos em turno de 06 horas;

"E) que Chitolina teria sido encarregado de pegar os nomes das agentes que aderissem, tendo várias se inscrito;

"F) que das 7h30min às 13h faziam seu trabalho normal para o município

e depois almoçavam, pegavam o material e iam para sua microárea, realizando visitas, sugerindo votos aos candidatos Gervásio e Merísio e deixando materiais impressos para os eleitores;

"G) que embora não tenha sido obrigada, ficou temerosa de não aceitar fazer campanha, em razão dos testes seletivos futuros;

"H) que algumas colegas afirmaram que foram "meio que" pressionadas a fazer campanha e que Nardino dizia que sabia quais não estavam fazendo o trabalho político;

"I) que Lírio, Chitolina e Nardino garantiram que poderiam trabalhar apenas seis horas em suas funções normais e depois disso fazer campanha política;

"J) que em uma das reuniões o então prefeito disse que havia dado um bom aumento salarial às agentes e que estava esperando uma retribuição;

"H) que sempre tiveram orientação de trabalhar 40 horas por semana.

"Vê-se que os testemunhos transcritos foram ricos em detalhes e nada de concreto foi levantado que os tornassem indignos de fé.

"Segundo os relatos, em reuniões realizadas pela Secretaria Municipal da Saúde para orientação profissional das agentes, trataram-se de assuntos relativos à campanha política, da qual foram convidadas a participar, dentro do horário destinado ao expediente normal de trabalho.

"Todas as três testemunhas disseram com convicção que os réus afirmaram que podiam reduzir a carga horária a 6 horas, para que no restante do turno realizassem campanha política nas áreas de atuação de cada uma. A carga horária das agentes de saúde (40 horas semanais) foi regulamentada pela Portaria 658/03/2006 (fl. 151).

"Destaco que causa estranheza o comunicado de fl. 151, subscrito pelo então prefeito Dagort em 06 em setembro de 2006, emitido depois de já iniciadas as investigações pelo Ministério Público, o qual determina ao secretário de saúde a orientação das agentes para que cumprissem 40 horas semanais de trabalho, embora o dever fosse de total conhecimento delas.

"O quadro apresentado é claro a indicar que os réus, exercendo funções de prefeito municipal, diretor administrativo da Secretaria de Saúde de Xaxim e membro do Diretório municipal do PFL, utilizaram-se da estrutura da administração pública e das facilidades geradas pelas atividades exercidas pelas agentes de saúde municipal, de modo a incrementar a campanha política realizada na época, em favor de seus interesses políticos.

"Para tanto, passaram a realizar reuniões cerca de um mês antes do pleito, a pretexto de preparação das agentes de saúde, gentilmente convidando-as a fazer campanha política em favor de candidatos de seu partido político nas áreas em que trabalhavam, locais em que eram já bastante conhecidas, permitindo que para tanto reduzissem a jornada de trabalho de 40 horas a 30 horas semanais.

"Não bastasse isso, é evidente que na posição de subordinação em que estavam as agentes, negar o convite certamente geraria constrangimento e temor de que pudessem vir a ser prejudicadas, até porque Nardino, como se viu, enfatizava ter conhecimento de quem de fato vinha fazendo campanha. Não se pode deixar de lado ainda o que afirmou a testemunha Vera, no sentido de que Dagort disse querer retribuição por ter dado aumento às agentes de saúde.

"É clara a incidência no art. 10, XIII, que prevê como ato de improbidade 'permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades violação'.

"Também incidem os réus no art. 11 da mesma Lei, ante a violação de princípios da administração pública, previstos no art. 37, caput, da CR/88, mais especificamente os da moralidade e da impessoalidade.

"O primeiro princípio, da moralidade, é conceito oposto à idéia do desvio de poder e atrelado diretamente à intenção do agente. Por isso muitos autores defendem que a imoralidade administrativa seria nada mais que hipótese de ilegalidade quanto aos fins (desvio de poder).

"Deixadas de lado divergências doutrinárias de ordem semântica, o certo é que o respeito ao princípio da moralidade pressupõe a 'autuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé' (art. 2º, caput da Lei 9.784/99)

"Quanto ao princípio da impessoalidade, busca o bem comum como vontade última do Estado, de modo que qualquer ato voltado a satisfazer interesses particulares ou de uma minoria, atenta contra ele.

"Nesse sentido, conforme se discorreu acima, é evidente que, no caso dos autos, favoreceram-se os réus, em prol de seus interesses partidários, da relevância do trabalho das agentes de saúde e da relação de confiança que têm com a população.

"E para isso, dentro do poder que a Administração Pública lhes dispunha, autorizaram que as agentes reduzissem a jornada de trabalho durante o período de campanha, em prejuízo de todos aqueles que se beneficiavam do importante papel social que desempenham.

"Não há como se afastar o dolo dos réus, os quais, reitero, expressamente pediram auxílio na campanha e para isso autorizaram a redução do horário de trabalho, assim como cobraram a atuação das agentes, muitas delas que aderiram à campanha mais provavelmente em razão de sua posição de subordinação do que em função das próprias convicções políticas.

"Anoto que o exercício de função pública exige abnegação, conduta reta e, acima de tudo, exige que se persiga, como objetivo maior, o bem comum. Qualquer ato que vá de encontro a esses preceitos demanda repressão, não se podendo negociar com o conceito de ética a pretexto de a conduta ser menos lesiva do que outros atos de especial gravidade que corriqueiramente se vêem dentro da Administração Pública.

"É a análise da intenção do agente que deve orientar a decisão condenatória no caso dos autos, em especial quando da violação de princípios, sendo a extensão do dano tão-somente substrato para a fixação da pena e não fundamento a afastar a responsabilidade.

> "Quanto à alegação de que o então prefeito realizava cafés da manhã com fins eleitoreiros à custa dos cofres públicos, não há prova nesse tocante, mormente porque os documentos juntados às fls. 288/303 e a prova oral colhida indicam que eram realizados desde o início de sua gestão. (fls. 643-647)

Alegam os apelantes, inicialmente, a imprestabilidade dos depoimentos colhidos em Representação Eleitoral, utilizados como prova emprestada, eis que em tal procedimento haveriam partes distintas (os então candidatos Gelson Merísio e Gervásio Silva) e não se formulou pleito expresso para tal aproveitamento, apenas mera juntada como prova documental.

Tal assertiva não merece acolhida, posto que se denota que os recorrentes também figuravam como denunciados e se fizeram presentes na audiência, devidamente representados por advogado (fls. 475-490).

Acerca dos requisitos de tal modalidade de prova, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam:

> "Prova emprestada. A prova emprestada é aquela que, embora produzida em outro processo, se pretende produza efeitos no processo em questão. É válida e eficaz como documento e meio de prova, desde que reconhecida sua existência por sentença transitada em julgado (...). A condição mais importante para que se dê validade e eficácia à prova emprestada é sua sujeição às pessoas dos litigantes, cuja consequência primordial é a obediência ao contraditório. Vê-se, portanto, que a prova emprestada do processo realizado entre terceiros é res inter alios e não produz efeitos senão para aquelas partes" (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 11º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 632). [Grifou-se].

De há muito a jurisprudência já assentou que *"é admissível a prova emprestada quando tenha sido colhida mediante garantia do contraditório, com a participação da parte contra quem deva operar"* (RTJ 56/285).

Ademais, *"'é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à legalidade da prova emprestada, quando esta foi produzida com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.' (AgRg no AREsp 426.343/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 18/03/2014)."* (AgRg no AREsp 375.629/SC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017).

Devidamente observados o contraditório e a ampla defesa, não há qualquer mácula na apreciação do conteúdo dos depoimentos prestados perante a Justiça Eleitoral.

Todavia, apesar de válida, tal prova não pode ser tida como totalmente desfavorável aos réus, conforme consigna o *decisum* vergastado. Senão vejamos na continuação.

Elizandra Salete Casagrande Fernandes afirmou que o então Prefeito solicitou que fizessem política *"fora do expediente de trabalho e de livre e espontânea vontade, não obrigou ninguém, nem ameaçou ninguém para que fizesse campanha política, deixou ao livre arbítrio dos presentes; a depoente não fez campanha política durante o expediente normal de trabalho e nem sabe de algum outro funcionário municipal que tenha feito; não sabe de ninguém que tenha recebido advertência ou pressão por não ter feito"* (fl. 476).

Leila Baggio também disse que houve um convite, *"mas não obrigou a ninguém a participar da campanha; a política deveria ser feita fora do expediente normal de trabalho"*, igualmente destacando que *"não fez campanha em horário de expediente e não sabe de nenhuma agente de saúde ou funcionário do município que tenha feito"* (fl. 477).

Adriana Aparecida da Silva, ao seu turno, além dos excertos destacados pela sentença apelada e já transcritos, invocados para justificar a condenação, afirmou que *"o Prefeito não obrigou as agentes a fazer campanha, deixou livre"*; ao ser indagada pela Promotora de Justiça, informou *"que ninguém disse que se a depoente e as demais agentes de saúde não aderissem a*

campanha poderiam ser prejudicas, mas a depoente entendeu que tal poderia ocorrer em eventual concurso público a que fosse se submeter"; apesar de ter confirmado a proposta de redução da carga horária, foi categórica em dizer que *"sempre trabalhou oito horas no período"* e que *"no dia em que trabalhou na campanha foi sem crachá e colete"* (fls. 483/484).

Rosmari Aparecida Pereira Cechin também destacou que o Prefeito *"não exigiu nem obrigou a participação", "deixou as agentes a vontade, ou seja, quem quisesse fazer campanha para tais candidatos, poderia fazer"; "fez campanha uma única tarde", "não usou colete da Secretaria de Saúde, nem crachá; acha que as pessoas que visitou a receberam em suas casas como receberiam qualquer outra pessoa"* (fls. 485/486).

Vera Teresinha de Oliveira Mendes Pereira, cujo testigo também serviu de fundamento para a sentença sob análise, a par do que esta já destacou, contou que a reunião onde recebeu material e orientação para a campanha política ocorreu *"fora do horário de expediente"; "ninguém chegou para mim e disse: você é obrigada a fazer campanha política, mas ficou com medo de não aceitar por causa de testes seletivos futuros"; "que para o desempenho da função de agente de saúde se faz uso de colete e crachá com as inscrições 'saúde', mas para o trabalho de campanha tais objetos não eram usados, foi orientação que passaram"; "durante o tempo em que desempenha a função de agente de saúde, sempre fez campanha política para o Prefeito Cesar Fonini e em horário matutino nos sábados"* (fls. 487-489).

Os agente público demandados sempre negaram peremptoriamente os fatos que lhe foram imputados, aduzindo que não pressionaram ninguém a fazer campanha, apenas houve um convite; que o auxílio obtido foi de pequena parte das agentes, de forma voluntária e fora do horário de trabalho; que ninguém recebeu represálias por não ter ajudado; bem como não houve o uso de qualquer estrutura pública.

A prova oral produzida no presente feito, de seu turno, mediante a oitiva das testemunhas arroladas pelos réus/apelantes, lhes é amplamente

favorável, já que confirma integralmente seus argumentos (fls. 590-596), não sendo correta, com a devida vênia, a conclusão adotada pela douta Juíza *a quo* no sentido de que *"pouco esclareceram os fatos, embora de modo geral tenham afirmado não terem sido obrigadas a fazer campanha"* .

Mesmo sendo testemunhas indicadas pelos demandados, elas prestaram compromisso e não foram objeto de qualquer contradita, de modo que os depoimentos, obtidos sob o crivo do contraditório, merecem idêntica consideração que os demais.

Decorre daí que o conjunto probatório que consta do autos não permite a formação da convicção de que os apelantes praticaram, efetivamente, os atos tidos por ímprobos que lhe são imputados, eis que persistem fundadas dúvidas acerca da suposta coação ou pressão das agentes para o engajamento eleitoral; a ventilada redução da carga horária igualmente não restou demonstrada, bem como não se comprovou o uso da estrutura pública e das atividades exercidas pelas agentes de saúde de forma ilícita.

Assim, com o quadro de incerteza apresentado, onde se pode falar na existência de indícios, mas não de provas, não é possível a manutenção da condenação imposta aos recorrentes.

Em situações análogas, já se decidiu:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO PARQUET. PROCESSO SELETIVO REALIZADO PELO MUNICÍPIO DE ITÁ. ALEGAÇÃO DE BURLA AO CERTAME. ACERTO SUPOSTAMENTE ORQUESTRADO POR SECRETÁRIOS MUNICIPAIS QUE, EM TROCA DE APOIO POLÍTICO MEDIANTE FILIAÇÃO PARTIDÁRIA, TERIAM ENTREGUE O GABARITO DA PROVA A CANDIDATOS. ALISTAMENTO EM PARTIDO POLÍTICO NÃO CONCRETIZADO. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS CONTRADITÓRIOS E INCONCLUSIVOS.

CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE A AMPARAR DECRETO CONDENATÓRIO. FALTA DE PROVA QUANTO À MATERIALIDADE DO FATO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. ART. 5º, LVII, DA CRFB. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

"'Em razão do princípio da presunção de não-culpabilidade, constitucionalmente consagrado (art. 5º, LVII) e aplicável, modus in rebus, ao campo da improbidade, a dúvida sobre a ocorrência dos fatos imputados ao réu deve levar o magistrado à prolação de sentença de improcedência (in dubio pro reo), não parecendo razoável a incidência de graves sanções previstas no art. 12 a não ser diante de prova firme da ocorrência da improbidade'. (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 964).

"'Se julgar é também tentar (re)construir uma das visões do evento, a partir do que se obteve na instrução, respeitados em plenitude os direitos constitucionais dos réus (em especial, no caso concreto, a proporcionalidade entre a suposta conduta e a reação estatal, caso necessária), seria ingenuidade imaginar que a visão do Juiz sobre o fato, construída diante da precariedade da instrução e afetada pelo decurso de tempo, seja reflexo fiel da realidade. Porém, é sempre preciso apreciar os pedidos e, para tanto, traçar um quadro fático de acordo com a interpretação pessoal do que foi dito e 'provado' durante a instrução. É por isso, por causa desta precariedade, dessa insuficiente clareza acerca do que efetivamente ocorreu na realidade, que existe, não apenas no direito penal, mas a iluminar o direito como um todo, o princípio 'in dubio pro reo', ou seja, para garantir que a convicção do Magistrado sobre o quadro fático que constrói em sua mente seja regulada por um princípio de humildade: na dúvida, deve-se adotar uma decisão que preserve a dignidade da pessoa humana, não uma que preserve a presunçosa sensação de que eu, Juiz, 'entendo que é provável que tenha ocorrido assim, sendo necessário condenar os réus'". (Apelação Cível n. 2008.031051-0, de Curitibanos, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 7.8.2012) (TJSC, Apelação Cível n. 2015.077878-3, de Itá, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 23-02-2016).

> "Ato ímprobo só pode ser aquele que contém improbidade. E improbidade, já pela sua etimologia, corresponde à desonestidade, má-fé, imoralidade, anti-ética, ilicitude, dolo, culpa. Isso não quer dizer que todo e qualquer agente público será desonerado de sanção pela prática de atos administrativos violadores do princípio da legalidade. Os que tenham agido com desonestidade, ainda que não tenha havido enriquecimento ilícito próprio ou de terceiro, ou prejuízo aos cofres públicos, haverão de suportar as sanções civis, políticas e criminais previstas na lei. A mera alegação, destituída de provas robustas, de ofensa aos princípios da administração pública e de dano ao erário não pode servir de fundamento para condenação nas sanções previstas no art. 12, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal n. 8.429/92), porque exige-se a prova de atos concretos que demonstrem eventuais irregularidades de que resulte prejuízo para a administração pública." (TJSC, Apelação Cível n. 2013.080415-4, de Camboriú, rel. Des. Jaime Ramos, j. 12-02-2015).

> "Na ambiência de ação por improbidade administrativa, cujas sanções são sabidamente severas, não sobeja espaço para condenações fundadas em indícios ou presunções, daí exigir-se razoável evidenciação da prática de ato ímprobo, afinal de contas, nem toda irregularidade administrativa pode ser classificada como tal, mesmo quando aparentemente o indigitado ato enquadre-se na moldura da tipificação genérica do art. 11 da Lei n. 8.429/92." (AC n. 2010.028096-0, de Lages, Rel. Des. João Henrique Blasi, j. 27.9.2011).

Finalmente, temos que o Tribunal Regional Eleitoral, conquanto apreciando se os fatos configurariam conduta vedada pelo art. 73, III, da Lei n. 9.504/1997, decidiu, por votação unânime, que não restou comprovado que agentes de saúde trabalharam na campanha eleitoral durante horário de expediente, *in verbis*:

> "REPRESENTAÇÃO ELEITORAL - ALEGAÇÃO DA PRÁTICA DE CONDUTA VEDADA (ART. 73, III, DA LEI N. 9.504/1997) - NOTÍCIA DE QUE AGENTES DE SAÚDE TRABALHARAM, NO HORÁRIO DE EXPEDIENTE, EM CAMPANHA

ELEITORAL - ARGUIÇÃO NÃO COMPROVADA NOS AUTOS - IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

"Não havendo prova segura concernente à alegação da prática de condutas vedadas aos agentes públicos, tendentes a afetar a igualdade de oportunidade entre candidatos nos pleitos eleitorais, art 73, III, da Lei n. 9.504/1997, a representação deve ser julgada improcedente por falta de suporte quanto à ocorrência da prática de ilicitude." (ACÓRDÃO N. 21703, PROCESSO N. 2.409 - CLASSE XI - REPRESENTAÇÃO ELEITORAL, Relator: Juiz José Isaac Pilati, Representante: Ministério Público Eleitoral, Representados: Gelson Luiz Merísio, Gervásio José da Silva, Lírio Dagort e Ademir Cezar Chitolina, j. 04/06/2007)

Do corpo de tal aresto, extrai-se:

"No que tange ao mérito da representação, especificamente, a prova oral produzida não é firme o bastante para autorizar uma pena tão severa como a cassação de diploma. A simples existência de depoimentos afirmativos, dizendo que as agentes de saúde trabalharam na campanha eleitoral no horário de expediente, é muito pouco e, ademais, fica sufocada pelo restante dos testigos, muito mais numerosos, dizendo o contrário. A maioria das testemunhas afirma que a proposta de trabalho de campanha, feita pelos representados Lírio Dagort e Ademir Cezar Chitolina, referia-se ao tempo livre, fora do horário de expediente.

"Consta do depoimento de Olinda Escandiel da Silva (fls. 366-367):

"'[...] em uma delas, que aconteceu na rádio Vanguarda, o prefeito Lírio, Nardi no e Chitolina fizeram uso da palavra, prefeito Lírio fez proposta para que as agentes de saúde fizessem campanha para os candidatos da coligação, não só Gervásio e Merísio; deveriam trabalhar fora do horário de expediente, sem crachá ou qualquer tipo de identificação e receberiam para tanto R$ 200,00; a depoente não prestou nem um dia de trabalho na campanha política porque foi chamada para prestar declarações junto a promotoria de justiça; não foi forçada nem pressionada para aderir na campanha política e nem todos os presentes foram forçados;

"No mesmo sentido é a manifestação de Franciele Rossi da Rosa (fls. 368-369):

"'[...] no período que antecedeu as eleições de 2006 houve reuniões com as agentes de saúde deste município, numa reunião ocorrida nas dependências da rádio Vanguarda desta cidade, a única em que participou, antes de iniciados os trabalhos fizeram o uso da palavra o atual prefeito Lírio Dagort e o referido Ademir Chitolina; em tal oportunidade o primeiro fez proposta as agentes de saúde perguntando quem estaria interessado em fazer campanha política para os candidatos a deputados Merísio e Gervásio; a campanha seria feita fora do horário de trabalho e quem a aderisse perceberia o valor de R$ 200,00; a depoente trabalhou na campanha uma única tarde e fora do horário de expediente 'como foi passado para nós'.

"Também Maria Aríete Zanete (fls. 370-371) afirmou:

"'No período que antecedeu as eleições de 2006 houve reuniões com as agentes de saúde deste município, numa reunião ocorrida nas dependências da rádio Vanguarda desta cidade, antes de iniciados os trabalhos fizeram o uso da palavra o atual prefeito Lírio Dagort e o referido Ademir Chitolina; em tal oportunidade o primeiro fez proposta as agentes de saúde perguntando quem estaria interessado em fazer campanha política para os candidatos a deputados Merísio e Gervásio; a campanha seria feita fora do horário de trabalho e quem a aderisse perceberia o valor de R$ 200,00; a depoente não trabalhou na campanha; naquela época submeteu-se a uma cirurgia e não mais tomou conhecimento dos fatos que se sucederam;'

"A testemunha Elizandra Salete Casagrande Fernandes (fl. 374), a seu turno, consignou:

"'Participou das reuniões de capacitações na Rádio Vanguarda; ao todo foram seis reuniões em que participou; na primeira reunião o Prefeito Lírio esteve presente, na ocasião solicitou as agentes de saúde para que fizessem política para os candidatos Merísio, Gervásio, Luis Henrique, Colombo e Alckmin, isto fora do expediente de trabalho e de livre e

espontânea vontade, não obrigou ninguém, nem ameaçou ninguém para que fizesse campanha política, deixou ao livre arbítrio dos presentes; a depoente não fez campanha política durante o expediente normal de trabalho nem sabe de algum outro funcionário municipal que tenha feito; não sabe de ninguém que tenha recebido advertência ou pressão por não ter feito campanha política.'

"Outro não é o testemunho de Leila Baggio (fl. 375):

"'Participou das reuniões de agentes de saúde durante o mês de setembro/06, também daquela ocorrida na Rádio Vanguarda na qual houve participação inicial do Prefeito Municipal; ele convidou as agentes de saúde para fazer campanha política para Gervásio Silva, Gefson Merísio, Luis Henrique da Silveira, Geraldo Alckmin e Colombo, mas não obrigou a ninguém a participar da campanha; a política deveria ser feita fora do expediente normal de trabalho; a depoente não fez campanha em horário de expediente e não sabe de nenhuma agente de saúde ou funcionário do município que tenha feito.'

"Adriana Aparecida da Silva, em seu depoimento, afirma que trabalhou um único dia e também que teria recebido a orientação de que trabalhar seis horas e depois fazer campanha não seria ilegal. Entretanto, a mesma testemunha diz, no mesmo depoimento, que sempre trabalhou oito horas, e que o importante era completar quarenta horas semanais, ou seja, seu depoimento é contraditório.

"Vejamos (fls. 381-382):

"Somente o Prefeito Lírio falou que trabalhar seis horas e depois fazer campanha era legal, Nardino depois confirmou; ao que lembra nunca houve turno único na Prefeitura Municipal de Xaxim, sempre trabalhou oito horas no período; faz um relatório mensal que entrega a sua superiora hierárquica onde consta dias e horários de trabalho; o horário varia conforme o que tem programado para a semana ou o dia; há dias em que se faz menos de oito horas de trabalho, mas nunca baixa de seis horas; pode acontecer de não trabalhar na parte da tarde e trabalhar à

noite; a orientação é fazer quarenta horas semanais com as variações antes referidas; no único dia em que trabalhou na campanha foi sem crachá e colete.

"O depoimento de Vera Teresinha de Oliveira Mendes Pereira, por sua vez, também apresenta contradições, dizendo que participou ativamente da política e, na mesma assentada, que trabalhou uma única tarde na campanha. Confirma que (os representados) Lírio Dagort e Chitolina garantiram que as agentes de saúde poderiam trabalhar apenas seis horas em suas funções normais e fazer campanha política depois disso, mas aduz que seu horário era flexível, podendo fazer atendimento no horário do almoço ou mesmo depois das seis, ressaltando que sempre recebera orientação de que deveria trabalhar quarenta horas semanais (depoimento de fls. 385-387).

"Também Rosmari Aparecida Pereira Cechin (fls. 383-384) disse ter trabalhado na campanha política uma única tarde e que, diante das entrevistas da Promotora de Justiça à rádio, não foi mais fazer campanha. Entretanto, afirma haver recebido de Jandir Nardino a importância de R$ 200,00 (duzentos reais), logo após o primeiro turno das eleições.

"Ressalte-se, ainda, que consta do depoimento das próprias agentes de saúde que o trabalho de campanha era feito sem a identificação das mesmas como agentes de saúde, senão vejamos:

"Franciele Rossi da Silva (fl. 369):

"Na tarde em que fez campanha política já tinha encerrado seus trabalhos como agente de saúde e não usou crachá e nem um outro tipo de identificação.

"Adriana Aparecida da Silva (fl. 382):

"No único dia em que trabalhou na campanha foi sem crachá e colete.

"Rosmari Aparecida Pereira Cechin (fl. 383):

"Quando fez campanha política não usou colete da Secretaria de Saúde, nem crachá; acha que as pessoas que visitou a receberam em suas casas como receberiam qualquer outra pessoa.

"Vera Teresinha de Oliveira Mendes Pereira (fl. 387):

"Para o desempenho da função de agentes de saúde se faz uso de colete e crachá com as inscrições 'saúde', mas para o trabalho de campanha tais objetos não eram usados, foi orientação que passaram.

"Porém, considerando não haver comprovação segura, por outros meios que não a prova testemunhai contraditória, de que as mencionadas agentes de saúde trabalharam no horário de expediente, em favor das candidaturas de Gelson Luiz Merísio e Gervásio José da Silva, a representação não tem o condão de prosperar.

"A precariedade da prova - cumpre salientar - também fadou ao insucesso a representação judicial proposta pela Procuradoria Regional Eleitoral contra os mesmos representados – Processo n. 2.477, Classe XI, com fundamento no art. 22 da Lei Complementar n. 64/1990, por alegado abuso de poder econômico de autoridade em decorrência dos mesmos fatos - e à unanimidade de votos.

"Consoante o teor do Acórdão n. 21.554, de 28 de fevereiro de 2007, da relatoria do Juiz José Trindade dos Santos, ficou consignado que:

"[...] não se colhe do conjunto probatório carreado aos autos elementos que permitam aferir potencialidade lesiva capaz de alterar o panorama da disputa eleitoral, como a demonstração da efetiva participação das agentes de saúde do Município de Xaxim na campanha dos candidatos investigados. Ao contrário, as declarações tomadas em juízo não permitem sequer inferir o grau de engajamento das servidoras contratadas. (Grifei).

"Desse modo e com esse reforço, não havendo prova inequívoca de que as agentes de saúde trabalharam, no horário de expediente, na campanha eleitoral dos representados Gelson Luiz Merísio e Gervásio José da Silva, voto pela improcedência da representação.

"É como voto."

Por tais razões, o voto é pelo provimento do recurso para o fim de reformar a sentença *in totum*, julgando improcedente o pedido inicial.

Sem custas ou honorários.

Este é o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravo de Instrumento n. 0032990-45.2016.8.24.0000
Relator Designado: Desembargador Ricardo Roesler

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUSTEIO DE TRATAMENTO FISIOTERÁPICO (EQUOTERAPIA). TÉCNICA QUE, A DESPEITO DE ESTAR SUJEITA À EXPERIMENTAÇÃO JÁ É RECONHECIDA PELO CONSELHO FEDERAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL (COFFITO, RES. N. 348/08). ADMISSIBILIDADE, INCLUSIVE, PELO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, DESDE QUE COM ACOMPANHAMENTO (PC/CFM/06/97). INDICAÇÃO DA TERAPIA NO CASO CONCRETO, SOB PENA, INCLUSIVE, DE REDUÇÃO DA CAPACIDADE MOTORA DO PACIENTE. OBSERVAÇÃO, ADEMAIS, DO DIREITO À SAÚDE. DEDUÇÃO, PELO AGRAVANTE, DE CAPACIDADE FINANCEIRA DA FAMÍLIA DO SUBSTITUÍDO.
>
> PACIENTE QUE JÁ SE SUBMETIA AO TRATAMENTO, ENTÃO CUSTEADO PELA FAMÍLIA. SINAIS QUE EVIDENCIAM, EM PRINCÍPIO, CONDIÇÃO FINANCEIRA BASTANTE PARA CUSTEIO DO TRATAMENTO, A PARTIR DE DADOS INFORMAIS. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. BAIXA DOS AUTOS PARA VERIFICAÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0032990-45.2016.8.24.0000, da comarca de Pomerode 1ª Vara em que são Agravantes Estado de Santa Catarina e Agravados Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, por maioria, converter o julgamento em diligência para averiguação das

condições econômicas da família do paciente. Vencido o Des. Ronei Danielli, que dava provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 7 de março de 2017, os Exmos. Srs. Desembargadores Ronei Danielli (Presidente com voto) e Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 10 de março de 2017.

Desembargador Ricardo Roesler
Relator Designado

RELATÓRIO

O Estado de Santa Catarina recorreu de decisão que determinou, sob pena de multa diária, o custeio de tratamento de equoterapia ao recorrido, em ação manejada pelo Ministério Público, em benefício de criança portadora de epilepsia de difícil controle e paralisia cerebral (CID G40 e G80), sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais). Aduziu não estar obrigado a custear toda sorte de tratamento sobretudo aquele postulado, sem reconhecimento científico. No mais, já lhe seriam custeados outros tratamentos, quer pelo Sus, que pela frequência na Apae.

Ademais, seria necessário o estudo social para verificar-se previamente a condição financeira do núcleo familiar, dada a aparente condição de manter por si os custos do tratamento em face de sinais exteriores de riqueza (entre eles, possuir o genitor do substituído plano de saúde, trabalhar em boa empresa e ser proprietário de motocicleta "de luxo". Além disso, seria indispensável a perícia para comprovação da necessidade do tratamento.

Em caráter subsidiário postulou a redução da penalidade, e a ampliação do prazo para cumprimento da decisão.

Deferiu-se a antecipação dos efeitos da tutela recursal (fls. 256-260).

O Ministério Público ofertou contraminuta, aduzindo haver indicação médica do tratamento, competindo o Estado custeá-lo em favor das pessoas sem condições financeiras, cuja recusa, inclusive, poderia agravar o seu estado. A perícia, no mais, seria dispensável em face da prova. Por fim, não haveria justificativa para a revisão da multa, ou substituição pelo sequestro (fls. 267-277).

O Ministério Público opinou pelo conhecimento e parcial provimento do pedido (fls. 281-290). Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Hercília Regina Lemke.

É o relatório.

VOTO

O Estado recorre de decisão que determinou o pagamento de atividade fisioterápica denominada "equoterapia", afirmando que a terapia não é reconhecida, e que forneceria métodos alternativos de tratamento (recursos próprios de outras técnicas de fisioterapia). E eis a dedução, daí derivada, que secunda a tese principal, no sentido de que o Estado não estaria obrigado a fornecer o tratamento de forma aleatória, se não observado o habitual e o efetivamente reconhecido pelas entidades responsáveis.

Eu penso particularmente que esses argumentos, aos quais o eminente relator demonstrou sensibilidade, devem ser pensados com muita cautela, sobretudo para que o efetivo direito à saúde não se veja traído pelo jogo das impressões dialéticas.

Não penso que tenhamos base e concreção, notadamente nessa fase tão árida, para discutir com aprofundamento tema tão complexo. Mas o juízo de cautela, próprio dessa fase, exige alguma leitura adiantada do que se põe, observando principalmente o que a prática forense revela.

Lembro sempre o que Foucault propõe no estudo das práticas medicinais: todas as técnicas médicas foram, em algum momento, clandestinas. O que as separa do subterrâneo é a sistematização, a sua conversão em ciência (*O nascimento da clínica*). Esse processo, comum às ciências é sempre fruto da observação e da experimentação.

A equoterapia, que no Brasil denomina-se a técnica de utilização de cavalos *"como um agente promotor de ganhos de ordem física, psicológica e educacional"*, parece, de acordo com a literatura especializada, prática desenvolvida há algum tempo, ainda que o interesse por sua pesquisa seja relativamente novo, e segundo alguns sujeito a alguns conflitos (Copetti, F, *et al*, Comportamento angular do andar de crianças com síndrome de Down após intervenção com equoterapia, *Revista Brasileira de Fisioterapia*, São Carlos, vol. 11, n. 6, nov./dez. 2007, p. 504).

De todo modo, tudo indica não se trata de uma técnica clandestina. Sua aplicação, segundo estudos diversos realizados em tantos países, inclusive no Brasil, é bastante ampla. Essa técnica, de fisioterapia,

> (...) age diretamente nas deficiências motoras, refletindo-se nas sensoriais devido à utilização de estímulos proprioceptivos, táteis, vestibulares, visuais e auditivos, possibilitando a experimentação de movimentos e posturas dificultadas pelo próprio quadro neurológico4, podendo facilitar ainda a obtenção de ganhos cognitivos.
>
> A equoterapia enfatiza o desenvolvimento da aprendizagem, memorização, concentração, cooperação, socialização, organização do esquema corporal, aquisição das estruturas têmporo-espaciais, simetria da atividade muscular de tronco, equilíbrio em pé, em quatro apoios e regulação de tônus, gerando um ganho nas funções motoras grossas, especialmente no caminhar, correr e saltar de pacientes com algum tipo de deficiência motora, com conseqüente melhora da qualidade de vida. (Sissa Mara Nicodemo Sanches e Luciana Auxiliadora de Paula Vasconcelos, Equoterapia na reabilitação de ningoencefalocele: estudo de caso. *Revista Fisioterapia e Pesquisa*, São Paulo, vol. 17, n. 4, out/dez. 2010, p. 358)

Daí seu amplo espectro de aplicação – ou ao menos, até aqui, de experimentação – que alcança desde patologias crônicas do trato motor, a exemplo da *esclerose múltipla* (Karla Mendonça Menezes *et al*, Efeito da equoterapia na estabilidade postural de portadores de esclerose múltipla: estudo preliminar, Revista Fisioterapia e Pesquisa, São Paulo, vol. 20, n. 1, mar. 2013, p. 43-49), abrangendo, inclusive, as limitações próprias do *avanço da idade* (Tiago Toigo *et al,* O uso da equoterapia como recurso terapêutico para melhora do equilíbrio estático em indivíduos da terceira idade, *Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia*, Rio de Janeiro, vol. 11 n. 3, set./dez. 2008, p. 391-403).

E há, para além, a aplicação nos casos de pacientes portadores da *Síndrome de Down* (Jamili Anbar Torquato *et al*, A aquisição da motricidade em crianças portadoras de Síndrome, *Revista Fisioterapia em Movimento*, Curitiba, vol. 26, n. 3, jul/set. 2013, p. 516-524) e, veja-se, também nos casos de diagnósticos em crianças de *transtorno de déficit de atenção e hiperatividade – TDAH* (Gardenia de Oliveira Barbosa e Mey de Abreu Van Munster, O efeito de um programa de equoterapia no desenvolvimento psicomotor de crianças com indicativos de transtorno de déficit de atenção e hiperatividade, *Revista Brasileira de Educação Especial*, Marília, vol. 20, n. 1, jan/mar. 2014, p. 69-84).

Esse pequeno apanhado, que faço despretensiosa e aleatoriamente serve apenas para indicar que a despeito de ser muito recente o interesse em sua pesquisa, a técnica de equoterapia não me parece possa ser confundida com algum exercício recreativo, e tampouco sugere que seja apenas uma atividade de simples bem-estar. Também não poderá se livremente tomada como uma técnica precária ou "alternativa". Há, aparentemente, a necessidade de alguma sistematização e mesmo de determinados protocolos, que de todo modo não apontam tratar-se de uma atividade marginal, sem apuro de técnica e, principalmente, à revelia das ciências médicas.

Faço essa observação porque o próprio Conselho Federal de Medicina, em consulta realizada há muitos anos, aprovou o seguinte parecer (PC/CFM/n. 06/97):

> A Equoterapia tal como conceitua a Associação Nacional de Equoterapia (ANDE-BRASIL), é um método terapêutico que utiliza o cavalo sob uma abordagem interdisciplinar aplicada nas áreas de saúde e educação, bem como o desenvolvimento biopsicossocial de pessoas com necessidades especiais.
>
> **Apesar de não termos conhecimento de trabalhos científicos que comprovem os mecanismos de ação pelos que possam explicar sua eficácia, é inquestionável que os exercícios realizados em equitação adequada a portadores de deficiências neurológicas permitem melhoras evidentes no equilíbrio, coordenação motora, e capacidade de comunicação, além de desenvolver hábitos de disciplina e educação.**
>
> **Entendo, pois, que a Equoterapia se constitui num conjunto de técnicas que permitem a interação no binômio homem/animal eqüino, com evidentes benefícios aos portadores de alterações neurológicas, principalmente àqueles decorrentes de alterações genéticas e/ou paralisia cerebral. No entanto, métodos terapêuticos multiplicam-se com o passar do tempo e a medicina tem o compromisso de atuar dentro de parâmetros éticos, com a devida comprovação científica.**
>
> **Somos, portanto, pelo reconhecimento da Equoterapia como método a ser incorporado ao arsenal de métodos e técnicas direcionados aos programas de reabilitação de pessoas com necessidades especiais, devendo sua indicação ficar restrita à equipe de reabilitação, da qual sempre deverá fazer parte um médico especialista na área, para que sejam atendidos todos os requisitos que constam na Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, que trata das normas de pesquisa envolvendo seres humanos, haja vista que ainda não existe comprovação científica. Os dados levantados podem ser concentrados na Associação do solicitante deste parecer, juntamente com a Sociedade Brasileira de**

> **Medicina Física e Reabilitação, que posteriormente encaminhará ao Conselho Federal de Medicina a conclusão para avaliação e posicionamento definitivo desta Casa.** (grifei)

A par disso, destaco que o Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – Coffito – aprovou, em sessão plenária realizada nos idos de 2008, resolução reconhecendo a equoterapia como recurso terapêutico da fisioterapia e da terapia ocupacional (Res. n. 348/08). Além disso, há projeto de lei de iniciativa do Senado (PLS n. 264/10), já aprovado na Casa de origem e atualmente aguardando votação na Câmara de Deputados (PL n. 4.761/12), para efetiva regulamentação. Dele, já adianto, além do preciosismo em reconhecer formalmente a prática terapêutica com o uso do animal, há disposição observando, quanto à indicação de tratamento, apenas que "*a prática de equoterapia é condicionada a parecer favorável em avaliação médica* psicológica e fisioterápica" (art. 4º).

Desse apanhado, cuja complexidade não ignoro – ao contrário, reafirmo – é fácil notar o quão complicada se revela na simples censura determinada por um ou outro órgão administrativo quanto à prática eventual de alguma terapia. Veja-se que o conselho regente (o Coffito) já admite a terapia, e mesmo o Conselho Federal de Medicina não a ignora nem impõe glosa sumária, mas apenas sugere – e o faz com generosa dose de subjetividade – que se faça estudo observado sobre as práticas terapêuticas empregadas.

Penso que esse panorama, em si considerado, já permitiria a padronização do tratamento, se assim conviesse à Administração Pública. Afinal, considerando a classificação do art. 5º, XIII, da CR – norma de aplicação imediata e eficácia contida, adotada a clássica sistematização de José Afonso da Silva (entre tantos, **MI 6.113-AgR/DF**, rel. Min. Cármen Lúcia) – até a efetiva regulamentação, por lei federal, o exercício de atividade profissional é pleno. Ainda que não se cuide de profissão autônoma no caso, é imperativo observar que já há regulamentação interna, no âmbito do conselho de fisioterapia. Se o próprio conselho

gestor da atividade (o Coffito) já reconhece como tal a atividade do ponto de vista técnico, não vejo em quê a proposição do Conselho Federal de Medicina pudesse suscitar óbice ou dúvidas quanto à sua aplicação. Ou se quer afirmar, com um jogo de palavras, que a aprovação da lei em si fosse suficiente, mas não o é o reconhecimento do órgão de classe competente, reconhecendo a cientificidade da técnica?

Esses contrastes, que só tomo como base argumentativa e considerando o adiantado voto condutor servem para mostrar as distorções sensíveis que a rigor podem orientar interesses de toda ordem, cuja ciência, se palpável, é muito delicada. Há, antes disso, aparentemente, uma série de demandas, inautidas, que ordenam as prioridades da Administração. Se nesse caso elas parecem mais opacas, elas são notadas amiúde na política de saúde pública, pela eleição aparentemente aleatória de prioridades.

Dito de outro modo, não creio que se fosse discutir a propriedade do tratamento se o Estado houvesse admitido como fisioterápico, simplesmente. O que se tem, então, não é propriamente uma discussão de ordem técnica, mas o exercício de conveniência administrativo, em sua perspectiva mais simples: adota-se o que convém, sem rigor de critério e técnica.

Assim, tenho em princípio que não há limitadores objetivos ao reconhecimento da fumaça do bom direito; e, se a rigor é necessário – diria providencial – a elaboração de estudo técnico mais apurado, a cargo da instrução – nesta fase inicial penso que não só o que destaco em torno da terapia, segundo a literatura especializada, mas sobretudo o fato de que o substituído já fazia uso desse tratamento por recomendação médica. Além disso, há alguma informação médica afirmando que a suspensão poderia, inclusive, implicar na regressão de tratamento (fl. 223, item 6).

Penso, então, que fosse muito recomendável manter a terapia enquanto se discute a matéria no primeiro grau, a despeito do substituído

já submeter-se a sessões de fisioterapia, por assim dizer, "mais convencionais".

Dali se veria, também, o perigo da demora. Nesse ambiente de múltiplas variáveis e considerável complexidade, creio ser bastante perigosa a aposta na instrução processual para determinar ou não a efetividade do tratamento (lembro que a ação data de outubro de 2014 – fl. 34 – cuja liminar foi apenas deferida nos idos de 2016, e posteriormente suspensa nesta Corte, quando da análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal).

Faço, porém, um contraponto.

Se por um lado parece-me viável, em princípio, o reconhecimento da terapia como tal, o deferimento exige alguma prova mais palmar da impossibilidade de arcar com seus custos. Não me convenço da plenitude que eventualmente é conferida ao direito à saúde, de sorte a sujeitar o Estado à condição de garantidor universal.

O patrocínio pelo Estado, seja pela via oficial (administrativa), seja pela judicial deve se dar de forma subsidiária. É àqueles sem condições de prover o próprio tratamento que se deve submeter o Estado, e tão somente nessas hipóteses. E para tanto, suponho, nem seja preciso invocar teorias outras, a propósito da reserva do possível. A conclusão, que talvez seja tomada inadvertidamente como um ensaio pragmático decorre, a meu sentir, de uma observação que, a despeito da singeleza, é capital: não há como custear irrestritamente qualquer direito. Historicamente essa perspectiva vem experimentada desde o declínio de Roma, conforme descreve Fustel de Coulanges no seu bem conhecido ensaio *A cidade antiga*. Nossa realidade, eventualmente menos intimista, vem refletida em certa esclerose já notada no serviço público de saúde, horizontalmente demasiado amplo e verticalmente pouco eficiente.

Por outro lado, a necessidade também não deve ser medida pelo irrestrito sacrifício do cidadão. Não será na condição de miséria que se

medirá a necessidade, com a supressão das condições mínimas de bem-estar. No entanto, alguma privação, se assim se quiser, é no mínimo exigível.

Lembro que os pais do substituído já custeavam o tratamento. A par disso há notícia de que há custeio público de outros insumos (fraldas e sessões de fisioterapia). Mais que isso, o substituído em tese é beneficiado por plano de saúde de seu genitor.

Não há nisso, por certo, impeditivo ao pedido de custeio da terapia complementar. Todavia, noto que ao tempo do manejo da ação a família comprometia 1/3 da renda com o financiamento de um veículo – diferença essa que aparentemente lhe comprometia a renda mensal (fl. 107).

Tomo as circunstâncias com menos prosaísmo do que talvez transpareça. Suponho a utilidade de um veículo diante das circunstâncias. E a rigor a opção pelo investimento da renda familiar pouco interessaria, notadamente diante da necessidade do bem. Todavia, o Estado já alertara ao fato de que o genitor do substituído disporia de condições porque, ainda no crepúsculo dos idos de 2013 teria adquirido uma motocicleta nova, à época no valor de R$ 20.265,00 (fl. 174) – antes, portanto, do manejo da ação pelo Ministério Público. Segundo informações da base de dados do Detran, o motociclo estava alienado fiduciariamente, e o gravame só fora baixado em agosto de 2016. Todavia, a despesa não consta do cálculo das despesas familiares, que aparentemente acompanhou a inicial do Ministério Público (fl. 107).

Não penso que se tenha simplesmente esquecido de mencionar o fato. Apesar do cálculo apresentado ser simples, rude como se pressupõe os breves apostilamentos dos custos familiares mensais, não creio que se olvidasse de certa ordem de despesa, se é a impossibilidade de custear o tratamento o grande mote do pedido. Ao contrário, ao primeiro olhar tomo por deliberada a sonegação em razão de outros elementos.

Refinada a consulta, observei que o carro outrora adquirido teve baixa de circulação em 2015. Mas ainda naquele ano a família adquiriu um Citroën C4 Pallas, ano e modelo 2011 (placas MML8560), veículo que permanece com alienação fiduciária. Além dele, todavia, há um outro veículo, novo, adquirido então em outubro de 2016 (Citroën Aircross A Shine, placas QHS 5998, Renavan 1100471429), também objeto de alienação fiduciária. Estes veículos estão, aliás, em nome do substituído.

Diante desse cenário, tenho certa dificuldade em admitir a efetiva necessidade da família em ter o custeio da despesa com o tratamento complementar demandado. No entanto, reconheço que não se possa, de sobressalto, apanhar a família e principalmente o recorrido, substituto processual, com informações que, a despeito de sua publicidade, não compunham a lide inicialmente. Mais que isso, minha conclusão pode ser precipitada, considerando sobretudo o transcurso de tempo que separa esse julgamento da implementação da medida recorrida, em que a sorte financeira da família e mesmo suas necessidades podem ter assumido um espectro bem distinto daquele que animava a demanda.

Daí me parecer que a hipótese exija a observação ao art. 10 do CPC, dado que, independentemente da dedução ter sido formulada pelo Estado para justificar a cassação da medida, trago a debate elementos novos, o que poderia implicar o efeito surpresa – e, eventualmente, prejuízos outros ao jurisdicionado, considerada a natureza da pretensão.

Isso posto, vencida a viabilidade do tratamento, em tese, sou pela conversão do julgamento em diligência, de sorte a franquear o prazo de 15 (quinze) dias para que o substituto, a par do que é posto, diga o que lhe parecer conveniente, sem prejuízo da intimação concorrente dos genitores do substituído para, no mesmo prazo, manifestarem-se.

É como voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0011938-91.2012.8.24.0045
Relator: Desembargador Ricardo Roesler

> APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSTRUÇÃO CLANDESTINA NO INTERIOR DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO DE PALHOÇA E DA FUNDAÇÃO DO MEIO AMBIENTE - FATMA. SENTENÇA QUE CONDENOU A DEGRADADORA PRINCIPAL E OS ENTES PÚBLICOS CONCORRENTEMENTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER DE TODOS OS RÉUS, NA REMOÇÃO DA EDIFICAÇÃO E NA RESTAURAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. CONDENAÇÃO DA FATMA PARA SINALIZAR O LOCAL. RECURSO DO ÓRGÃO AMBIENTAL. RAZÕES RECURSAIS A PROPÓSITO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA. FUNDAMENTOS REFUTADOS. SUPOSTA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE NO QUE TANGE À DEGRADAÇÃO. ALEGADA AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES PARA LIMPAR E RESTAURAR A ÁREA, BEM COMO DE INEXISTÊNCIA DE MAQUINÁRIO ADEQUADO PARA O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE PROVAS. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA, OBJETIVA, POR OMISSÃO E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. ÔNUS DE SINALIZAÇÃO NO LOCAL DA FATMA. SENTENÇA REFORMADA TÃO SOMENTE SOBRE A EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ÓRGÃO AMBIENTAL E DO MUNICÍPIO. PARCIAL PROVIMENTO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0011938-91.2012.8.24.0045, da comarca de Palhoça 3ª Vara Cível em que é Apelante Fundação do Meio Ambiente FATMA e Apelados Ministério Público do Estado de Santa Catarina e outros.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer e dar parcial provimento ao recurso . Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Sônia Maria Schmitz e Edemar Gruber.

Florianópolis, 26 de janeiro de 2017.

Desembargador Ricardo Roesler
Relator e Presidente

RELATÓRIO

Inconformada com a sentença que julgou procedente os pedidos formulados em exordial pelo Ministério Público na Ação Civil Pública, a Fundação do Meio Ambiente – FATMA – interpôs recurso de apelação.

Em suma, a controvérsia recursal consiste, preliminarmente, na alegada ilegitimidade passiva da fundação, quanto ao caso concreto, e, no mérito, na suposta inexistência de responsabilidade por omissão. Argumentou-se, ainda, a impossibilidade de condenação para limpar e restaurar o ambiente, bem como para colocar placas informativas no local, uma vez que não teria tais atribuições, além de não contar com maquinários adequados e funcionários para tanto.

Na origem, o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública em face de Lorena Nedi Cândido, diante da suposta supressão de vegetação e edificação clandestina, realizada no interior do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, em área de preservação permanente, por estar situada em local de restinga, com distância de seis metros de curso d'água. A demanda também foi promovida contra o Município de Palhoça e a FATMA, diante da omissão ao que tange à fiscalização e preservação do meio ambiente. Por assim entender, requereu a condenação da primeira ré na desocupação definitiva da área, como também na remoção

de todo material não pertencente ao meio ambiente, com o depósito em local próprio, e na recuperação da área degradada. Requereu, ainda, a condenação dos entes públicos para concorrer com o maquinário e esforços para a remoção e recuperação ambiental da área.

Citados, os requeridos apresentaram contestação.

A FATMA apresentou parecer técnico (fls. 73-77) e o IGP apresentou perícia do local dos fatos.

Em seguida, foi proferida sentença (fls. 130-142), que julgou procedentes todos os pedidos formulados. Também condenou a FATMA à colocação de placas informativas, com a menção de que a área, objeto do feito, pertence ao Parque Estadual da Serra do Tabuleiro, e que é defeso qualquer intervenção humana naquele espaço, consoante o Parecer Técnico da fundação (fl. 74).

Irresignada, a FATMA interpôs recurso de apelação (fls. 146-151), postulando a reforma da sentença. Deduziu a sua ilegitimidade e, no mérito, a ausência de responsabilidade. Asseverou que o dano deu-se por ato de terceiro e, por conta disso, não poderia ser condenada nos termos da sentença. Mencionou, por fim, não contar com pessoal e maquinário adequado para realizar as obrigações que lhe foram impostas.

Contrarrazões às fls. 154-162.

O Ministério Público, nesta instância, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 168-180). Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Sandro José Neis.

É o relatório.

VOTO

Trato de recurso de apelação interposto pela FATMA contra a sentença que julgou procedente os pedidos formulados em exordial e

condenou a apelante à colocação de placas informativas no local objeto da lide.

A sentença recorrida será analisada também em sede de reexame necessário, em razão da condenação da Fazenda Pública, na pessoa do Município de Palhoça, nos termos do art. 496, I, do CPC.

Preliminarmente, quanto ao pedido de ilegitimidade passiva, a FATMA afirmou ser parte ilegítima, uma vez que os danos apurados decorreram de ato de terceiro. Contudo, é sabido que a administração pública, em todas as esferas, possui o dever-poder de defender, preservar e restaurar o meio ambiente (art. 225, § 1º, I, art. 23, VI e VII, da CF).

Com efeito, ao Poder Público incumbe atribuições específicas para fiscalizar e atuar em favor dos ecossistemas. Atribuições essas que são conferidas aos órgãos ambientais de todas as esferas, e a FATMA, como tal, possui o dever fiscalizatório sobre as atividades capazes de provocar a degradação e possui o dever de restauração, se constatada a degradação (art. 225, § 1º, I, da CF; art. 2ª, I, IV, VIII e IX, art. 6º, V, e art. 14, § 1º, da Lei Federal n. 6.938/81; art. 181 e 182 da Constituição Estadual; art. 81 da Lei 14.250/81).

No caso dos autos, o Órgão Ministerial ajuizou a presente ação em face dos entes públicos, além do degradador, diante da omissão do dever de controle e fiscalização.

A Fundação possui o dever de fiscalizar, principalmente perante as áreas de relevante interesse ambiental e legalmente instituídas pelo Poder Público, como é o caso do Parque Estadual da Serra do Tabuleiro. A alegação de desconhecimento da degradação, à época, em nada altera seu dever.

A responsabilidade por omissão do Poder Público aqui tratada consiste em responsabilidade objetiva, em face do que dispõe o art. 3º, IV, da Lei Federal n. 6.938/81. É irrelevante, pois, quem degradou

efetivamente o território de proteção ambiental. O referido entendimento, aliás, não é novo nesta Corte e corrobora o posicionamento o Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 771619/RR e REsp n. 1.017.741/SP).

É visível a responsabilidade civil da fundação por omissão diante da ausência de fiscalização. Assim, não há que se acolher o fundamento de que seria parte ilegítima para responder pelos fatos ora tratados.

Ultrapassado o tópico, no mérito, o órgão ambiental pretende afastar sua responsabilidade, por não possuir atribuições de remoção e de recuperação do ambiente degradado por terceiro e de sinalização por meio de placas informativas. Afirmou, outrossim, que não tem maquinários e funcionários para realizar tais serviços.

Ora, diante da responsabilidade civil por omissão, o ônus de limpar e recompor a área degradada deve ser também da fundação, por ser a recuperação um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, como bem prevê o art. 4º, VII, e o art. 14, § 1º, da Lei Federal n. 6.936/81. Assim sendo e consistindo a FATMA em um órgão ambiental estadual, dispõe ela da função de execução de políticas ambientais (art. 81, do Decreto Estadual n. 14.250/81).

Destarte, sobre o tema, não prospera a alegação de não possuir atribuições de remoção e reparação e nem de não possuir maquinário e funcionários para tal, pois ao órgão ambiental enseja o poder de polícia, o qual permite a execução administrativa direta – poder da autoexecutoriedade. (TJSC, 2012.080544-5, Rel. Carlos Adilson Silva).

Consequentemente, sobre a fundação recai o ônus da condenação como recai sobre degradadora, sendo irrelevante a alegação de não possuir as referidas atribuições.

Entretanto, a execução da condenação do Poder Público, neste caso, deve ser subsidiária, com fulcro no posicionamento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme julgamento do respeitável Ministro Herman Benjamin, o qual afirma no transcorrer do seu voto:

> A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser chamado quando o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não quitar a dívida, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934, do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil. (**REsp 1071741/SP**, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 24/03/2009, DJe 16/12/2010).

Nesse passo, a responsabilidade civil subsidiária faz-se necessária, pois a condenação recairá primeiro ao degradador principal e tornará possível evitar a oneração dupla da sociedade, que já sofreu com a degradação e poderá sofrer com obrigação de limpar e restaurar o meio ambiente se o degradador principal não cumprir com a obrigação.

No mais, nas razões recursais a apelante aduziu não dispor de serviços de colocação de placas informativas, requerendo assim que tal obrigação de fazer seja de responsabilidade tão somente da degradadora principal, isentando-a do mesmo.

Ora, todos os anos a FATMA sinaliza a situação de balneabilidade das praias de todo o litoral catarinense, com placas por todo o perímetro. Logo, não coaduna com a prática anual da fundação a alegação de não possuir material nem profissional para o serviço de sinalização e que tal serviço não se enquadra nas suas atribuições. Além disso, a apelante não comprovou a inexistência de material, profissionais e fundos para viabilizar a realização das medidas.

Portanto, aplico ao presente caso, por analogia, o art. 182, VIII, da Constituição Estadual de Santa Catarina, que determina ao Estado informar sistematicamente a população sobre a qualidade do meio ambiente.

Isso porque, a área em comento não estava sinalizada à época

da sua degradação. Visto isso, tem-se o risco concreto de que terceiros possam vir a ocupar a área que pertence à unidade de conservação de proteção integral.

Portanto, mantenho a condenação da fundação na obrigação de fazer em informar através de placas que a área objeto da lide pertence ao Parque Estadual da Serra do Tabuleiro e que é defeso qualquer intervenção humana no respectivo espaço territorial.

Nesse sentido: TJSC, 2014.046186-1, Rel. Des. Jaime Ramos.

Pelo exposto, conheço do recurso e dou parcial provimento ao apelo apenas para afirmar a responsabilidade subsidiária da FATMA e do Município de Palhoça, na hipótese de execução da sentença, mantendo a decisão do juízo singular no que tange a condenação da FATMA na colocação de placas informativas.

É como voto.

Apelação Cível n. 0008174-58.2013.8.24.0079, de Videira
Relator: Desembargador Odson Cardoso Filho

APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECLAMO AUTORAL.

AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE ANÁLISE PELO TRIBUNAL. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece de agravo retido se inexistente, nas razões ou contrarrazões recursais, pedido expresso de sua apreciação (art. 523, § 1º, do CPC/1973).

RESPONSABILIDADE CIVIL. PROFESSORA DA REDE PÚBLICA ESTADUAL QUE ALEGA TER SOFRIDO AGRESSÕES VERBAIS E AMEAÇAS DE PAIS DE ALUNO. EVENTO LESIVO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO/NEGLIGÊNCIA POR PARTE DO ENTE PÚBLICO. DEVER DOS OFENSORES DE INDENIZAR.

As ofensas verbais e ameaças desferidas por pais de aluno, em reiteradas ocasiões, com o claro intuito de lesar a pessoa, mostram-se suficientes para embasar pleito e condenação por danos extrapatrimoniais.

Em não se verificando qualquer omissão ou desídia por parte da direção/coordenação de instituição de ensino em que laborava a ofendida, capaz de gerar a responsabilidade civil da Administração Pública, devem apenas os agressores responder por eventuais prejuízos que tenham causado à professora.

DANOS MORAIS. AGRESSÕES VERBAIS NO AMBIENTE ESCOLAR. REPETIDOS EPISÓDIOS DE DESRESPEITO COM O TRABALHO DA PROFESSORA. SITUAÇÕES QUE EVIDENCIAM ABALO ANÍMICO.

O sofrimento decorrente de agressões verbais sofridas no ambiente escolar por professora perante seus alunos e colegas de trabalho, além

de outros episódios que estampam desrespeito dos pais com o trabalho da docente, são o suficiente para caracterizar a existência de dano extrapatrimonial passível de compensação.

QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E EXTENSÃO DA LESÃO.

A indenização por lesão extrapatrimonial deve ser fixada em atendimento ao binômio razoabilidade/proporcionalidade e à extensão do dano (art. 944, *caput*, do CC).

LUCROS CESSANTES. ALEGADO AFASTAMENTO DO TRABALHO COM DIMINUIÇÃO DA RECEITA EM DECORRÊNCIA DO OCORRIDO. COMPROVAÇÃO. REPARAÇÃO DEVIDA.

Sendo certo de que o evento lesivo foi a causa do afastamento d trabalho e, consequentemente, da redução dos rendimentos mensais da professora nesse período, a reparação por lucros cessantes procede.

SENTENÇA REFORMADA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS REDISTRIBUÍDOS.

Havendo modificação da sentença de modo a alterar o grau de êxito dos litigantes, mostra-se necessária o redimensionamento dos ônus de sucumbência.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0008174-58.2013.8.24.0079, da comarca de Videira 2ª Vara Cível em que é Apelante Rosangela Soares Rubini e são Apelados Gilmar Cunha Filho, Jane Silvia e Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 20 de abril de 2017, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Odson Cardoso Filho, Vera Lúcia Ferreira Copetti e José Maurício Lisboa. Funcionou, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Senhor Doutor Basílio Elias de Caro, tendo lavrado parecer o Excelentíssimo Senhor Doutor André Carvalho.

Florianópolis, 26 de junho de 2017.

Desembargador Odson Cardoso Filho
Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Videira, Rosângela Soares Rubini ingressou com "Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais" em face de Gilmar Cunha Filho, Jane Silva Padilha e Estado de Santa Catarina.

Alegou que trabalhava como professora na Escola de Educação Básica Josefina Caldeira de Andrade e que o filho dos primeiros réus, Nicolas Eduardo Batista, seu aluno, desde o início do semestre letivo de 2012 demonstrou atitudes preconceituosas com os demais colegas, além de comportamento agressivo e desobediente, o que levou os professores a reportarem as ocorrências aos respectivos pais (Gilmar e Jane). No entanto, disse que os genitores do menino passaram a lhe ameaçar e atemorizar em seu local de trabalho e, também, fora dele. Aduziu que, em maio de 2012, Gilmar chegou a invadir a escola por diversos dias consecutivos, constando os respectivos registros no livro de atas, no qual estão também apontadas as vezes em que foram chamados pelas ameaças e agressões do filho dirigidas à autora. Afirmou que esses episódios estão também anotados nos dois boletins de ocorrência que lavrou perante a autoridade policial. Asseverou,

ainda, que as ameaças e a omissão por parte da direção da escola a fizeram passar por problemas de saúde, resultando no afastamento de suas atividades de setembro de 2012 até janeiro de 2013. Em razão disso, apontou que sofreu prejuízos de ordem material e moral, razão para o pleito indenizatório (fls. 2-18).

Em resposta, o ente estatal sustentou, em sede preliminar, a sua ilegitimidade passiva (fls. 78-93).

Pelas razões de fls. 119-120, foi decretada a revelia dos réus Gilmar e Jane, tão somente para fins processuais, diante da apresentação tardia da defesa e rejeitada a prefacial suscitada pelo Estado -, o que gerou agravo retido (fls. 124-127).

Formada a relação jurídica processual, observado o contraditório e finda a instrução, o magistrado *a quo* julgou improcedentes os pedidos exordiais (fls. 243-247).

Malcontente, a demandante interpôs recurso de apelação, no qual indica que [a] o que passou foi humilhante e atentou contra sua honra, caracterizando dano moral passível de compensação; e [b] houve omissão e negligência por parte do ente estatal. Postula, então, a reforma da sentença para julgar procedentes os pleitos formulados na peça vestibular (fls. 251-259).

Com as contrarrazões (fls. 264-270), os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça indicando ausência de interesse no feito (fls. 276-277).

É o relatório.

VOTO

Cumpre pontuar, inicialmente, que, tendo a sentença guerreada sido publicada em 27-4-2016 (fl. 248), isto é, quando já em vigência

o Código de Processo Civil de 2015, o caso será analisado sob o regramento do novo Diploma.

Diante disso, o apelo apresenta-se tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, razão pelo qual merece ser conhecido.

1. Do agravo retido

Embora o agravo na forma retida tenha sido suprimido pelo novo Código de Processo Civil, este deve ser aqui analisado de acordo com o Estatuto Processual Civil de 1973, legislação em vigor à época de sua interposição (10-4-2014, fl. 123).

Isso porque

> o art. 14 do Novo Código de Processo Civil deixa evidente que a intenção do legislador foi a de adoção da teoria de isolamento dos atos processuais, em que cada ato é identificado de forma clara e individualizada, de modo que a aplicação da nova lei (no caso, do NCPC) somente se dará após o término do ato processual anterior. Em resumo, significa dizer que, tanto os atos e fatos já consumados na vigência da lei antiga, quanto aqueles cujos efeitos estão pendentes, devem ser respeitados, ainda que a lei nova preveja situação diferente. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2013.024806-4, de Curitibanos, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 29-3-2016).

Assim, não conheço do agravo retido aforado pelo Estado às fls. 124-127, pois não atendida a disposição do caput do art. 523 do CPC/1973.

2. Da responsabilidade civil

Na hipótese vertente, alega a autora ter sofrido ameaças e agressões verbais em seu local de trabalho e também fora dele pelos réus Jane e Gilmar, em época em que professora de seu filho Nicolas. Aduz que tal situação, somada à omissão por parte da direção da escola, causaram-lhe prejuízos de ordem material e moral.

Pois bem!

Colhe-se do depoimento de Luciane Aparecida de Lima Cordeiro que "é professora do Estado; na época dos fatos trabalhava na escola Josefina, mas não no mesmo turno que a demandante; ouviu falar sobre os problemas com o aluno Nicolas, de que o pai entrava na escola sem autorização, espiava a sala de aula e agredia as professoras Rosângela e Mirte, mas nunca presenciou nada, pois trabalhavam em turnos distintos; tinham muitos comentários de que o pai do aluno entrava na escola e ficava na janela espiando as aulas; no ano seguinte foi professora do Nicolas e ele era um aluno difícil de lidar, pois não respeitava as professoras e os colegas e não fazia as atividades, mas não teve problemas com os pais; quando começou a dar aula para o menino já foi alertada dos problemas com ele e seus pais; no colégio tinha câmera, mas não sabe se estavam funcionando na época dos fatos; sobre o acesso ao colégio, os portões abriam 15 min antes de começar a aula e eram fechados 15 min após o início, com cadeado, e somente as serventes e a diretora tinham as chaves; geralmente, para entrar na escola, pedia-se autorização para abrir os portões, mas se era pai de aluno as serventes abriam normalmente; quando era professora de Nicolas, chamou várias vezes os pais para irem à escola e o pai nunca espiou as suas aulas; as chamadas sempre eram registradas no livro de atas da escola e, nesses casos, era a direção que ligava para os pais, então eles vinham ao colégio, havia uma conversa e a orientadora pedagógica registrava no livro; em uma dessas reuniões que chamou os pais de Nicolas, a mãe falou que ia "quebrar as duas pernas desse menino"; em 2013 foi professora de Nicolas junto com Mirte, a qual tinha bastante medo dos pais dele, tanto que nunca queria ir conversar com eles, [...]; soube pelos comentários que o desentendimento dos pais com a autora começou quando a professora chamou atenção do Nicolas e o pai viu; os professores tinham liberdade de eles mesmos chamarem os pais para conversar, mas nos casos recorrentes ou mais graves isso era feito via direção; de todos os seus alunos, o Nicolas era o mais problemático, até os alunos reclamavam" (fls. 191 e 195).

A testemunha Maristela Lang, por seu turno, relatou que "é professora e diretora da escola desde 2011; quando o problema começou ela estava afastada do trabalho; no dia em que retornou da licença, tinha desaparecido o dinheiro de um aluno no horário da educação física; bem na hora em que Rosângela estava contando o suposto furto na direção, o pai do Nicolas entrou e entendeu que ela estava acusando o seu filho, então começou a xingar a professora; Gilmar, o assistente de direção que lhe substituiu durante a licença, tentou acalmar o pai e, após a confusão, relatou que não era a primeira vez que o pai ia na escola; com isso, fizeram o registro no livro de atas; logo trocaram o menino de sala, não tendo ocorrido mais problemas desse nível, tendo as coisas se acalmado; o Nicolas é aluno até hoje da escola; em junho/julho de 2012 foram retiradas as câmeras pela empresa responsável, então se tiver algo gravado está com a empresa; eram gravadas as imagens, mas ficavam guardados por 1 mês, mais ou menos; depois de um mês que o Nicolas mudou de sala, a professora Rosângela saiu de licença; após a mudança de sala, pelo que sabe, acabaram os conflitos entre os pais e a autora; quando Rosângela se afastou, ela apresentou atestado e lhe disse que foi por depressão em decorrência de tudo que ocorreu; confirma o relato registrado em ata no dia 21.06.2012; avisaram a Gerência de Educação sobre os fatos, a qual orientou que tudo fosse registrado em ata, que a professora fizesse um boletim de ocorrência e que o aluno fosse trocado de sala" (fls. 194 e 195).

A professora Mirte Polli, em seu testemunho, narrou que "trabalhou com a autora em 2012; Nicolas era agressivo na sala de aula, não fazia as atividades e não respeitava as ordens; chamaram os pais para conversar, mas o pai dizia que era culpa da mãe e a mãe dizia que era culpa do pai; os pais falavam que a demandante não sabia dar aula e que não se comportava como professora; o pai foi espiar [...], ficava agachado atrás da escola ouvindo e olhando a sala de aula; não sabe como ele entrou lá; na época tinha câmeras e hoje não tem mais, foi tirado em 2013; Rosângela

ficou muito mal, ia para aula chorando e, com isso, teve que assumir a turma no lugar dela; depois a acionante parou de dar aula; nunca teve problema com os pais de Nicolas, mas tinha problemas o menino; o muro da escola era alto, mas era possível de pular; os portões sempre ficavam trancados, mas era só chegar lá e pedir para entrar; os pais foram várias vezes na escola e algumas das discussões foram registradas; a orientadora pedagógica que faz os registros; teve um dia que o pai gritava nos corredores que odiava a professora, chamava de cadela, gritava para todo mundo ouvir; Rosângela se afastou pois não tinha mais condições psicológicas de trabalhar; os pais podiam assistir as aulas se quisessem, com autorização da diretoria, tendo o pai, inclusive, sido convidado para assistir a aula, mas ele não quis; antes do ocorrido, Rosângela não tinha problemas depressivos, era uma pessoa muito alegre; não sabe de nenhum outro problema que ela tenha tido; não acusaram Nicolas do furto, o problemas é que os pais não aceitavam as críticas ao filho; as câmeras funcionavam somente no pátio; no ano seguinte, foi novamente professora de Nicolas, mas procurava não participar das conversas com os pais dele, a direção que chamava os pais para as reuniões e participava das mesmas; todo ano o CREAS fazia palestra na escola para orientar os alunos; a demandante nunca bateu em nenhum aluno" (fls. 193 e 195).

Por fim, Tania Maria de Morais, também professora da Escola Josefina, disse que "começou a trabalhar na escola no ano de 2012 junto com a autora; viu o pai várias vezes passando pelas janelas agachado e espiando, quase todos os dias, o que gerava a curiosidade dos alunos e atrapalhava a aula; não sabe como ele entrava na escola; em alguns casos os pais são chamados para assistir a aula ou eles mesmos podem solicitar isso; algumas vezes foram surpreendidos com gritos nos corredores do pai contra a professora, xingamentos, insultos, chamando de cadela e outros palavrões; falaram várias vezes cadela e ameaçaram que iam quebrar a cara dela; a professora não xingou, apenas os chamava para sair dali; o motivo seria pelas dificuldades do filho; na época tinham câmeras e foram

tiradas no começo de 2013, por questões financeiras, mas a princípio estavam funcionando; haviam comentários na escola sobre os fatos e as discussões; soube a direção registrou tudo em ata; sua sala era no mesmo corredor da Rosângela; os gritos no corredor ocorreram duas vezes, mas o pai espiando era quase todos dias; no início de 2013 avisaram que não iam mais contar com as câmeras; a ata é feita por alguém da direção ou pela orientadora pedagógica; não sabe de nenhuma reunião para conciliar o caso, mas orientaram que a professora fizesse um boletim de ocorrência; atualmente a autora está trabalhando, ainda como professora do Estado" (fls. 192 e 195).

Dessarte, os testemunhos são coerentes e fortes em afirmar que a demandante realmente foi agredida verbalmente pelo réu Gilmar, no interior da instituição de ensino e durante o seu horário de trabalho, além reportar inconvenientes aparições com a intenção de espionar as aulas e atemorizar a acionante.

Ademais, dos registros constantes no livro de atas da escola extrai-se que no dia 9-5-2012

> [...] o senhor Gilmar [...] invadiu a escola e postou-se de cócoras atrás da sala de aula para escutar e espionar a sala de aula. Sendo que por vários dias consecutivos repetiu o fato. [...] o mesmo insultou a funcionária, retirou-se fazendo ameaças aos professores e funcionários [...]. (fl. 25)

No dia seguinte, em 10-5-2012,

> [...] as professoras Rosângela Rubini e Mirte Polli procuraram a direção da escola e o pedagógico e relataram problemas e dificuldades que enfrentam com o aluno Nicolas [...]. Os pais foram comunicados dos fatos ocorridos, mas as atitudes tanto do pai como da mãe sempre são na defensiva do filho e contra os professores, inclusive as professoras sentem-se ofendidas [...]. (fls. 26-27)

E, ainda, no dia 21-5-2012,

> [...] O pai alterou-se e acusou a professora de estar chamando seu filho de ladrão [...]. Que a professora estava perseguindo seu filho e que iria chamar sua mulher para quebrar a cara da professora a pau [...]. Os diretores tentam acalmá-lo, neste momento chega a esposa Jane, visivelmente perturbada, ofendendo com palavrões as professoras, insultos, inclusive chamou a professora de "cadela" [...]. O pai se referiu a professora que não sabe usar as palavras, que a professora só fala palavrões para os alunos e que a sala de aula é uma zona que ela não sabe ensinar, que ele tem amigos advogados, que vai processar e denunciar a professora no conselho tutelar, na secretaria de educação, que odeia professora morena [...]. Toda esta fala acima foi feita aos gritos, os dois pais ameaçavam o tempo todo a professora Rosângela [...]. (fls. 33-36)

Por fim, em 20-6-2012,

> [...] a senhora Jane Batista Cunha esteve presente na escola para conversar [...]. A mãe não admite que precisa mudar suas atitudes com o filho ela culpa os professores dos outros anos, a orientadora, e refere-se a cada uma delas com apelidos pejorativos e culpa a escola de não compreender o filho [...]. (fl. 31)

Consoante extrai-se dos registros, os pais de Nicolas - Gilmar e Jane - proferiram xingamentos contra a autora como "cadela", "apelidos pejorativos" e a ofenderam com "palavrões" e "insultos", bem como "ameaçavam o tempo todo a professora Rosângela" e diziam que iriam "denunciar e processar" a mesma, além do genitor ter dito que "iria chamar a sua esposa para quebrar a cara da professora a pau".

Com efeito, as agressões e ameaças ocorridas dentro da escola foram demonstradas pelo boletim de ocorrência de fl. 41, pelos registros de fls. 25-36 e ratificadas pela prova oral (fls. 189-195).

No entanto, com relação à perseguição e ameaça feita fora da instituição de ensino, que foi objeto do boletim de ocorrência de fl.49, tem-se que não há elementos que indiquem nesse sentido -, ônus que incumbia à autora (art. 373, I, do CPC/2015).

Assim, verificada a ocorrência do evento lesivo, bem como o nexo de causalidade entre ele e a conduta dos réus Gilmar e Jane, resta configurada a responsabilidade civil desses, sendo cabível a condenação ao ressarcimento dos prejuízos suportados pela acionante.

Todavia, quanto à ventilada omissão estatal, esta não restou demonstrada.

A direção do colégio acompanhava o caso e dialogava com os pais, chamando-os para tratar e corrigir o comportando do menor. Além disso, todos os desentendimentos ocorridos foram registrados em livro de atas, anotações essas que eram feitas por alguém da direção ou pela orientadora pedagógica.

Outrossim, restou informada a Gerência de Educação acerca dos acontecimentos, com orientações e indicações para superação do entrave. Por fim, tem-se que a cada ano o CREAS (Centro de Referência Especializada de Assistência Social) realizava palestras na escola, sendo que naquele ano a exposição foi sobre a violência (fl. 30).

Por certo, impossível responsabilizar o Estado e seus agentes, que não faltaram em nenhum momento, devendo apenas os agressores responder por eventuais danos que tenham causado à professora.

3. Dos danos morais

O direito à compensação por abalo moral vem expresso na Constituição Federal como um dos direitos individuais, nos termos do art. 5º, inciso V e X:

> Art. 5º. [...]
>
> V - É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem.
>
> [...].
>
> X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

E nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil, respectivamente:

> 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.

In casu, constata-se que a conduta de Gilmar e Jane trouxe transtornos significativos à professora, sendo previsível o sofrimento por ela suportado em virtude das agressões sofridas no ambiente escolar perante colegas de trabalho e alunos.

Embora relativizado pelos réus, é inegável o abalo decorrente de seguidos ataques, conforme fazem prova as declarações colhidas ao longo da instrução.

Assentada a configuração dos danos morais, passa-se à discussão do montante indenizatório.

Sabe-se que a compensação deve ser fixada em atenção ao binômio razoabilidade/proporcionalidade, ou seja, buscando compensar os danos sofridos pelo lesado e punir, na justa medida, o lesante.

Além disso,

> o valor da indenização há de ser eficaz, vale dizer, deve, perante as circunstâncias históricas, entre as quais avulta a capacidade econômica de cada responsável, guardar uma força desencorajadora de nova violação ou violações, sendo como tal perceptível ao ofensor, e, ao mesmo tempo, de significar, para a vítima, segundo sua sensibilidade e condição sociopolítica, uma forma heterogênea de satisfação psicológica da lesão sofrida (STF, Recurso Extraordinário n. 447.584/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. 28-11-2006).

In casu, considerando o fato de que "a indenização mede-se pela extensão do dano" (art. 944, *caput*, do CC), e as circunstâncias que

envolveram o evento lesivo, entendo que o montante de R$ 3.000,00 (três mil reais) é condizente com a situação em concreto e adequado aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, principalmente diante da condição financeira dos demandados.

Sobre o *quantum* fixado devem incidir juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir do evento danoso (Súmula n. 54 do STJ), e correção monetária desde o arbitramento (Súmula n. 362 do STJ).

4. Dos lucros cessantes

No que diz respeito a esse tópico, sustenta a demandante que, em decorrência do ocorrido, ficou afastado de suas atividades laborais por 3 (três) meses, tendo recebido auxílio-doença nesse período, isso em valor inferior à renda que antes amealhava.

Os lucros cessantes consistem em "valores que o prejudicado deixa de receber, de auferir, ou seja, uma frustração de lucro - o que razoavelmente se deixou de lucrar" (TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2011. v. 2. p. 397). São, em outras palavras, os danos negativos - em contraposição aos emergentes (que representam efetivo decréscimo patrimonial do ofendido), os lucros cessantes consubstanciam o prejuízo ao inviabilizar o ganho econômico do lesado.

Sobre o assunto, CAVALIERI FILHO ensina que "o cuidado que o juiz deve ter nesse ponto é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a conseqüência indireta ou mediata do ato ilícito (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 72).

In casu, resta incontroverso que a professora ficou afastada do trabalho de 1º-10-2012 a 30-1-2013 (fls. 44 e 52), contemporaneamente aos fatos em questão, tendo reduzido seus rendimentos mensais nesse período (fls. 63-66), bem como há nos autos provas suficientes de que o

afastamento foi causado pelos desentendimentos com os pais do aluno Nicolas.

Os próprios atestados médicos juntados pela autora indicam o incidente como causa da necessidade do afastamento. No primeiro, datado de 3-10-2012, consta que: "Acredito e indico o afastamento da paciente do agente estressor e já que este relaciona-se a sua atividade laboral, o seu afastamento laboral pelo período inicial de (60) sessenta dias até reavaliação do quadro" (fl. 52). O segundo, por sua vez, atesta que: "Está sem condições de manter as atividades pedagógicas até que se resolva o impasse entre pai de aluno e o colégio. (e seu filho) Está sem assertividade p/ desempenho naquele local" (fl. 54).

Ademais, a testemunha Maristela Lang indicou que "depois de um mês que o Nicolas mudou de sala e a professora Rosângela saiu de licença; soube do afastamento de Rosângela pois a mesma apresentou atestado e lhe disse que foi por depressão em decorrência de todo ocorrido" (fls. 194 e 195).

E, ainda, a professora Mirte Poli, testemunhou que Rosangêla ficou muito mal e seguia para a aula chorando, com isso, afastou-se da docência, pois não possuía mais condições psicológicas de trabalhar (fls. 193 e 195).

Assim, sendo certo de que o evento lesivo foi a causa do afastamento e, consequentemente, da redução dos rendimentos mensais da professora, a reparação por lucros cessantes é devida.

E conforme postula a própria demandante (art. 322, § 2º, CPC/2015), o valor a ser fixado deve representar a diferença entre a remuneração que ostentava à época do acidente (fls. 63 e 64) e o benefício previdenciário que passou a receber do INSS (fl. 66), qual seja, R$ 689,00 (seiscentos e oitenta e nove reais) mensais, durante os três meses em que a acionante ficou distanciada do labor, totalizando um montante de R$ 2.067,00 (dois mil e sessenta e sete reais). Devem incidir sobre as

parcelas, juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da data da citação, e correção monetária desde a data de cada vencimento (Súmula n. 43 do STJ).

5. Dos ônus sucumbenciais

Diante da modificação do julgado, e da sucumbência recíproca, devem a autora e os réus vencidos suportarem com as custas e despesas do processo, na proporção de 25% (vinte e cinco por cento) e 75% (setenta por cento), respectivamente, sobrestado o recolhimento da primeira em razão da gratuidade deferida (fl. 71).

Com relação à verba advocatícia, arca a demandante com o pagamento da quantia de R$ 800,00 (oitocentos reais) em favor do Estado, enquanto os demandados Gilmar e Jane devem desembolsar o percentual de 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação em prol do patrono da acionante, a teor do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

6. Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para: [1] julgar improcedentes os pedidos em relação ao Estado de Santa Catarina; e [2] julgar procedentes os pleitos no tocante aos réus Gilmar Cunha Filho e Jane Silva Padilha para: [a] condená-los, solidariamente, ao pagamento: [a.1] do valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) a título de danos morais, [a.2] do importe de R$ 2.067,00 (dois mil e sessenta e sete reais), referente aos lucros cessantes, ambos com os acréscimos antes indicados; e [b] determinar a redistribuição dos ônus de sucumbência, tudo nos termos da fundamentação.

É o voto.

SEÇÃO CRIMINAL

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 1001524-16.2016.8.24.0000, da Capital

Relator: Desembargador Volnei Celso Tomazini

EMBARGOS INFRINGENTES. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO SIMPLES E TENTATIVA DE HOMICÍDIO SIMPLES. RECONHECIMENTO DO DOLO EVENTUAL. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PEDIDO DE PREVALÊNCIA DOS VOTOS DIVERGENTES. ACOLHIMENTO.

CRIME DE HOMICÍDIO. QUALIFICADORA. MEIO CAPAZ DE RESULTAR PERIGO COMUM. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E MANOBRAS ARRISCADAS. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO DOLO EVENTUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A QUALIFICADORA.

Impossível a harmonização da qualificadora prevista no artigo 121, inciso III (parte final), do Código Penal, com o reconhecimento do dolo eventual. É que neste o agente não quer diretamente o resultado, mas aceita a possibilidade de de sua produção, ao passo que a incidência da qualificadora exige o propósito de, por meio da conduta, alcançar o efeito ali previsto. Daí a indiferença ao resultado não se coaduna com o comportamento intencional de se atingir as finalidades previstas na qualificadora, na hipótese, a utilização de meio capaz de expor a perigo indefinidos sujeitos.

CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE ENTRE A INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA E A CONFIGURAÇÃO DO DOLO EVENTUAL NOS CRIMES CONTRA A VIDA IMPUTADOS AO EMBARGANTE.

Se os fatos delineados nos autos demonstram a relação de meio e fim entre as condutas de ingestão de álcool e direção de veículo, com o consequente

atropelamento dos ciclistas que trafegavam nas proximidades da rodovia, revela-se impossível o reconhecimento da existência de duas condutas independentes e distintas.

O estado de embriaguez, particularidade apontada como indicativa da configuração do dolo eventual na prática dos delitos contra a vida, não pode prevalecer como delito autônomo, sob pena de sopesar duplamente em desfavor do agente a mesma elementar e caracterizar, por conseguinte, *bis in idem***.**

PRISÃO PREVENTIVA. DECISÕES PRETÉRITAS JUSTIFICADAS NA NECESSIDADE DO RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA, DIANTE DA POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. PRÁTICA ANTERIOR DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PARTICULARIDADE QUE, POR SI SÓ, NÃO PODE MOTIVAR A SEGREGAÇÃO CAUTELAR, ESPECIALMENTE QUANDO FINDA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS, DENTRE ELAS A SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR.

Com o advento da Lei n° 12.403/11, a prisão processual tornou-se medida excepcional extrema, a ser decretada apenas quando devidamente amparada pelo requisitos legais previstos na legislação, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação definitiva.

A existência de registro criminal que resultou na suspensão condicional do processo pode motivar a imposição da prisão cautelar, quando somados outros elementos concretos que justifiquem a imposição do encarceramento provisório. Isoladamente, portanto, não tem o condão de fundamentar a segregação, mormente em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência.

A ostentação dos bons predicados do embargante, o encarceramento preventivo há 16 (dezesseis) meses, a instrução processual finda sem notícias da tentativa de obstrução das investigações, tampouco sua interferência na produção da prova judicial e/ou ingerência junto a

testemunhas, autorizam a substituição da prisão processual por medidas cautelares diversas, dentre elas a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor (art. 294 da Lei n. 9.503/97), esta imprescindível para salvaguardar a ordem pública.

EMBARGOS DIVERGENTES CONHECIDOS E PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade n. 1001524-16.2016.8.24.0000, da comarca da Capital Vara do Tribunal do Júri em que é Embargante Gustavo Raupp Schardosim e Embargado Assistente da Acusação e outro.

A Seção Criminal decidiu, por maioria de votos, dar provimento aos embargos infringentes.Vencidos os Desembargadores Paulo Roberto Sartorato, Rodrigo Collaço, Sérgio Rizelo, Ernani Güetten de Almeida e José Everaldo Silva que votaram no sentido de manter a qualificadora de perigo comum; os Desembargadores Paulo Roberto Sartorato, Carlos Alberto Civinski, Sérgio Rizelo, Ernani Guetten de Almeida e José Everaldo Silva não reconheciam a consunção entre o crime de homicídio e o de embriaguez ao volante; e os Desembargadores Paulo Roberto Sartorato, Rodrigo Collaço, Sérgio Rizelo, Ernani Guetten de Almeida e José Everaldo Silva porque mantinham a prisão preventiva.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Desembargadora Salete Silva Sommariva, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann, Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo, Desembargador Moacyr de Moraes Limo Filho, Desembargador Jorge Schaefer Martins, Desembargador Roberto Lucas Pacheco, Desembargador Paulo Roberto Sartorato, Desembargador Carlos Alberto Civinski, Desembargador Rodrigo Collaço, Desembargador Sérgio Rizelo, Desembargador Ernani Guetten de Almeida e Desembargador José Everaldo Silva.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo Sr. Procurador Rui Arno Richter.

Florianópolis, 26 de abril de 2017.

Desembargador Volnei Celso Tomazini
Relator

RELATÓRIO

Gustavo Raupp Schardosim interpôs embargos infringentes contra o acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal que, na sessão de julgamento do Recurso em Sentido Estrito, realizada no dia 12 de julho de 2016 decidiu, por maioria de votos, *"negar provimento ao apelo defensivo, vencido o Exmo. Des. Rui Forte que concedia a liberdade provisória com a fixação de medidas cautelares; e por maioria de votos dar parcial provimento ao recurso Ministerial, vencido o Exmo. Des. Leopoldo Augusto Bruggemann que afastava a qualificadora do art. 121, § 2º, III, do CP, e reconhecia a consunção do art. 306 do CTB".*

Pretende o embargante, em síntese, a prevalência do entendimento acerca da impossibilidade de admissão da qualificadora do meio capaz de resultar perigo comum, porque incompatível com a caracterização do dolo eventual, elemento que tipificou os crimes contra a vida que lhe foram imputados na sentença de pronúncia, assim como da aplicação do princípio da consunção ao crime de embriaguez ao volante (art. 306 do CTB). Requer, ainda, a revogação de sua prisão cautelar, diante da ausência dos requisitos que justifiquem sua manutenção.

Após tecer considerações que entendeu relevantes, postulou o conhecimento e provimento dos embargos infringentes (fls. 68-84).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do Procurador Paulo Roberto Speck, opinou pelo parcial provimento do recurso, para *" [...]*

que seja revogada a sua prisão preventiva, expedindo-se o competente alvará de soltura e, aplicando-se-lhe, em substituição, medidas cautelares diversas".

É o relatório.

VOTO

Gustavo Raupp Schardosim foi pronunciado pela prática dos crimes descritos no "artigo 121, caput, c/c artigo 18, *in fine*; artigo 121, caput, c/c artigo 14, inciso II, c/c artigo 18, *in fine*, todos do Código Penal" porque, segundo relatado nos termos da denúncia, no dia 27 de dezembro de 2015, por volta das 9h35min, após ingestão voluntária de bebida alcoólica, conduziu o veículo VW/Parati, Trackfield, sentido Canasvieiras – Jurerê, Florianópolis/SC.

Durante o trajeto, Gustavo perdeu o controle do veículo e invadiu o acostamento, chocando-se com as bicicletas conduzidas, respectivamente, pelas vítimas Jacinto Silveira Florzino e Roger Luciano Bittencourt.

A violência do impacto ocasionou o óbito de Roger e ferimentos em Jacinto, cujo resultado letal somente não aconteceu por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Inconformados com a decisão de pronúncia, prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara do Tribunal do Júri da Comarca da Capital, as partes interpuseram Recurso em Sentido Estrito e, em 12.07.2016, a Terceira Câmara Criminal decidiu, *" por maioria de votos, negar provimento ao apelo defensivo, vencido o Exmo. Des. Rui Forte que concedia a liberdade provisória com a fixação de medidas cautelares; e por maioria de votos dar parcial provimento ao recurso Ministerial, vencido o Exmo. Des. Leopoldo Augusto Bruggemann que afastava a qualificadora do art. 121, § 2º, III, do CP, e reconhecia a consunção do art. 306 do CTB."*

Diante disso, por meio do presente embargos infringentes, Gustavo Raupp Schardosim pretende a prevalência dos votos divergentes do julgamento, ou seja, a exclusão da qualificadora do meio que resulte perigo comum, a aplicação do princípio da consunção ao crime de embriaguez ao volante, bem como a revogação da segregação cautelar.

Do pedido de afastamento da qualificadora do meio de que possa resultar perigo comum.

A r. sentença de pronúncia afastou o reconhecimento da qualificadora de perigo comum com os seguinte fundamento, em suma:

> [...] a adjetivadora do perigo comum deve ser excluída desde logo, porquanto verifico que fora trazida pela denúncia pelo fato de Gustavo, ao dirigir embriagado e sob manobras arriscadas (zigue-zague), colocou em perigo não só a vida das vítimas, mas a um número indeterminado de pessoas. Entretanto, como tais elementares foram utilizadas para configurar o dolo eventual, fator tipificador dos crimes contra a vida aqui apurados, não há como trazê-los também a qualificar os delitos, sob pena de cometer bis in idem.
>
> Além disto, assim como a próxima circunstância a ser analisada (inciso IV), pactuo do entendimento jurisprudencial de que o perigo comum também "pressupõe, por parte do agente, uma percepção bem definida do resultado que espera da sua conduta, pois inerente à própria organização e preparação dos atos que serão executados para consumação delito." Assim, não há como compatibilizar a qualificadora do perigo comum com o dolo eventual, eis que aqui o agente não agiu de forma direta à praticar o delito, apenas assumiu o resultado de produzi-lo.

Em outras linhas, a impossibilidade de *bis in idem* (porque os elementos que caracterizam o perigo comum foram utilizados para o reconhecimento do dolo eventual), bem como a incompatibilidade entre o dolo eventual e a referida qualificadora, foram os argumentos adotados pelo sentenciante ao pronunciar o embargante pelos crimes de homicídio e homicídio tentado, ambos na forma simples.

Interposto Recurso em Sentido Estrito pelo Órgão Ministerial, a Terceira Câmara Criminal, por maioria de votos, posicionou-se pela inclusão da qualificadora. Para tanto, fundamentou o Relator, Desembargador Ernani Guetten de Almeida:

> [...] há indícios de que os crimes de homicídio, tentado e consumado, foram cometidos por meio capaz de resultar perigo comum, uma vez que o agente, em tese, dirigia perigosamente seu veículo automotor à luz do dia em rodovia estadual de alta circulação de bicicletas e automóveis, em especial à época dos fatos (entre os feriados de Natal e Revéillon), em que a população da cidade aumenta consideravelmente, mormente na região turística atravessada pela SC-401, podendo ter atingido não só as vítimas, como um número indeterminado de pessoas.
>
> [...]
>
> Ademais, não há que se falar em bis in idem, como mencionado na sentença, eis que distintos os elementos utilizados para a configuração da majorante e do dolo eventual, este caracterizado, em tese, pela embriaguez.

Diversamente do entendimento adotado no voto condutor, manifestou-se o Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann:

> Ora, discordo da douta maioria. A um porque entendo que a condução do veículo automotor, por si só, não é meio que possa qualificar o homicídio. A dois, porque a qualificadora do meio de que possa resultar perigo comum, da leitura atenta a qualquer doutrina – não apenas as colacionadas – visa resguardar um perigo maior, a um número indeterminado de pessoas, a perigo de catástrofes – desabamento, inundação, et. – algo que abarque indeterminado – mesmo – número de pessoas. A três, porque não havia nenhuma vítima visada. A quatro, porque retirado do fato a morte do ofendido, ao agente seria imputado somente o crime o crime de embriaguez ao volante. E, por fim, de todo incompatível com o dolo eventual, em que pese o acusado assumir o risco da conduta. Em meu entendimento, o elemento subjetivo da qualificadora é outro. O perigo comum ao qual o Código Penal alude não é aquele gerado na condução de veículo automotor, devendo, pois ser afastada a mencionada qualificadora.

Pois bem.

Não se descura, o afastamento de qualificadoras na fase da decisão de pronúncia exige absoluta improcedência e, na hipótese de divergência, conflito ou dúvida, o caso deve ser levado à apreciação dos jurados.

Nessa diretriz:

> De acordo com a jurisprudência desta Corte, as qualificadoras, no crime de homicídio, só devem ser afastadas se notoriamente destituídas de amparo nos autos. 2. Ausente qualquer fundamentação idônea para o afastamento da qualificadora e havendo pertinência entre ela e as provas dos autos, cabe ao conselho de sentença decidir se o crime foi motivado por ciúmes e se, no caso concreto, esse sentimento constitui o motivo torpe que qualifica o crime de homicídio (HC 255974 / MG, rel. Min Rogerio Schietti Cruz , j em 1.9.2016).

Ainda assim, impossível analisar de forma *sic et simpliciter* se os crimes imputados ao embargante foram, em tese, cometidos por meio capaz de resultar perigo comum, sem abordar as circunstâncias do caso.

Primeiro, é preciso relevar que o dolo eventual, *"assim como o dolo direto, não tem a comprovação limitada ao psiquismo interno do agente. Extrai-se, ao contrário, das circunstâncias do caso concreto, tais como os meios empregados, a apreciação da situação precedente, o comportamento do agente posteriormente ao crime e sua personalidade, entre tantos outros que somente a vida real pode esgotar"* (Masson, Cleber. Código Penal Comentado. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 143).

A propósito:

> O dolo eventual, na prática, não é extraído da mente do autor mas, isto sim, das circunstâncias. Nele, não se exige que o resultado seja aceito como tal, o que seria adequado ao dolo direto, mas isto sim, que a aceitação se mostre no plano do possível, provável (STJ, REsp 1561226 / RS, rel. Min. Félix Fischer, j em 08.11.2016).

Partindo dessa compreensão, a par do estado de embriaguez ao volante, o sentenciante considerou as arriscadas manobras executadas pelo embargante na via (colocando em risco número indeterminado de pessoas) como os motivos configuradores, em tese, do dolo eventual, exatamente porque com tais condutas tolerou e assumiu o risco da produção do resultado.

Sim, no dolo eventual *"o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele não quer o resultado, pois se assim fosse haveria dolo direto. Ele antevê o resultado e age. A vontade não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, prevendo que esta pode produzir aquele. Percebe que é possível causar o resultado e, não obstante, realiza o comportamento"* (Jesus de. Damásio. Direito Penal: parte geral. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 331).

Bem por isso, não se pode harmonizar a incidência da qualificadora prevista na parte final do inciso III do artigo 121 do Código Penal com o reconhecimento do dolo eventual, esse o ponto fulcral da controvérsia.

É que *"As circunstâncias qualificativas, como na Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, "estão enumeradas no § 2º do art. 121. Umas dizem com a intensidade do dolo, outras com o modo de ação ou com a natureza dos meios empregados; mas todas são especialmente destacadas pelo seu valor sintomático: são circunstâncias reveladoras de maior periculosidade ou extraordinário grau de perversidade do agente."* (STJ, HC 30339 / MG, rel. Min. Hamilton Carvalhido).

Logo, as qualificadoras extrapolam a intenção do agente descrita na modalidade simples e, por isso, estabelecem imposição mais severa.

No que interessa, a qualificadora de perigo comum, *"além de causar a morte de quem pretendia, o meio escolhido pelo agente tem o potencial de causar situação de risco à vida ou integridade corporal de número elevado e indeterminado de pessoas, como por exemplo, a provocação de um desabamento"* (Gonçalves, Victor Eduardo Rios. 2. ed. São Paulo:Saraiva, 2012, p. 110).

Em outras palavras,

> Meio de que possa resultar perigo comum é aquele que pode expor a perigo um número indeterminado de pessoas, fazendo periclitar a incolumidade social [...] É importante fazer a distinção entre o homicídio qualificado, cujo meio para a sua prática é um crime de perigo comum e de perigo comum qualificado pelo evento morte (CP, art. 258). A diferença reside no elemento subjetivo. Com efeito, no homicídio qualificado o agente quer ou assume o risco di resultado danoso, qual seja, a morte da vítima, de modo que o meio empregado para alcançar esse resultado é um crime de perigo comum. No entanto, se o dolo não era homicida mas o de praticar o crime de perigo, e houve morte decorrente, haverá 'qualificação' do delito perigoso (pelo resultado morte preterdolosa). (Capez, Fernando. Curso de Direito Penal. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v 2, p. 86).

Daí decorre que a incidência da qualificadora, por suposto, exige o propósito de expor pessoas indeterminadas à situação de perigo, a ponto de justificar maior censura, o que não se coaduna com o dolo eventual.

Ora, se no dolo eventual o sujeito não quer diretamente o resultado mas aceita a possibilidade de produzi-lo, logicamente decorre sua incompatibilidade com a qualificadora, cuja configuração reclama o desígnio de, por meio da conduta, atingir o efeito ali previsto, qual seja, a utilização intencional de meio capaz de submeter a perigo indefinidos sujeitos.

O precedente jurisprudencial que segue conforta o entendimento aqui perfilhado:

> HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO. PRONÚNCIA. DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EXAME DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. NECESSIDADE DE ANÁLISE APROFUNDADA DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.

[...]

ILEGALIDADE FLAGRANTE. QUALIFICADORAS. EMPREGO DE RECURSO QUE DIFICULTA OU IMPOSSIBILITA A DEFESA DA VÍTIMA. MODO DE EXECUÇÃO QUE PRESSUPÕE O DOLO DIRETO. MEIO DE QUE POSSA RESULTAR PERIGO COMUM. DESCRIÇÃO QUE SE CONFUNDE COM A DESCRIÇÃO DO DOLO EVENTUAL ATRIBUÍDO AO RÉU. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

Quando atua com dolo eventual, o agente não quer o resultado lesivo, não age com a intenção de ofender o bem jurídico tutelado pela norma penal. O resultado, em razão da sua previsibilidade, apenas lhe é indiferente, residindo aí o desvalor da conduta que fez com o que o legislador equiparasse tal indiferença à própria vontade de obtê-lo.

Entretanto, a mera assunção do risco de produzir a morte de alguém não tem o condão de atrair a incidência da qualificadora que agrava a pena em razão do modo de execução da conduta, já que este não é voltado para a obtenção do resultado morte, mas para alguma outra finalidade, seja ela lícita ou não.

Não é admissível que se atribua ao agente tal qualificadora apenas em decorrência da assunção do risco própria da caracterização do dolo eventual, sob pena de se abonar a responsabilização objetiva repudiada no Estado Democrático de Direito.

A qualificadora do perigo comum, tal como exposta na peça vestibular, não extrapola o conceito do dolo eventual atribuído ao acusado no caso concreto, revelando-se manifestamente improcedente.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para excluir da decisão de pronúncia as qualificadoras previstas nos incisos III e IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal, submetendo-se o réu a novo julgamento pelo Tribunal do Júri pela prática dos crimes de homicídio simples consumado e tentado.(HC 360617 / RR, Rel. Des. Jorge Mussi, j em 21.03.2017).

Mudando o que deve ser mudado, colhe-se deste Tribunal:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SUPOSTOS DELITOS DE HOMICÍDIO QUALIFICADO POR DOLO EVENTUAL (ART. 121, § 2º, IV, DO CP) E DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DA LEI N. 9.503/97). DECISÃO DE PRONÚNCIA. INCONFORMISMO DA DEFESA.
>
> HOMICÍDIO EM RAZÃO DE COLISÃO AUTOMOBILÍSTICA. MATERIALIDADE COMPROVADA. INDÍCIOS DE AUTORIA. AGENTE QUE, EMBRIAGADO, ESTARIA A CONDUZIR AUTOMÓVEL EM ALTA VELOCIDADE QUANDO, AO AVANÇAR SINAL VERMELHO, TERIA ATINGIDO OUTRO VEÍCULO COM CAUSAÇÃO DA MORTE DO OUTRO MOTORISTA. HIPÓTESE DE DOLO EVENTUAL NÃO DESCARTADA. SUBMISSÃO DA CAUSA AO CONSELHO DE SENTENÇA. ESTÁGIO PROCESSUAL QUE NÃO COMPORTA ELEMENTOS SUFICIENTES EM PROL DA TESE DESCLASSIFICATÓRIA PARA CRIME CULPOSO (ART. 302 DO CTB).
>
> QUALIFICADORA DO RECURSO QUE TERIA DIFICULTADO A DEFESA DO OFENDIDO. ALEGADA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. EIVA INOCORRENTE. DOLO EVENTUAL. CASO DE INCOMPATIBILIDADE COM A HIPÓTESE DO INC. IV DO § 2º DO ART. 121 DO CÓDIGO PENAL (Recurso em Sentido Estrito n. 0012987-63.2013.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Rodrigo Collaço, j em 28.11.2016).

Importa primar, portanto, pelo entendimento expendido na decisão de pronúncia e, por conseguinte, pelo voto divergente, porquanto não se pode harmonizar a indiferença ao resultado (caracterizador do dolo eventual) com uma conduta intencional para se alcançar a finalidade prevista na qualificadora, na hipótese, o perigo comum.

Assim sendo, entende-se pela impossibilidade de inclusão da qualificadora do meio de que possa resultar perigo comum à capitulação da sentença de pronúncia.

Da aplicação do princípio da consunção.

Ao analisar o pleito Ministerial relativo à prática do crime de embriaguez ao volante (art. 306 do CTB), o Magistrado aplicou ao caso o princípio da consunção, *"eis que restou demonstrada a manifesta relação de causalidade entre a ação praticada mediante dolo eventual e o resultado morte. Em suma, a embriaguez ao volante é trazida como requisito a caracterizar o dolo eventual"*

No julgamento do Recurso em Sentido Estrito a Terceira Câmara Criminal, por maioria de votos, posicionou-se pelo afastamento da absorção, com o seguinte fundamento:

> [...] os crime de embriaguez ao volante e de homicídio são autônomos, com diferentes elementares. Aquele não é meio necessário, nem fase de preparação ou de execução para este. Protegem bens jurídicos distintos e possuem momentos consumativos diversos, fáticos e temporariamente independentes.
>
> O primeiro ocorre no exato instante em que o agente passa a conduzir o veículo automotor, colocando-o em movimento, seja em via pública aberta à circulação, "com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência" [...]
>
> Já num segundo momento, posterior e totalmente distinto, o agente, conduzindo seu automóvel com alteração de suas funções psicomotoras assume o risco de atingir terceira pessoa e o faz, ceifando sua vida.
>
> Ou seja: o agente inicia a condução de seu veiculo com a capacidade psicomotora alterada e exaure o primeiro delito, atingindo o bem jurídico tutelado pelo art. 306 da Lei 9.507/97, qual seja, a incolumidade pública. Depois, atinge a terceiro, exaurindo-se o crime de homicídio ao ceifar sua vida. Assim, frisa-se, ocorrem condutas distintas e autônomas.
>
> Nesse rumo, sem ignorar a existência de posicionamento diverso, o Superior Tribunal de Justiça [...] e esta Corte já decidiram pela inaplicabilidade do princípio da consunção em relação ao crime de embriaguez ao volante.

> [...]
>
> De mais a mais, em se tratando de mero juízo de admissibilidade da acusação, não deve o Magistrado se pronunciar sobre os crimes conexos, os quais devem ser levados ao Tribunal do Júri, a quem compete o julgamento da causa na sua integralidade, a teor do disposto no artigo 78, I, do Código de Processo Penal.

Divergindo desse posicionamento, o eminente Desembargador Leopoldo Augusto Brüggermann manifestou:

> [...] É certo que o dolo eventual é a própria embriaguez, o que configura claro bis in idem a manutenção do crime conexo.
>
> Abstraindos-e a embriaguez do crime de homicídio, cai por terra tanto o dolo eventual, como o delito de embriaguez ao volante prevista no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Id est, se uma circunstância sustenta dois crimes, é evidente o vis in iden configurado. Vislumbra-se, *in casu*, que a embriaguez está servindo tanto para alicerçar o crime de homicídio, pelo dolo (eventua), como o crime previsto no art. 306 do CTB. É o mesmo fato.
>
> Inadmissível.
>
> Cumpre esclarecer que a decisão deste subscritor, citada pelo eminente Relator, não tem conotação com o caso concreto. Versa aquela sobre homicídio culposo conexo com a embriaguez. Ora, a culpa adveio pela negligência imprudência ou imperícia. A embriaguez nada tem com a culpa, deriva de situações diversas. O delito de embriaguez, assim, não configura bis in idem, simplesmente por as condutas são distintas. No homicídio doloso, a situação é outra.
>
> Na presente hipótese, não se trata de crime conexo, na acepção simples da palavra, daquelas que se julga rotineiramente nesta Corte. Cuida-se, na verdade, de opção da acusação: processar o acusado por crime de homicídio com dolo eventual pela embriaguez (art. 12, c/c art. 18, I, parte final, do CP) e não o tipo grafado no art. 302 do CTB.

Esse é o posicionamento que, adianta-se, compartilho.

Primeiro, é sabido, os crimes conexos devem ser julgados pelo Tribunal do Júri, à luz do que preceitua o art. 78, inciso I, do Código de Processo Penal, ou seja,

> Tratando-se de crimes conexos, prevalece a competência do Tribunal do Júri (art. 78, inciso I, do Código de Processo Penal) e, desse modo, a não ser que a relação consuntiva entre os delitos se perceba de pronto, de uma análise perfunctória, o que não ocorre na hipótese retratada nos autos, a questão não deve ser analisada na fase do judicium accusationis, sob pena de violar o princípio constitucional da soberania do Júri (STJ, HC n. 57.519, Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15.02.2007).

Ocorre que outra é a situação dos autos. É que os fatos delineados revelam que, em tese, o embargante conduzia seu automóvel após consumir bebida alcoólica e, por tal motivo, acabou atingindo as vítimas que trafegavam nas proximidades da rodovia.

Essa peculiaridade remete à conclusão acerca da relação de meio e fim entre as condutas de ingestão de álcool e direção de veículo, com o consequente atropelamento dos ciclistas.

Vale lembrar que:

> De acordo com o princípio da consunção, ou da absorção, o fato mais amplo e grave consome, absorve os demais fatos menos amplos e graves, os quais atuam como meio normal de preparação ou execução daquele, ou ainda como seu mero exaurimento.[...]
>
> Seus fundamentos são claros: o bem jurídico resguardado pela lei penal menos vasta já está protegido pela mais ampla, e a prática de um ilícito definido por uma lei penal é indispensável para a violação de conduta tipificada por outra disposição legal. [...]
>
> Ao contrário do que se dá no princípio da especialidade, aqui não se reclama a comparação abstrata entre as leis penais. Comparam-se os fatos, inferindo-se que o mais grave consome os demais, sobrando apenas a lei penal que o disciplina. (Masson, Cleber. Direito penal esquematizado - parte geral, vol. 1. 8. Ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 136/137).

Portanto, a situação fática como está posta impede o reconhecimento da existência de duas condutas independentes e distintas, até porque, como bem enfatizado no voto divergente, *"[...] abstraindo-se a embriaguez do crime de homicídio, cai por terra tanto o dolo eventual, como o delito de embriaguez ao volante prevista no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro"*

Nesse sentido, tem-se o julgado desta Corte:

> RECURSO CRIMINAL. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO SIMPLES CONSUMADO COMETIDO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 121, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL - TRÊS VÍTIMAS) E LESÕES CORPORAIS LEVES (ART. 129, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL - DUAS VÍTIMAS). [...] INDÍCIO DE DOLO EVENTUAL. DÚVIDA ACERCA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. [...] APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. AÇÕES DELITUOSAS COMPONENTES DOS FATOS DOLOSOS E NÃO COMO CRIMES AUTÔNOMOS. PRETENSÃO AFASTADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Recurso Criminal n. 2010.060126-7, de Gaspar, rel. Des. José Everaldo Silva, j. 07-02-2013).

Some-se a isso, o estado de embriaguez foi a particularidade apontada como indicativa da configuração do dolo eventual na prática dos delitos contra a vida, de modo que não pode o mesmo fato prevalecer como delito autônomo, sob pena de *bis in idem*.

Dito de outro modo, utilizar a embriaguez ao volante para configurar o dolo eventual e, ao mesmo tempo, reconhecê-la como delito autônomo, no caso, representa sopesar duplamente em desfavor do embargante a mesma elementar, o que não pode ser admitido.

Registra-se, a embriaguez ao volante é crime de perigo, em que a vítima é a incolumidade pública. Assim, uma vez ocorrido o evento danoso, os crimes de perigo ficam absorvidos pelo crime de homicídio, seja na modalidade dolosa, seja culposa.

Para ilustrar, cita-se:

> PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR COM CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA EM RAZÃO DO USO DE ENTORPECENTE E INGESTÃO DE ÁLCOOL (CTB, ART. 306). CRIME CONTRA A PESSOA. LESÃO CORPORAL SIMPLES E DE NATUREZA GRAVE (CP, ART. 129, *CAPUT* E § 2º, III E IV). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.
>
> [...]
>
> MÉRITO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL LEVE E GRAVÍSSIMA PARA O TIPO PENAL DESCRITO NO ART. 303 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. IMPOSSIBILIDADE. DOLO EVENTUAL EVIDENCIADO. SOMATÓRIO DE SITUAÇÕES PROPENSAS A OCASIONAR GRAVES ACIDENTES DE TRÂNSITO. ASSUNÇÃO DOS RISCOS QUANTO À PRODUÇÃO DOS RESULTADOS. APLICAÇÃO DA CONSUNÇÃO DO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE EM RELAÇÃO AO CRIME DE LESÃO CORPORAL. CRIME DE PERIGO ABSORVIDO PELO CRIME DE DANO (LESÃO CORPORAL). PENA DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO AFASTADA. PREJUDICADA ANÁLISE DO PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE DO REFERIDO DELITO.
>
> [...]
>
> Reconhecida a embriaguez (crime de perigo) como fator preponderante, senão indispensável, para a ocorrência do delito de lesão corporal (crime de dano), incide sobre o art. 306 da Lei 9.503/1997 o princípio da consunção. (Apelação Criminal n. 2014.029025-5, de Tubarão, rel Des. Carlos Alberto Civinski, j em 30.6.2015).

Está assim evidenciado o nexo de dependência entre as condutas ilícitas, de modo que viável a aplicação do princípio da consunção em relação ao crime de embriaguez ao volante. Deve sobressair, portanto, o voto divergente nesse ponto.

Do pedido de revogação da prisão preventiva

Na sentença de pronúncia, o Magistrado negou ao embargante o direito de recorrer em liberdade, nestes termos:

> [...] permanecem inalterados os motivos ensejadores da segregação (págs. 76-80, 115-116, 334-335), inclusive chancelados pelo Tribunal de Justiça através do Habeas Corpus n. 2016.000650-6.
>
> Ademais, destaco neste contexto, em principal, a garantia da ordem pública, diante da periculosidade do réu Gustavo, que respondeu a processo anterior por crime de trânsito na Comarca de Itajaí, entretanto, o litígio em questão não lhe pontificou a agir com prudência e reverência às leis de trânsito, tanto que aqui está sendo pronunciado por crime mais gravoso praticado na direção de veículo automotor, que causou a morte e lesões em pessoas que de forma regular trafegavam com suas bicicletas. Aliás, há indícios, como visto, do uso de drogas e álcool antes da condução do veículo, sendo que o silêncio do réu, em todas as fases processuais, não confirma seu arrependimento ou vontade de passar a agir de modo diverso.
>
> Por fim, ilógica a soltura diante da pronúncia, mormente quando permaneceu o acusado preso durante a ação penal e, caso apenado, poderá a vir cumprir pena no regime intra muros. Colho do STJ: Não há que se falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade efetiva do delito em tese praticado e da periculosidade social dos agentes envolvidos, bem demonstradas pelas circunstâncias em que ocorridos os fatos criminosos, notadamente quando o réu assim permaneceu durante toda a primeira fase do processo afeto ao Júri.

O pedido de revogação da prisão preventiva foi reiterado no Recurso em Sentido Estrito, sem sucesso, porque, segundo o Relator:

> [...] conforme se infere dos autos, as decisões proferidas pelo Juízo *a quo* foram devidamente fundamentadas, sendo a prova da materialidade e os indícios de autoria, a autorizar a segregação preventiva, amplamente demonstrados, bem como a presença dos requisitos previstos nos art.

> 312 e 313 do Código de Processo Penal, os quais permanecem hígidos, além do que, já analisados quando do julgamento dos habeas corpus n. 0000759-62.2016.8.24.0000 e 4000612-65.2016.8.24.0000 por esta Terceira Câmara.
>
> O cabimento da medida restou evidente para garantia da ordem pública, diante da possibilidade concreta de reiteração da conduta, eis que não se trata de fato isolado na vida do réu, que já foi preso em flagrante por estar conduzindo veículo automotor embriagado, voltando novamente a praticar, em tese, tal conduta, dessa vez com consequências trágicas, eis que ceifou a vida de uma pessoa e tentou contra a vida de outra.
>
> Com efeito, apesar de o agente ter sido beneficiado pela suspensão condicional do processo na mencionada ocasião anterior, o que não gera reincidência ou mau comportamento quando da análise da dosimetria da pena, persiste a imprescindibilidade de garantir a ordem pública diante da reiteração da conduta.
>
> Ademais, o fato de a carteira de habilitação do pronunciado não estar suspensa quando do ocorrido, conforme apontado em decisões anteriores, além do equívoco quanto à ausência de demonstração de arrependimento na fase indiciária, não são argumentos suficientes para afastar a necessidade da segregação, sendo os demais elementos apontados indicativos da necessidade da medida para assegurar a ordem pública.

A defesa apontou o equívoco da decisão e, para tanto, pleiteou a prevalência do voto divergente, cujo excerto menciona-se:

> [...] não mais se afiguram presentes os requisitos do artigo 312 do CPP. Em casos assim, cujo crime tenha sido praticado na direção de veículo automotor e a preocupação do Magistrado ao converter o flagrante em preventiva é evitar que o réu volte a cometer novos delitos de trânsito, entendo que a prisão preventiva pode ser substituída por medidas cautelares, dentre leas a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor até o julgamento definitivo definitivo da ação penal, conforme decidiu esta colenda Câmara nos autos do HC n. 4001200-72.2016.8.24.000, em caso bastante semelhante ao presente [...]

Não se descura a gravidade do ocorrido, não somente pelas circunstâncias que envolveram o caso (a condução de veículo automotor em estado de embriaguez e a grande repercussão social, inclusive com intensa publicização midiática), mas sobretudo em razão do bem jurídico que a conduta do embargante atingiu, qual seja, a vida das vítimas.

Em que pese a relevância dos fatos, a análise detida das decisões que mantiveram o embargante segregado remete à compreensão de que deve prevalecer, por ora, o entendimento acerca da impropriedade técnica da manutenção da custódia cautelar.

A uma porque as decisões que analisaram o pleito de liberdade provisória justificaram a necessidade do encarceramento no resguardo da ordem pública**,** sobretudo diante da possibilidade de reiteração criminosa, tendo em vista que o embargante respondeu a processo anterior por crime de trânsito, quando também conduzia veículo embriagado, processo que foi suspenso condicionalmente.

Entretanto, ao aceitar a concessão do privilégio despenalizador, previsto na Lei n. 9.099/95,

> o acusado não admite nenhuma culpa. Aliás. Não se discute sua culpabilidade no ato de suspensão do processo. Tanto é assim que, na eventualidade de ser revogada, a parte acusatória só terá êxito final se comprovar, dentro de devido processo penal, a culpabilidade do acusado [...] Não havendo prova suficiente, resultará intacta a presunção de inocência, impondo-se a absolvição. E o fato de o acusado ter antes concordado com a suspensão do processo não pode ser levado em conta para o efeito da culpabilidade (Gomes, Luiz Flávio. Suspensão Condiciona do Processo Penal. Revista dos Tribunais, 1995, p. 126).

Sequer pode o instituto ser levado a efeito para fins de negativação dos antecedentes criminais ou agravamento da pena em razão da reincidência, na hipótese de eventual condenação por delitos cometidos posteriormente (STJ, HC 156569 / SP, rel. Min. Jorge Mussi; TJSC, Revisão Criminal n. 4000289-60.2016.8.24.0000, rel. Des. Getúlio Corrêa).

O que daí desponta, indubitavelmente, é a maximização da presunção de inocência, princípio que a Constituição da República erigiu como fundamental.

Outro não foi o posicionamento do Procurador de Justiça Pedro Sérgio Steil, no parecer emitido por ocasião da análise do Recurso em Sentido Estrito, cujas razões, por significativas, mencionam-se:

> [...] sublinha-se que esta Procuradora de Justiça Criminal comunga do entendimento, chancelado inclusive hodiernamente pelo Superior Tribunal de Justiça (por todos, confira-se: RHC 47.780/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. Em 12/8/2014), de que a existência de registros criminais é fundamento idôneo para motivar a imposição de prisão cautelar, desde que sempre em adição a outros elementos objetivos de natureza concreta, que demonstrem a imprescindibilidade técnica e contemporânea da imposição individualizada da medida extrema, sob o lastro da garantia da ordem pública, com o desiderato de se prevenir eventual reiteração delitiva.
>
> O presente caso, porém, não se subsume com regular adequação ao entendimento em tela.
>
> Isso porque, embora o pronunciado efetivamente ostente registro criminal de natureza convergente (foi detido pela suposta prática do ilícito prescrito no art. 306 do CTB no ano de 2010), tem-se que tal ocorrência não é mais juridicamente hábil para, isoladamente e em contraste à absoluta excepcionalidade da adoção jurisdicional da medida extrema, lastrear a conservação da mencioanda prisão cautelar neste momento processual, de instrução criminal finda e réu devidamente pronunciado.

Sobre o tema, vale referir o julgado:

> Por outro lado, o oferecimento da suspensão condicional do processo pelo Ministério Público não se compatibiliza com a decretação da prisão preventiva. - A ausência de indicação de elemento concreto a fundamentar a prisão preventiva do Paciente, indica a necessidade de se revogar a medida constritiva. (STJ, HC 100633 / CE, rel. Min Ministra

MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) , j em 5.12.2013

Ipso facto, a manutenção da prisão cautelar nessa fase processual exige a indicação de outros elementos, além daqueles mencionados nas oportunidades pretéritas, o que não se vislumbra no momento.

Sim, é preciso relevar que, a par de ostentar bons predicados, o embargante encontra-se recluso preventivamente há 16 (dezesseis) meses, a instrução processual findou e, neste ínterim, não houve notícias da tentativa de obstrução das investigações, interferência na produção da prova judicial e/ou ingerência junto a testemunhas.

Some-se a isso, com o advento da Lei n° 12.403/11, a prisão processual tornou-se medida excepcional extrema a ser decretada apenas quando devidamente amparada pelo requisitos legais previstos na legislação, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação definitiva.

Sendo assim, cabe ao julgador interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 da Lei Processual para a decretação da prisão preventiva, demonstrando a incidência dos referidos requisitos nas particularidades do caso concreto, de forma a aplicá-la, em último caso, quando outras medidas cautelares mostrarem-se insuficientes à prevenção almejada.

Em outras palavras,

> Nunca é demais lembrar que a prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.
>
> Ora, dúvida não há de que a liberdade, antes do trânsito em julgado, é a regra, não compactuando com a automática determinação/manutenção

> de encarceramento. Pensar-se diferentemente seria como estabelecer uma gradação no estado de inocência presumida. Ora, é-se inocente, numa primeira abordagem, independentemente da imputação. Tal decorre da raiz da idéia-força da presunção de inocência e deflui dos limites da condição humana, a qual se ressente de imanente falibilidade.
>
> A necessidade de motivação das decisões judiciais - dentre as quais se insere aquela relativa ao status libertatis do imputado antes do trânsito em julgado – não pode significar, a meu ver e com todo o respeito dos votos contrários, a adoção da tese de que, nos casos de crimes graves, há uma presunção relativa da necessidade da custódia cautelar. E isso porque a Constituição da República não distinguiu, ao estabelecer que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, entre crimes graves ou não, tampouco estabeleceu graus em tal presunção. A necessidade de fundamentação decorre do fato de que, em se tratando de restringir uma garantia constitucional, é preciso que se conheça dos motivos que a justificam (HC 383673 / SP, rela. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j em 16.3.2017).

Revela-se razoável, portanto, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, porque mais adequadas e necessárias ao caso em tela, tendo em vista a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do acusado, em atenção aos requisitos previstos no art. 282, I e II, do Código de Processo Penal.

Ressalta-se:

> As medidas alternativas à prisão não pressupõem a inexistência de requisitos ou do cabimento da prisão preventiva, mas sim a existência de uma providência igualmente eficaz para o fim colimado com a medida cautelar extrema, porém com menor grau de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo (STJ, RHC 78136 / MG, rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j em 16.3.2017).

Nesse encadeamento, a par de outras medidas cautelares, a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor prevista no artigo 294 na Lei n. 9.503/97 torna-se imprescindível, justamente porque vai

resguardar a ordem pública, vedação que deve perdurar até o julgamento final dos autos originários.

É que

> No caso, a suposta reiteração relaciona-se, exclusivamente, à embriaguez ao volante, motivo pelo qual, dadas as peculiaridades do caso concreto, a ordem pública pode vir a ser salvaguardada com a aplicação da suspensão da carteira de habilitação do acusado, medida prevista no artigo 294, *caput*, da Lei n. 9.503/1997, além da aplicação das medidas cautelares alternativas preconizadas no artigo 319, I, II e IV, do Código de Processo Penal (*Habeas Corpus* n. 2014.022162-1, de Indaial, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j em 02.05.2014).

Além da suspensão prevista na legislação de trânsito (art. 294), mostra-se também necessária a fixação de outras medidas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, a saber, a) recolher-se ao domicílio das 20h às 8h inclusive nos fins de semana (CPP, art. 319, V); b) não frequentar bares, boates e estabelecimentos similares (CPP, art. 319, II); c) proibição de ausentar-se da Comarca (CPP, art. 319, IV); e d) apresentar-se em Juízo nos prazos a serem fixados pela autoridade judiciária, sem prejuízo de outras medidas que o juiz de primeiro grau entender convenientes (CPP, art. 319, I).

Por fim, como bem consignou o Procurador de Justiça Paulo Roberto Speck, *"no caso de infração às medias cautelares substitutivas porventura impingidas, na forma do art. 282, § 5º, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva deverá ser recobrada, sem olvidar a possibilidade de que novos fatos e/ou eventos ulteriores indiquem a necessidade de tal requerimento pelo órgão de execução oficiante no distrito da culpa"*

Conclusão

Nessa compreensão, vota-se pelo provimento dos embargos infringentes, para prevalecerem os votos divergentes no sentido de:

a) manter a exclusão da qualificadora de perigo comum dos crimes contra a vida imputados ao embargante;

b) manter a aplicação do princípio da consunção em relação ao crime previsto no artigo 306 do CTB;

c) substituir a prisão preventiva pelas seguintes medidas cautelares: suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor (art. 294 da Lei n. 9.503/97); recolher-se ao domicílio das 20h às 8h inclusive nos fins de semana (CPP, art. 319, V); não frequentar bares, boates e estabelecimentos similares (CPP, art. 319, II); proibição de ausentar-se da Comarca (CPP, art. 319, IV); e apresentar-se em Juízo nos prazos a serem fixados pela autoridade judiciária, sem prejuízo de outras medidas que o juiz de primeiro grau entender convenientes (CPP, art. 319, I).

É o voto.

Revisão Criminal n. 4001360-97.2016.8.24.0000, de Taió
Relator designado: Desembargador Rui Fortes

> REVISÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO DE SÉRIE SUPRIMIDA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PLEITO VISANDO A NULIDADE DO PROCESSO. ACOLHIMENTO. REQUERENTE QUE, APÓS O ADITAMENTO DA DENÚNCIA, NÃO FOI INTERROGADO ACERCA DA NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DA CONDUTA PRATICADA. CASO CONCRETO EM QUE, APÓS O ADITAMENTO DA DENÚNCIA, NÃO FOI REALIZADA PERÍCIA TÉCNICA PARA CONFIRMAR A SUPOSTA SUPRESSÃO DO NÚMERO DE SÉRIE. ELEMENTAR DO TIPO QUE TORNOU A CONDUTA MAIS GRAVE E DEIXA VESTÍGIOS. EXEGESE DO ART. 158 DO CPP. DEFENSOR QUE, EM ALEGAÇÕES FINAIS, PLEITEOU A CONDENAÇÃO DO REQUERENTE. HIPÓTESE DE MANIFESTA AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DO PROCESSO RECONHECIDA A PARTIR DO DESPACHO QUE RECEBEU O ADITAMENTO DA DENÚNCIA, EXCLUSIVE. PEDIDO REVISIONAL DEFERIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4001360-97.2016.8.24.0000, da comarca de Taió (Vara Única), em que é Requerente Dionei Extekoetter.

A Seção Criminal decidiu, por maioria de votos, conhecer do pedido e deferir para anular o processo a partir do recebimento do aditamento da denúncia, exclusive. Expeça-se o competente alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso. Vencidos os Desembargadores Volnei Celso Tomazini e Carlos Alberto Civinski, que votaram no sentido de não conhecer da Revisão Criminal. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Volnei Celso Tomazini, Leopoldo Augusto Brüggemann, Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Salete Silva Sommariva, Jorge Schaefer Martins, Roberto Lucas Pacheco, Paulo Roberto Sartorato, Carlos Alberto Civinski, Rodrigo Collaço, Sérgio Rizelo, Getúlio Corrêa e Ernani Guetten de Almeida.

Funcionou como representante da Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Francisco Bissoli Filho.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2017.

Desembargador Rui Fortes
Presidente e Relator designado

RELATÓRIO

Dionei Extekoetter ajuizou a presente revisão criminal, com fulcro no art. 621, inciso I, do CPP, alegando ter sido denunciado pela prática da infração penal descrita no art. 14 da Lei n. 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), posteriormente aditada para lhe imputar a prática do crime descrito no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo com numeração de série suprimida).

Disse que, ultimados os atos de instrução do processo, foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, no regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Aventou a nulidade do processo, porquanto, com base em confissão inexistente, a defesa à época expressamente postulou a sua condenação. Argumentou que o defensor nomeado deixou de requerer a repetição do interrogatório, indispensável em razão da nova definição jurídica dada ao fato, por meio do aditamento da denúncia.

Disse que a defesa não se manifestou sobre a ausência de laudo pericial na arma de fogo apreendida, de modo a comprovar a adulteração no artefato bélico. Defendeu que essas particularidades configuram vício insanável e exigem, por conseguinte, a declaração da nulidade dos atos processuais posteriores à apresentação das alegações finais.

Alegou, ainda, que procedeu a entrega espontânea da arma de fogo durante o período da *abolitio criminis* prevista nos arts. 31 e 32 da Lei n. 10.826/2003, mencionando que sequer foi surpreendido na posse do artefato bélico. Sustentou, no mais, que a configuração do crime que lhe foi imputado reclamava a realização de perícia, motivo que deve ocasionar a desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 14 da Lei n. 10.826/2003.

Após outras considerações, requereu a procedência da ação revisional (fls. 1-16).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, opinou pela improcedência da revisão criminal (fls. 304-310).

VOTO

O pedido revisional, em que pese o parecer ministerial, merece ser acolhido.

Com efeito, segundo consta na peça acusatória, o requerente foi denunciado pela prática, em tese, do delito previsto no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, porque, no mês de março de 2005, após adquirir de José da Silva Sobrinho um revolver .38, marca Taurus, oxidado, com capacidade para 6 (seis) munições, raptou sua ex-esposa para fins libidinosos, mediante grave ameaça, portando o referido artefato bélico (fls. 51-54).

Ultimados os atos de instrução do processo e apresentadas as alegações finais em que a defesa requereu a procedência da denúncia

e a condenação do requerente pelo crime descrito na peça acusatória (fls. 182-185), o Magistrado vislumbrou a possibilidade de nova definição jurídica à conduta praticada pelo requerente, pois, durante a instrução do feito, verificou-se que referida arma de fogo estava, aparentemente, com a numeração de série suprimida, sendo aplicado o disposto no art. 384 do CPP (*mutatio libelli*) (fl. 191).

Apresentado o aditamento à denúncia, sendo a conduta do requerente capitulada no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/2003 (fl. 123), o réu foi intimado para, no prazo de 5 (cinco) dias, arrolar até 3 (três) testemunhas e oferecer defesa (fl. 195).

O requerente, por meio de defensor, veio aos autos e disse que, devido à sua confissão espontânea, não tinha mais provas a produzir, reiterando as alegações finais já apresentadas (fl. 200), sobrevindo então a sentença que condenou o réu à pena de 3 (três) anos de reclusão, no regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, como incurso nas sanções do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/2003, substituída a sanção corporal por duas restritivas de direitos (prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade (fls. 203-210).

Como se vê, no caso em tela há pelo menos três nulidades flagrantes, que contaminaram o processo após o recebimento do aditamento à denúncia.

A primeira diz respeito à ausência de interrogatório do requerente depois do aditamento da denúncia.

É que a manifestação de fl. 200, apresentada pelo defensor após o recebimento do aludido aditamento, até poderia ser aceita para dispensar a apresentação de nova defesa escrita pelo requerente, até porque, no caso concreto, os fatos que deram ensejo ao porte ilegal de arma de fogo não mudaram (utilização da arma para raptar sua ex-esposa). Todavia, o Magistrado deveria designar nova audiência para reinquirir o requerente

(exercício da autodefesa), sobretudo porque estava sendo acusado da prática de um crime mais grave do que aquele descrito originalmente na denúncia.

A respeito, segue lição de Guilherme de Souza Nucci, ao tecer comentários sobre o § 2º do art. 384 do CPP:

> Havendo o recebimento do aditamento, o juiz deve designar audiência, no mínimo, para interrogar novamente o réu, dando-lhe a oportunidade de exercer a autodefesa. Portanto, não depende de requerimento da parte interessada. Cuida-se de medida cogente. Se a acusação e a defesa não ofertarem rol de testemunhas, ouve-se somente o réu. Este, no entanto, precisa ser interrogado (Código de Processo Penal Comentado. 13ª Edição, Editora Forense. Ano 2014. Pg. 791).

Nesse sentido, mudando o que deve ser mudado, decidiu este Tribunal:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA QUANTO AO SEGUNDO DELITO.
>
> RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PRETENDENDO A CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE NOVO INTERROGATÓRIO DO RÉU APÓS O ADITAMENTO DA DENÚNCIA. VERIFICAÇÃO, PELO RELATOR, DE NULIDADE ABSOLUTA. QUESTÃO NÃO LEVANTADA PELO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE OFÍCIO, EM RECURSO EXCLUSIVO DA ACUSAÇÃO, FRENTE À REDAÇÃO DA SÚMULA 160 DO STF. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. (...). (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2008.038198-0, de Lages, rel. Des. Torres Marques, j. em 29-7-2008).

A segunda nulidade refere-se à ausência de perícia na arma de fogo, supostamente utilizada pelo requerente no rapto de sua ex-esposa.

Isso porque, após o aditamento da denúncia, a conduta praticada pelo requerente foi transmudada do art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido) para o art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo com numeração de série suprimida), delito este que possui uma elementar que deixa vestígios (supressão do número de série) e, para configuração desta conduta mais grave, este Relator filia-se à corrente que entende ser necessária a realização de perícia técnica.

Com efeito, o laudo pericial se faz necessário porque, neste tipo de crime, o Instituto Geral de Perícias – IGP, na aplicação de técnicas específicas, consegue identificar o número de série da arma de fogo, havendo precedentes deste Tribunal de que, uma vez identificado o número de série, impõe-se desclassificar a conduta para o art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/2003 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), o qual possui pena mais branda.

Nesse sentido:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO DE SÉRIE SUPRIMIDA (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/2003). SENTENÇA CONDENATÓRIA.
>
> RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. PALAVRA DOS POLICIAIS MILITARES QUE PARTICIPARAM DO FLAGRANTE EM HARMONIA COM AS DEMAIS PROVAS EXISTENTES NOS AUTOS. VERSÃO APRESENTADA PELO RÉU CONFUSA E NÃO AMPARADA PELA PROVA COLHIDA DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRETENSA DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14, *CAPUT*, DA LEI N. 10.826/2003). POSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE. PERÍCIA QUE LOGROU ÊXITO EM IDENTIFICAR O NÚMERO DE SÉRIE DO MATERIAL BÉLICO. PRECEDENTES. READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA IMPOSTA.

> "Não é toda e qualquer raspagem, supressão ou adulteração do número de série da arma que tipifica o crime insculpido no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003, mas somente aquela que acarreta a inviabilidade de identificação e, desse modo, atinja o bem jurídico protegido – a incolumidade pública e, na espécie, o controle pelo Estado das armas de fogo" (Apelação Criminal n. 2011.025861-2, de Caçador, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 3/7/2012).
>
> Logrando êxito a perícia técnica em identificar a numeração de série do artefato bélico, a desclassificação da conduta imputada ao acusado é medida que se impõe.
>
> (...). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Criminal n. 2014.060118-0, de Chapecó, rel. Des. Rui Fortes, j, em 2-6-2015).

Por fim, verifica-se que a defesa do requerente, ao apresentar as alegações finais, as quais foram ratificadas após o aditamento da denúncia (fl. 200), requereu, *in verbis*:

> Ante o exposto, requer-se a PROCEDÊNCIA da denúncia proposta pelo Ministério Público com a consequente aplicação da pena ao réu DIONEI EXTEKOETTER pelos fatos e fundamentos acima expostos, reconhecendo-se a atenuante da confissão (fl. 185).

Na espécie, a defesa, ao requerer a procedência da denúncia, violou os princípios mais comezinhos do Direito Processual Penal, pois nunca poderia ter pedido a condenação de seu cliente, ainda que o requerente tivesse confessado a prática do delito, sendo manifesta, portanto, a ausência de defesa técnica.

Como é cediço, no Direito Penal, considerando que está em jogo a liberdade do acusado ou as consequências causadas pela condenação, exige-se rigor na observância ao princípio da ampla defesa. Mais do que apenas conceder ao réu a chance de se defender, é necessário que a defesa seja, de fato, exercida com amplitude.

Nesse sentido, a lição de Fernando de Almeida Pedroso:

> A defesa técnica do acusado, por conseguinte, não há de figurar em o processo penal como simples fantasia legal, colocada em ângulo sombrio e a título de mera espectadora. Deve ser efetiva, real, como uma entidade sempre presente. Isso não significa, porém, deva ser erudita e brilhante, mas que não se limite a expressões vagas e de nenhum conteúdo, como um nada a requerer ou aguarda-se Justiça, ou que chegue ao extremo de, analisando a prova, deva o réu ser condenado (cf. RT 558/315, 575/596 e 678/360), pois nada há a aduzir-se em seu favor. Ainda que ocorra essa última hipótese, impende-lhe não a sustentação de alegações inverossímeis e absurdas, com o comprometimento, até, da reputação e cultura de quem a exerce, mas fiscalizar a regularidade da relação processual e trazer à tona as circunstâncias favoráveis ao acusado, como, *verbi gratia*, sua primariedade, a adoção de corrente jurisprudencial, em questões controvertidas, que o favoreça...
>
> Assim, se o defensor dativo se limita a concordar com a condenação do réu em alegações finais, proclamável é a nulidade do processo (RT 394/327, 701/332 - caso de constituído). Isso porque 'cumpre à defensoria, mesmo de nomeação, desincumbir-se eficientemente do patrocínio técnico, por mais difíceis que se antoliem as conjunturas jurídico-processuais, desde que, invariavelmente, alguma fresta de luz há de despontar na dialética da lide penal, tendente, pelo menos, a minorar a situação do seu defendido' - in RT 629/344). (Processo Penal – O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites, RT, 2a edição, 1994, p. 233-235).

Nessa toada, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO. NULIDADE. NÃO LOCALIZAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. NOMEAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA MUNICIPAL. IMPROPRIEDADE. DEVER DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVO ADVOGADO. ALEGAÇÕES FINAIS QUE PUGNAM PELA APLICAÇÃO DE PENA SEVERA AO RECORRENTE.

IMPOSSIBILIDADE. RÉU INDEFESO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

(...).

II – No âmbito do processo penal há a necessidade de que se garanta ao réu o pleno exercício do seu direito de defesa, que deve ser efetivo, real, e não apenas pro forma.

III – Resta caracterizada a falta de defesa do réu, e não apenas a sua deficiência, se o defensor, não obstante tenha apresentado alegações finais, o fez apenas formalmente e com impropriedades técnicas, assumindo postura praticamente contrária aos interesses do réu ao defender punição severa para o crime por ele cometido, o que equivale ao pedido de condenação.

IV – A concreta e objetiva inércia ou indiferença da defesa é de ser equiparada, conforme dicção da melhor doutrina, à sua inexistência. (Precedentes). Recurso ordinário provido para anular o processo desde o despacho de intimação do advogado para se manifestar sobre a substituição de testemunha não localizada, devendo ser oportunizada ao recorrente a constituição de novo defensor, e concedido a ele o direito de responder o processo em liberdade, sem prejuízo da decretação de prisão, desde que concretamente fundamentada, ou outras medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (RHC n. 47.388/AL, rel. Ministro FELIX FISCHER, j. em 17/3/2015). (grifou-se)

Também:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL. CITAÇÃO EDITALÍCIA. REGULARIDADE. RECORRENTE PROCURADO NO ÚNICO ENDEREÇO EXISTENTE NOS AUTOS. COMARCA QUE NÃO POSSUI IMPRENSA OFICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA.

> OCORRÊNCIA. ALEGAÇÕES FINAIS. DEFENSOR DATIVO QUE CONFIRMA A CULPA DO ACUSADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRESCRIÇÃO. DECURSO DE MAIS DE VINTE ANOS. ORDEM CONCEDIDA, INCLUSIVE DE OFÍCIO.
>
> 1. [...]
>
> 2. [...]
>
> 3. É evidente o constrangimento ilegal se o defensor dativo, ao apresentar alegações finais, além de não ter alegado a falta de oportunidade de se manifestar sobre as testemunhas faltantes, apresentou peça na qual praticamente afirmou a culpa do recorrente. Não se pode conceber que o próprio defensor, em sede de alegações finais, assevere que "o delito aconteceu" e que "sua autoria é por demais conhecida", ressaltando as circunstâncias do crime com ar de reprovação ao acusado.
>
> 4. [...]
>
> 5. Recurso ordinário provido para reconhecer a nulidade do processo desde as alegações finais, inclusive, concedido habeas corpus de ofício para declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva" (RHC n. 20.674/PE, rela. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 22/3/2010). (grifou-se)

Destarte, demonstrado que, após o recebimento do aditamento à denúncia, o requerente não foi reinquirido a respeito da nova acusação; não houve realização de perícia sobre a arma de fogo com numeração de série supostamente suprimida; e que a defesa, em alegações finais, jamais poderia ter pleiteado a condenação do requerente, impõe-se anular o processo a partir do documento de fl. 196, com a reabertura de prazo para o requerente arrolar testemunhas e apresentar defesa, devendo também ser interrogado sobre a nova acusação, dando-se prosseguimento às demais etapas do processo.

Antes, porém, deverá o MM. Juiz manifestar-se acerca da eventual ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma

retroativa, pois, como é cediço, a pena a ser imposta ao réu em caso de nova condenação, não poderá ser superior àquela aplicada na sentença que ora está sendo anulada por esta Seção Criminal.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do pedido e deferi-lo, para anular o processo a partir do recebimento do aditamento da denúncia, exclusive. Expeça-se o competente alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0805802-95.2014.8.24.0038
Relator: Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO PELO GENITOR EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 217-A, C/C ART. 226, II, E ART. 71, CP). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. CONJUNTO DE PROVAS SUFICIENTE À FORMAÇÃO DO JUÍZO DE CERTEZA NECESSÁRIO À CONDENAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima constitui relevante elemento probatório, mormente quando confortada com o restante das provas produzidas, enquanto a negativa do acusado se mostra isolada nos autos. *In casu*, o conjunto probatório é robusto, formado não só pelas declarações da vítima (sempre firmes e harmônicas nas diversas oportunidades em que ouvida), mas também por outros relevantes elementos, tais como os relatórios e laudos de atendimento psicológico da criança, a inquirição judicial da Psicóloga responsável pelo acompanhamento da vítima, o testemunho presencial do irmão e os depoimentos de familiares que acompanharam os fatos posteriores à revelação da prática abusiva continuada.

São dotados de credibilidade os relatos de criança vítima ou testemunha de violência sexual feitos com características próprias à sua condição e realidade, tais como ingenuidade, espontaneidade e autenticidade, especialmente quando permeados por descrições específicas de contexto (como tempo, lugar, falas dos personagens etc.) e de sensações vivenciadas (como sentimentos, cheiros etc.). Para além disso, é importante certificado de confiabilidade os laudos psicológicos relativos ao acompanhamento da vítima, não só porque a criança não simula sintomas de psicopatologias graves próprias do contexto da violência que se investiga, mas também pelo fato desses profissionais, como regra, serem muito mais aptos a alcançarem um depoimento o mais próximo

> possível da verdade, pelas ferramentas que têm para romperem o silêncio e as barreiras emocionais da criança sem causar revitimização.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0805802-95.2014.8.24.0038, da comarca Joinville 4ª Vara Criminal em que é Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelado V. N..

A Primeira Câmara Criminal decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Paulo Roberto Sartorato e Desa. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer.

Funcionou como representante do Ministério Público, o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Rogério Antônio da Luz Bertoncini.

Florianópolis, 27 de abril de 2017.

Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo
Relator

RELATÓRIO

Adoto o relatório da sentença de fls. 315-326, da lavra do Magistrado César Otávio S. Tesseroli, que apresentou devidamente os contornos da ação crime e o desenrolar do trâmite processual. *In verbis*:

> O Insigne Representante do Ministério Público, com base em Inquérito Policial, ofereceu denúncia contra **V.N.** e **S.N.**, dando o primeiro como

incurso nas sanções dos artigos 147, *caput* (por diversas vezes); e 217-A (por diversas vezes), c/c o art. 226, II, todos do Código Penal, e a segunda como incursa nas sanções dos artigos 217-A (por diversas vezes), c/c 13 § 2º, II, "a", ambos do Código Penal, pela prática dos seguintes fatos delituosos:

"O denunciado V.N., acima qualificado, plenamente ciente da ilicitude de seus atos, dirigindo-a livremente para a prática de uma infração penal, praticou conjunção carnal e atos libidinosos diversos de conjunção carnal com a vítima S.da S.N., sua filha, com apenas 9 (nove) anos de idade à época dos fatos, ainda ameaçando de causar mal grave e injusto a vítima S.da S. Já a denunciada S.N., que é avó paterna da vítima, se omitiu na condição de garantidora em tomar providências em relação aos fatos que eram de seu pleno conhecimento.

O denunciado V.N. conviveu maritalmente com a vítima S.da S. por aproximadamente 13 anos, possuindo 6 (seis) filhos em comum, dentre eles a vítima S.da S.N.

Na residência onde viviam, localizada na Rua [...], Bairro Aventureiro, em Joinville/SC, coabitavam no mesmo imóvel os denunciados e as vítimas.

Ocorre que em diversas oportunidades, em datas que a instrução poderá melhor precisar, a partir do ano de 2012, quando a vítima S. contava com 9 (nove) anos de idade, ocasiões em que se encontrava sozinho com a vítima em casa, após proferir grave ameaça de que mataria a pequena caso contasse alguma coisa, o denunciado V. praticou atos libidinosos diversos de conjunção carnal com a mesma, tirando as suas vestes e fazendo carícias libidinosas na vagina e no ânus de S.

Numa dessas oportunidades, aproveitando que a genitora da vítima não estava em casa, o denunciado levou a vítima até o banheiro da residência e mediante imposição de sua força física, lá praticou atos libidinosos diversos de conjunção carnal, consistentes em passar a mão por todo o corpo da vítima e esfregar o pênis na vagina e nádegas da pequena.

Ocorre que nesta oportunidade, ao sair do banheiro e ir para o seu quarto, a vítima foi questionada pela denunciada S.N., acerca do que o acusado havia feito com ela, momento este que a vítima respondeu: "Ah vó, ele passou a mão em mim, aquelas coisas que a avó já sabe". Ocorre que a denunciada S.N., ciente dos abusos praticados contra a vítima S., manteve-se inerte, pedindo para que a vítima não contasse nada para a sua genitora.

Mas não foi só!

No dia 24 de maio de 2014, durante a madrugada, na residência familiar, localizada na endereço acima indicado, o denunciado V.N., após ingerir grande quantidade de bebidas alcoólicas, se dirigiu até o quarto da vítima S. da S. N., e no intuito de satisfazer sua lascívia, praticou atos libidinosos diversos de conjunção carnal, consistente em passar a mão por todo o corpo da pequena vítima.

Ato continuo, ao se acordar com os toques do denunciado, a vítima perguntou ao denunciado, onde estava a sua mãe, momento este que o denunciado proferiu grave ameaça, mandando a criança "calar a boca se não iria mandar a vítima para o inferno com a mãe dela". Ato seguido, enquanto segurava o pescoço da vítima, continuou a praticar atos libidinosos diversos de conjunção carnal, consistentes em a passar a mão pelo corpo da criança, bem como esfregar o pênis na genitália da menor. Em seguida o denunciado V. manteve conjunção carnal com Sara, penetrando o seu pênis no ânus da menor.

Na mesma oportunidade, a vítima, assustada, perguntou ao denunciado o porquê ele estaria fazendo isso com ela, momento este que ele respondeu: "já estava na hora, que era melhor fazer com ele do que com outro e caso a vítima contasse para alguém, a mataria".

Já, no dia 5 de junho de 2014, por volta das 23h50min, na residência onde viviam o denunciado V.N., após ingerir grande quantidade de bebida alcoólica, insatisfeito que a vítima S. da S., ex-companheira do denunciado, não queria manter relações sexuais com ele, ameaçou causar mal grave e injusto à vítima, afirmando que iria estuprá-la se fosse necessário.

Por fim, registra-se que em razão da violência sexual sofrida a vítima S. contraiu uma doença sexualmente transmissível no ânus. Ocorre que a denunciada S., na condição de garantidora da menor impediu que a vítima S. tomasse os medicamentos receitados, asseverando que "seu filho, o denunciado V., não tinha doença nenhuma", se omitindo, desse modo, de suas obrigações inerentes à sua condição de avó."

A denúncia foi recebida em 16/12/2014 (p. 131), o réu foi pessoalmente citado (p. 138) e apresentou resposta à acusação por intermédio de defensor público (p. 145/151).

> Na sequência, não havendo preliminares levantadas pela defesa e não sendo o caso de absolvição sumária, designou-se audiência de instrução e julgamento (p. 152).
>
> Durante a instrução, foram ouvidas cinco testemunhas arroladas na denúncia, duas na defesa, havendo a desistência das demais, e interrogados os acusados (p. 197 e 247).
>
> Nenhuma diligência foi pretendida pelas partes.
>
> Em alegações finais, o Ministério Público postulou pela procedência parcial da denúncia, com a condenação do acusado por um crime de ameaça e dois crimes de estupro e a absolvição da ré S.N. (p. 287/296).
>
> A defesa dos réus, a seu turno, sustentou que não há nos autos provas necessárias a autorizar a condenação. Disse, ainda, que a palavra da vítima é superficial e genérica, bem como visivelmente os tios visavam ter a guarda dos filhos do réu, já que não podiam gerar descendentes. Especificamente quanto à ré S., indicou que ela, além de desconhecer os supostos abusos, não tinha posição de garante sobre S., sendo também atípico o fato, de acordo com a teoria da tipicidade conglobante (p. 301/314).

Sentença: Após a regular instrução do processo criminal, o Juízo do primeiro grau proferiu a seguinte decisão:

> **JULGO IMPROCEDENTE** a denúncia de p. 119/121 e, por conseguinte, **ABSOLVO** o réu **V.N.** da acusação de infração ao disposto nos artigos 147, *caput* (por diversas vezes); e 217-A (por diversas vezes), c/c o art. 226, II, todos do Código Penal, e a ré **S.N.** da acusação de infração ao disposto nos artigos 217-A (por diversas vezes), c/c 13 § 2º, II, "a", ambos do Código Penal, o que faço com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Apelação interposta pela Acusação: Ao recorrer, o Ministério Público sustentou o desacerto da decisão proferida pelo Magistrado de primeiro grau. Para tanto, após revolver minuciosamente as provas ofertadas, pugnou pela reforma parcial da sentença para que o réu seja

condenado pelos crimes contra a dignidade sexual perpetrados contra a filha. Não há recurso contra a absolvição da ré e tampouco quanto aos delitos de ameaça inicialmente imputados (fls. 339-350).

Contrarrazões: A defesa impugnou as razões recursais acusatórias, requerendo o conhecimento e improvimento do recurso; para o caso de condenação, requereu o reconhecimento da continuidade delitiva (fls. 356-367).

Parecer da PGJ: Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Leonardo Todeschini, que opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

Este é o relatório.

VOTO

Após examinar os pressupostos recursais de admissibilidade,

verifico que o recurso da acusação deve ser conhecido em sua integralidade.

Passo ao exame da matéria devolvida a conhecimento desta Câmara.

Por seu recurso, o Ministério Público pretende a reforma da sentença, para que o réu V. N. seja condenado por infração aos artigos 217-A c/c art. 226, II, ambos do Código Penal.

Segundo consta da exordial, o apelado foi denunciado porque, em apertada síntese, teria a partir de 2012 passado a mão no corpo de sua filha S. (na época com 09 anos de idade), além de ter esfregado o pênis na vagina e nádegas da menina. Ainda, já no ano de 2014, o apelado teria se dirigido ao quarto da filha (já com doze anos), ocasião em que praticou atos diversos da conjunção carnal, consistentes em passar a mão pelo corpo dela, além de esfregar o pênis em sua genitália e, por fim, introduzir o pênis no ânus.

Procede o inconformismo ministerial.

- Dos Motivos para a Reforma da Sentença de Absolvição

Em razão de toda a complexidade e delicadeza do caso e, por consequência, da prudência necessária ao seu julgamento, farei um escorço do juízo que trago sobre o conjunto fático-probatório dos autos e dos motivos de reforma da sentença para, apenas na sequência, expor de forma minuciosa a evolução deste processo penal e os elementos de convencimento nele contidos.

As provas produzidas durante a instrução processual demonstraram não apenas a materialidade, mas igualmente a autoria pelo réu V.N. dos delitos sexuais que vitimaram sua filha S.

Os relatos da menina S. sobre os crimes por ela sofridos, não obstante a passagem do tempo e a dificuldade inerente à condição de vítima de violência sexual no âmbito familiar, se mostraram sempre harmônicos, coerentes com a sua realidade e permeados por descrições específicas de contexto (como tempo, lugar, falas dos personagens etc.) e de sensações vivenciadas (como sentimentos, cheiros etc.). S. inicialmente prestou declarações à Psicóloga Policial (oitiva da fase inquisitorial, fls. 29-35), em seguida, foi novamente ouvida em audiência preliminar judicial (fl. 61), depois passou por longo acompanhamento terapêutico por Psicóloga do CAPSI – Centro de Atenção Psicossocial Infanto-Juvenil e, por fim, teve seu depoimento colhido em Juízo (fl. 247).

A confiabilidade das declarações de S. é, no meu entender, certificada, ainda, por importante prova judicial – o testemunho da Psicóloga Francine Juliana Beiro (fl. 197), que, ao ser inquirida em Juízo, descreveu como foi o acompanhamento terapêutico da menina desde o encaminhamento do caso ao CAPSI até o desligamento decorrente da mudança de cidade da família (motivada pelo temor das ameaças que passaram a sofrer desde o início das investigações). A testemunha, destacando a dificuldade da vítima de romper o silêncio e acessar sua

memória para relatar o que passou durante anos, descreveu as narrativas da menina, assim como o profundo sofrimento por ela apresentado durante os atendimentos. Além disso, quando especificamente questionada sobre a honestidade dos relatos de S. e a possibilidade destes serem fruto de fantasia, foi categórica em afirmar não só a veracidade de suas revelações, mas também a extrema gravidade do caso.

Em importante complemento, constam nos autos, ainda, os laudos confeccionados no decorrer do acompanhamento psicológico de S. e a família, mãe e irmãos (em ordem cronológica - fls. 29-35, 67-68, 189-191 e 123-129), os quais trazem a transcrição e o relato de conversas ocorridas nos atendimentos, além da análise técnica destes, possibilitando a verificação da solidez, permanência e harmonia das falas de S. e sua mãe, a Sra. S, nas diversas oportunidades em que ouvidas. Ademais, extrai-se desses documentos a descrição técnica detalhada do quadro psíquico e emocional da vítima, que apresentou gradativamente sintomas clínicos de transtorno de estresse pós traumático e depressão profunda, com risco de evolução a "quadro patológico pior" apto a "romper com o funcionamento mental", fls. 189-191 (circunstância também sinalizadora da confiabilidade de seus relatos de violência sexual, já que tais doenças não são simuladas por crianças).

Para além disso, a presente ação penal contou, ainda, com elemento de prova de extraordinário valor no contexto de investigação de crimes sexuais - especificamente quanto ao último delito sexual descrito na denúncia, há o testemunho presencial do irmão mais novo, o menino V., que foi quem trouxe à tona a violência sexual sofrida pela irmã (por anos) ao revelar para a mãe o abuso que presenciara na noite anterior. O menino foi ouvido em Juízo (fl. 247).

Em complemento, quanto ao contexto familiar hostil, ao comportamento violento e abusivo do réu V. como pai e companheiro, e à forma como a prática sexual incestuosa se revelou, tem-se o testemunho

da mãe da vítima S., Sra. S. da S., que, a despeito de toda sua dificuldade cognitiva, igualmente apresentou sempre narrativas harmônicas, sem relevantes contradições ou sinais de fantasia ou manipulação por terceiros (fl. 247).

Para completar, o conjunto de provas conta, ainda, com o depoimento judicial do tio da vítima S., o Sr. A.J.C. (marido da irmã da Sra. S.), que adaptou a sua casa (onde moravam também os avós maternos de S.) para receber a família após a saída do abrigo de proteção (S. acompanhada da mãe grávida e dos cinco irmãos). Oportuno destacar que essa oitiva se destaca no contexto da audiência ocorrida no dia 22-7-2015, pela lucidez e sensibilidade da testemunha. Além disso, os relatos do tio sobre o contexto da família antes e depois da revelação do abuso sexual paterno, sobre o que ouviu da própria sobrinha S. acerca da violência sexual por ela sofrida, de sua cunhada Sra. S. e do sobrinho V. evidenciam, mais uma vez, consistência e harmonia na narrativa de todos.

Por fim, a não constatação de vestígio do crime sexual por ocasião da confecção do exame de corpo de delito não descaracteriza, por si, os crimes imputados. O delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato ofensivo à dignidade sexual da vítima, sendo variadas as condutas que não deixam marcas físicas. Além disso, *in casu*, apesar de a denúncia ter afirmado a ocorrência de penetração anal no último estupro, o exame cuidadoso das declarações de S. ao longo de toda investigação e instrução criminal revela que, muitas vezes, a menina refere a introdução do pênis nas nádegas (e não propriamente no orifício anal), sendo provável que tal conclusão no sentido da ocorrência de penetração tenha sido sempre fruto da interpretação do interlocutor adulto do diálogo. Certo é que todo o conjunto de provas confirma a conduta reiterada de tirar as vestes, passar a mão no corpo de forma lasciva e esfregar o pênis nas partes íntimas com tentativa de penetração vaginal e anal, o que é mais que suficiente para se amoldar ao tipo penal imputado (estupro de vulnerável).

Em contrapartida, a defesa é fundada na negativa genérica de autoria, sendo que, apenas durante a segunda e última audiência judicial, por meio dos questionamentos feitos pelo defensor delineou-se tese esdrúxula, de que tudo seria fruto de armação arquitetada pelos tios de S., em razão da impossibilidade de ter filhos biológicos. As duas testemunhas de defesa ouvidas na primeira audiência foram meramente abonatórias e nem para esse fim se mostraram consistentes, tendo ambas se adiantado às perguntas do próprio defensor para logo afirmarem o apego das crianças ao pai, o bom relacionamento da família, a ótima relação entre o réu V. e sua filha S. etc.

Dito tudo isso, e sendo esse o contexto fático-probatório dos

autos, revelo que me causou real surpresa o juízo de absolvição por insuficiência de provas.

A leitura da sentença com atenção aos motivos que orientaram a conclusão pela escassez probatória revela que, além de o Magistrado ter ignorado elementos importantes dos autos (tais como os prontuários médicoshospitalares e o teor de todos os laudos psicológicos), fez exame excessivamente focado nas oitivas realizadas na segunda audiência judicial (fl. 247). Como resultado disso, identificou "incongruências" nos relatos, assim como destacou a "ausência de espontaneidade" nos depoimentos, sem se aperceber que a má-qualidade da prova oral judicial decorreu exclusivamente da máconducção do ato pelos operadores do direito nele presentes.

Nesse ponto do julgamento, reputo oportuno destacar que foi árdua a tarefa de assistir às mídias gravadas por ocasião da audiência cujo termo está a fl. 247 dos autos, ocorrida no dia 22-7-2015, em especial às oitivas das vítimas, a Sra. S. e a adolescente S., mas também das testemunhas A.J.C. (tio) e da criança V. (irmão), todas marcadas pela forma como a adolescente foi ouvida, o que certamente culminou no comprometimento do conteúdo da prova pessoal.

Ao adentrar no tema da violência institucional, oportuno relembrar frase da especialista Luciane Pötter, autora do livro "Vitimização Secundária InfantoJuvenil e Violência Sexual Intrafamiliar - Por uma Política Pública de Redução de Danos", e organizadora dos livros "Depoimento Sem Dano - Uma Política criminal de Redução de Danos" e "Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes - Quando a Multidisciplinaridade aproxima os olhares":

> "O problema do desrespeito aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes vítimas torna-se ainda mais grave quando o desrespeito parte daqueles que por ofício ou mandato foram incumbidos pela sociedade ou pelo Poder Público para se tornarem os guardiões dos seus direitos. É necessária humildade intelectual para aceitar o fato de que a visão técnico-jurídica dos operadores do direito tem limites, portanto, a capacidade profissional do jurista para ouvir o relato da vítima infantojuvenil de abuso sexual e de alienação parental e também de falar, não é suficiente e nem eficiente, podendo causar um dano irreparável às vítimas vulneráveis"
>
> (fonte:http://www.ibdfam.org.br/noticias/6089/Depoimento+sem+dano+ainda+n%C3%A3o+%C3%A9+realidade+em+v%C3%A1rios+estados+ brasileiros).

É um grande desafio investigar um crime sexual, que, muitas vezes, não tem testemunhas e não deixa vestígios. Nesses casos, é comum o Julgador ver-se frente a um processo em que basicamente se tem a palavra da vítima contra a do ofensor, circunstância em que a busca da "verdade" passa a depender sobremaneira da qualidade da produção da prova testemunhal e dos detalhes relativos aos fatos, pessoas e declarações. E, ao mesmo tempo em que os operadores do direito atuantes no feito devem buscar depoimentos com a maior confiabilidade possível, é preciso também preservar a pessoa que tenha sido vítima ou testemunha da violência, não só em razão da natural dificuldade de expressão, mas também pela probabilidade de revitimização.

Pois bem, no caso dos autos, os operadores do direito envolvidos falharam em ambos os propósitos – tanto na oitiva das vítimas (S. e sua mãe), como na oitiva das testemunhas, é notável a dificuldade do Promotor de Justiça e do Defensor Público em conduzir o ato e formular os questionamentos frente às limitações (cognitivas e emocionais) das pessoas inquiridas (o que se manifestou, por vezes, através da impaciência, da rispidez e, mais frequentemente, da má formulação de perguntas, longas, constrangedores, cheias de termos técnicos ou com conteúdo direcionado).

Especificamente com relação à menina S. (e relembre-se - criança vítima de violência sexual), o que se verifica é, sem dúvida, uma gravíssima inobservância de seus direitos e garantias fundamentais, em frontal violação ao sistema de proteção previsto na Constituição Federal, na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não é demais recordar que, segundo a doutrina especializada, as diversas intervenções e repetidas entrevistas que seguem depois da revelação do crime sexual infantil podem causar dano inclusive maior que o abuso original.

Sendo assim, a atuação dos operadores do Direito presentes naquela audiência deveria ter sido, primordialmente, voltada à proteção da criança, enquanto vítima, e, em segundo lugar, à elucidação dos fatos para o exame da pretensão punitiva. E não foi isso que se verificou, infelizmente.

No caso, a mídia audiovisual revela que não foi adotado nenhum cuidado excepcional. Pelo contrário, o tratamento dispensado, a abordagem realizada e a reformulação insistente e constrangedora de perguntas e insinuações, evidenciam tratamento da vítima semelhante ou pior ao do acusado.

A saber - não houve ambientação da menina, nem tentativa de formação de vínculo de confiança e tampouco foram feitos esclarecimentos mínimos sobre a dinâmica daquela "conversa" (por exemplo, sobre o que justificava aquela nova intervenção, sobre a importância da verdade e a possibilidade de se dizer "não sei ou "não lembro"", sobre a possibilidade de corrigir o adulto caso demonstre má interpretação, sobre a repetição de perguntas não significar que a resposta é incorreta ou falsa, ou que se está julgando ou duvidando da palavra etc).

Como consequência desse cenário, não pode causar surpresa o fato desses operadores não terem logrado nem sequer o início de um relato livre dos eventos (testemunho que, em contextos como o presente, tende a ser muito mais confiável e preciso, segundo a doutrina especializada e também o senso comum). O Promotor e o Defensor não tiveram nem o cuidado de usar palavras e frases simples, evitar perguntas múltiplas. E, ao perceberem a dificuldade da menina, sua mãe e o pequeno irmão em compreender os questionamentos e, especialmente, acessar suas memórias para trazer seus relatos, fizeram o oposto do que se considera adequado, realizando questionamentos "fechados" e "sugestivos", com a introdução de informações pela pessoa não trazidas, muitas vezes contraditórias entre si. Foi por isso que, nesse contexto, como último recurso, o Promotor passou a ler trechos da denúncia, conduta que foi repreendida pelo Magistrado apenas na sentença.

O resultado disso no processo penal, como era de se antever, foi o comprometimento da qualidade dessa prova, o que exigia do Julgador, quando da análise do conjunto de elementos dos autos, ainda maior sensibilidade e especial atenção. Porém, a sentença revelou atuação diversa, por um exame que, além de focar excessivamente nas oitivas daquela audiência, ainda atribuiu a má qualidade dessa prova ao não compromisso das pessoas com a verdade. Desse modo, a não espontaneidade das vítimas e de algumas testemunhas naquele ato, assim como a sua dificuldade de romper o silêncio e de acessar memórias

durante aquela audiência, e a incongruências aparentes e pontuais em suas falas (que só surgiram nessa oitiva), foram tidas como sinais de não confiabilidade (apesar de todo o restante do conjunto de elementos de convencimento dos autos apontarem em sentido contrário). E foi por esse viés de julgamento que o Magistrado chegou à conclusão absolutória.

Por derradeiro, antes de adentrar no exame detido da prova existente no processo apta à formação do juízo de certeza necessário à condenação do réu, não deixo de registrar com tristeza que, apesar de todo o sistema especial de proteção da criança e do adolescente existente no ordenamento jurídico pátrio e mundial, e, ainda, da existência desde 2010 de recomendação do CNJ aos Tribunais no sentido da criação de serviços especializados para esse tipo de escuta nos processos judiciais, **ainda é muito comum realidades como essa vista no presente caso.**

Exatamente por isso a UNICEF e as organizações de apoio à criança, como a Childhood Foundation, comemorou o "importante avanço" que representou a recente edição de lei específica disciplinando o assunto e criando um sistema de garantias para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência – a Lei n. 13.431/2017, aprovada e sancionada no último mês. Felizmente, a adoção de procedimento especial de escuta e de tomada de depoimento, a partir de 2018, será de observância obrigatório pelos Tribunais, agora por força de lei específica.

Passo ao exame dos elementos de convencimento, em seguida, à classificação jurídica da conduta e, por fim, à dosimetria da pena.

- Da Condenação: análise pormenorizada do conjunto de elementos formadores do juízo de certeza quanto aos fatos.

O inquérito policial que deu lugar à investigação que embasou a denúncia objeto do presente feito criminal teve início em 6-6-2014 a partir de um boletim de ocorrência registrado pela Sra. S. da S., mãe da vítima, num sábado pela manhã, dia 24-5-2014. Oportuna a transcrição do relato (fls. 3-4):

> Relata a comunicante que a vítima é sua filha e na manhã de hoje, por volta de 08:30hs seu filho V. da S. N., 08 anos, disse "que viu seu pai **passando a mão** por baixo da coberta em sua irmã e quando ela acordou assustada ele mandou ela calar a boca e disse que iria mandar nós e a mãe para o inferno"; que a vítima relatou que: estava dormindo em seu quarto numa cama de solteiro e seus dois irmãos deitados num colchão no chão, quando acordou com alguém **passando a mão em seus genitais e nádegas,** perguntando quem era e ouviu a voz de seu pai/autor falando baixinho cala a boca, momento que perguntou por sua mãe e ele disse "foi para o inferno"; que perguntou "pai o que tu está fazendo" ele respondeu "cala a boca senão tu vai para o inferno junto com tua mãe e teus irmãos"; que, **o autor mandou a vítima retirar a calça e a calcinha e continuou passando a mão nos genitais da vítima introduzindo o pênis na nádega** reclamando de dores; que, percebeu seu irmão V. se mexendo e o autor falou é um diabo mesmo; que, após várias reclamações de dores o autor disse "meu Deus, meu Deus o que eu estou fazendo aqui, desculpa, desculpa, não fala para ninguém" [...]

Na mesma data desse registro, foi realizado o **exame de corpo de delito**, que não constatou ruptura de hímen e tampouco alterações no períneo ou no ânus (fl. 17) – o que não deve causar surpresa ou estranhamento, considerando o teor do registro, com relato de que o genitor teria passado a mão nos genitais e introduzido o pênis nas nádegas de S., e não nos orifícios.

No dia 6-6-2014, a mãe da lesada, Sra. S. da S., grávida de 8

meses, retorna à Delegacia para prestar depoimento e requerer medidas de proteção e abrigamento para ela e os cinco filhos, por temor à reação de V.N. quando souber que está sendo investigado. Nessa oportunidade, trouxe mais informações sobre o histórico e o contexto familiar, explicitando que mantém união estável com V.N. há 13 anos, com quem tem 5 filhos; que vive sob constantes ameaças, agressões físicas e verbais; relata que já se separou de V.N. diversas vezes, oportunidades em que teve apoio da família, mas que sempre retorna ao convívio com

o companheiro por vontade própria; que na manhã do dia 24-6 tomou conhecimento do abuso sexual de sua filha em comum, S., o que a fez procurar a polícia e registrar a ocorrência; que, desde então, teme por sua segurança, bem como dos filhos, porque V.N. é pessoa muito vingativa (fl. 8).

A família foi, de fato, abrigada em local destinado à proteção de pessoas em situações de risco.

Instaurado o inquérito, a Delegacia de Proteção à Criança, **de modo exemplar**, encaminhou a vítima S. ao Serviço de Atendimento Psicológico com o objetivo de ser realizada **escuta qualificada** da fala da criança a respeito do fato registrado no B.O. Em razão disso, nos dias 10 e 13-6-2014, S. e também sua mãe foram entrevistadas por Psicóloga Policial, atendimento que foi relatado no documento de fls. 29-35 dos autos. Oportuno destacar que, para a coleta de informações, foi utilizada *"a entrevista semi-estruturada, que tem como base a busca da recuperação de informações na memória da forma mais livre, menos diretiva e mais isenta de sugestão possível (FEIX & PERGHER, 2010)"* (fl. 30).

Importante a transcrição de alguns trechos do relatório psicológico:

> **Entrevista com S. (10/06)**
>
> A respeito dos fatos apresentados no Inquérito Policial em questão, S. relata que: "O pai sempre bateu, chamou nome, quando eu era pequena ele me chamava de princesinha, depois me chamava de seca, idiota. Ele sempre bebeu, ele bebe desde os 14 anos, hoje ele tem 34. Uma vez a mãe fez polenta porque tava cansada de comer só macarrão, aí eu falei, 'faz mãe, que a gente come com leite'. Aí ele chegou em casa e jogou a panela e disse que não ia comer aquela lavagem."
>
> Sobre o dia do abuso, S. relata: "A mãe tava deitada e falei que ia dormir porque tava com sono, mas falei pra ela que tava com medo que o pai chegasse bêbado, porque ele chegava e começava a brigar, bater. **Aí eu dormi, peguei no sono e acordei com alguém passando a mão em**

mim, aí eu perguntei 'quem tá aí?' Ele mandou eu calar a boca. Eu disse 'pai? Cadê a mãe?', porque eu tava assustada, ele disse 'tá no inferno', aí ele mandou eu calar a boca se não ia me mandar pro inferno com ela, e começou a passar a mão em mim, no meu corpo, aí ele me mandou tirar a roupa e me jogou assim, e começou a esfregar o pinto aqui na frente, depois me jogou, virou e começou a colocar lá trás. Ele mandava calar a boca e me apertava aqui (S. segura a garganta), aí o V. começou na (sic) se mexer e ele disse 'mas é um diabo mesmo'. Eu perguntei porque ele tava fazendo isso, ele disse que já tava na hora e que era melhor fazer com ele do que com outro, e disse que se eu contasse pra alguém, ele me matava. No outro dia o V. contou pra mãe, aí ela veio na delegacia. Eu não dormia direito até ele chegar, porque ele chegava bêbado. Era 1:30 quando isso aconteceu, ele tava num bar que o amigo dele toca e chegou. Acho que ele tinha fumado alguma coisa, ele tava com aquele cheiro ruim, aquela cara...Eu fui no hospital e fizeram o exame de corpo delito. Aí ele me deram um monte de remédio pra tomar, mas a minha vó escondeu na casa dela e não deixou eu tomar, porque disse que o pai não tinha doença."

[...]

P: "O que exatamente ele fazia das outras vezes?"

S: **"Ele sempre fez o que fez essa semana.** Ele colocava atrás, na frente ele tentava, mas eu empurrava e ele falava: deixa..."

P: "Você lembra a primeira vez em que isso aconteceu?"

S: "Primeira vez, não lembro. Com 9 anos e 10, ele fazia toda vez que mãe saia e com 11 foi a primeira vez."

P: "Lembra de mais alguma situação?"

S: "Eu lembro uma parte: teve uma vez que minha mãe foi na lanchonete pegar lanche. Ele sempre dava dinheiro pra isso. Eu pedi pra ir junto, comecei a chorar que queria ir junto, porque eu não queria mais ficar sozinha com ele, e ela perguntou por que eu tava chorando pra ir junto, ela ia deixar, mas ele não me deixou,

disse pra ficar pra cuidar dos meus irmãos. Aí ela foi e ele disse 'ah, tu fez isso é? Agora tu vai ver', eu perguntei: 'o que o pai vai fazer?' aí ele me levou pro banheiro e fez tudo aquilo de passar mão...E ele tava bêbado, ele fazia isso só bêbado, nunca vi ele são, e aquele cheiro de cachaça na boca (expressão de asco). Eu

não agüentava mais morar lá, olhar pra cara dele."

P: "Ele só fazia no banheiro?"

S: "E no quarto também."

P: "Quando tua mãe saía e quando ela estava também"

S: "A primeira vez que ele fez com a minha mãe em casa foi esse último dia. Mas ela tava dormindo e ele fechou a porta."

P: "Tua mãe nunca desconfiou?"

S: "Acho que não. No dia em que contei pra vó, ela foi comigo no quarto e viu que estava vermelho, mas falou que não tava, ela disse pra minha mãe que não tinha nada"

P: "Então a tua mãe estava desconfiada, sabia que a tua vó foi te examinar?"

S: "Não, ela perguntou 'o que você viu aí?' e minha vó disse que não tinha nada, meu pai não sabe de nada que a gente veio na delegacia. Se ele souber, ele me mata. Eu não ia contar, não agora, eu ia esperar conseguir, foi meu irmãozinho que viu e contou"

P: "Você quer me contar mais alguma coisa?"

S: "O pai batia na mãe, tu sabe né?"

P: "E em vocês?"

S: "Muito, mas bem mais na mãe"

S. Foi chamada para nova entrevista no dia 13/06/2014, a fim de esclarecer uma dúvida referente ao ato abusivo do pai.

> Psicóloga: "S., você me falou que o teu pai "colocava lá trás". Mas eu preciso saber exatamente de que forma isso acontecia, o que é esse "colocar"?
>
> É penetrar, colocar lá dentro, ou apenas passar, esfregar o pênis dele?"
>
> **S: "Ele começou a enfiar, aí eu falei 'não pai', aí ele foi um pouco e depois tirou"**
>
> **P: "Ele chegou a colocar lá dentro?"**
>
> **S: "Não foi só um pouco, mas ele tirou na hora"**
>
> **P: "E alguma vez ele chegou a colocar lá dentro?"**
>
> **S: "não"**

Nesse ponto, destaco mais um vez que o relato da menor é compatível com o registro da ocorrência e o resultado do exame de corpo de delito – o abusador não costumava penetrar nos orifícios e quando a vítima fala em "colocar lá trás" refere-se em verdade ao ato de esfregar e colocar entre as nádegas (como constou no B.O.).

Prosseguindo na análise do relatório psicológico, verifica-se que a mãe da vítima S. foi entrevistada em 13-6-2014 e que, nessa oportunidade, apresentou relato harmonioso com o que já havia declarado anteriormente à Polícia (por ocasião do registro do B.O. e da tomada de seu depoimento), sem contradições e com acréscimo de mais detalhes. Em síntese, repete a forma como ficou sabendo do último abuso, descrevendo mais uma vez a revelação de seu filho V., que presenciara na noite anterior o pai "em cima de S.", colocando o pênis "atrás" da irmã e tentando colocar na frente, não conseguindo por resistência da menina. Nessa oportunidade, acrescentou ter examinado a filha no banheiro da Delegacia, verificando que "estava vermelho" (fl. 33).

O mais relevante, contudo, que se extrai desse documento, são as conclusões da Psicóloga Policial (fls. 34-35):

O relato de S. apresenta coerência, não sendo observadas inconsistências, a respeito do abuso, em sua declaração. Apresenta detalhes contextuais, com descrições específicas de lugar, tempo, pessoas e eventos que estiveram presentes. Os dados relatados estão inseridos em um contexto que faz sentido em sua rotina. Há descrições de interações, verbalizações e complicações inesperadas durante o incidente, como quando a mãe chega, de modo que interrompe a situação abusiva e percebe S. correndo. **Há descrições também de sensações vivenciadas no momento do incidente ao relatar o cheiro de álcool do pai durante os abusos.** S. reconhece também em seu relato a falta de memória. Em relação a estas características encontradas no relato, segundo Rovinski (2007), teorias demonstram que crianças que realmente vivenciaram a situação de violência sexual, apresentam em suas declarações características semelhantes.

S. apresenta também em seu relato descrições de violência física e psicológica, rotineiras, por motivação fútil, resultando em um ambiente familiar extremamente hostil, revelando a presença de relações de subordinação e dominação, que segundo Silva et al (2010), são típicos da violência doméstica.

O ambiente familiar hostil, aliado as ameaças realizadas, contribuiu ainda mais para o silêncio de S. As ameaças e chantagens são comportamentos típicos deste crime, o receio de provocar danos à estrutura familiar é um importante aspecto que influencia a revelação da criança (SANDERSON, 2008).

O relato de S. apresenta características semelhantes a recordações de eventos emocionais repetitivos, caracterizadas pela tendência a basear a lembrança de forma genérica construída ao longo das repetições. Mesmo relatando detalhes específicos de determinadas situações de abuso, apresenta maior facilidade para recordar aquilo que é comum ao longo das repetições. Além disto, dado o tempo transcorrido, aliado a freqüência em que ocorriam os abusos, alguns detalhes e situações como, por exemplo, a primeira vez em que ocorreu, não foi possível ser evocado. Dado a complexidade envolvida na memória para experiências repetidas, é possível e esperado que a criança se recorde de alguns detalhes de sua

> **experiência, mas que apresente também erros e falhas de memória, sem que isso necessariamente comprometa a credibilidade da totalidade de seu relato (WELTER, 2010).**
>
> Conforme critérios apontados por Rovinski (2007), **até o momento, não foram observados motivos questionáveis para a declaração e denúncia do abuso.** Entretanto verificaram-se contradições no que se refere ao conhecimento de sua mãe a respeito dos fatos, possivelmente por receio de que esta venha a ser responsabilizada. Os vínculos de afeto e fidelidade em relação a figura materna, podem ter exercido pressão e influenciar o relato de S., no sentido de querer proteger a mãe.
>
> S. (mãe) mostrou-se não protetiva no sentido de afastar S. do agressor ou imediatamente procurar ajuda e realizar a denúncia. Entretanto, parece envolvida em um contexto tanto como vítima quanto testemunha da situação e pode, segundo Amendola (2004), ter apresentado conduta negligente por não apresentar recursos psíquicos necessários para lidar com a questão do enfrentamento à violência, condição necessária para proteção sua e também dos filhos. [...]

No dia 11-6-2014, prestaram depoimento V. M. da S. N., irmã da vítima S. (fl. 18), e M. S. N., avó da vítima e mãe do réu, que acabou denunciada e absolvida nos presentes autos por suposta omissão na condição de garantidora (fl. 21).

V. M. da S. N., 13 anos, que prestou depoimento na presença de M.S.N., afirmou que, por ter sido "rejeitada", mora com a avó paterna, na casa da frente localizada no mesmo terreno do restante da família; disse ter tomado conhecimento do abuso pela mãe S., que lhe relatou que V. da S. N., irmão menor da depoente, teria presenciado o pai V.N. "mexendo com a S." enquanto ela dormia; negou ter alguma vez sofrido abuso pelo pai (fl. 18).

M.S.N., por sua vez, disse que tomou conhecimento por seu outro filho, V., do suposto abuso, o qual lhe avisou que S. (mãe) estava se dirigindo à Delegacia para denunciar o marido; negou ter desconfiado ou

ter tido conhecimento anterior dos fatos, assim como negou ter orientado os netos a negarem o ocorrido; asseverou que os remédios entregues para tratamento da vítima foram corretamente ministrados (fl. 21).

No dia 12-06-2014, mesma data em que foram deferidas as medidas protetivas pelo Juízo, foi ouvido o investigado V.N., oportunidade em que este negou o delito imputado, asseverando que, no dia 23-5-2014, após ingerir bebida alcoólica, chegou em casa por volta da meia noite, tendo sua entrada sido franqueada pela própria companheira; que, em seguida, deitou-se no sofá e dormiu; afirmou, ainda, acreditar que sua companheira está tentando abandoná-lo e que, por isso, quer "colocar no rabo dele" (fl. 25).

Oportuno destacar que, em sua oitiva inquisitorial, nem o réu, nem sua mãe, expressaram qualquer desconfiança ou sugeriram armação por parte do tio das crianças, esposo da irmã de sua companheira S. (tese defensiva delineada posteriormente e acolhida pelo Juízo).

Apenas no dia 1-7-2014 foi possível intimar V.N. acerca das medidas de proteção deferidas pelo Juízo (fl. 49).

No dia 22-7-2014, foi realizada audiência preliminar, em observância ao que preleciona a Lei Maria da Penha, oportunidade em que S. (filha) e a Sra. S. da S. (mãe), ambas na posição de vítimas, foram novamente ouvidas, tendo prestado, mais uma vez, relatos seguros, harmônicos e sem inconsistências (fl. 61).

Em 12-8-2014, sobreveio aos autos ofício enviado pelo CAPSI – Centro de Atenção Psicossocial Infanto-Juvenil, informando que S. (filha) e a família saíram do abrigo, sendo acolhidas na casa da irmã da Sra. S. (mãe), a Sra. M.A.S.C. Salientou-se, ainda, a continuidade do acompanhamento do caso tamanha a sua gravidade.

Oportuna parcial transcrição do documento firmado pela Psicóloga Francine Juliana Beiro (fls. 67-68):

> "[...] A família encontra-se fragilizada, haja vista que o agressor tem rondado a casa da irmã da Sra S., que acolheu a mãe e os quatro filhos. S. afirma ter muita raiva do pai, e ter medo que ele se vingue da mãe ou mesmo delas, pois além das agressões físicas o Sr. V. sempre deixou claro vingança, caso elas o prejudicassem. A saber, tanto a S. como a adolescente V. foram encaminhadas para o tratamento na Unidade Sanitária, conforme Protocolo Aconchegar para vítimas de violência sexual, para dar início ao tratamento medicamentoso, porém a avó paterna não permitiu que ela tomasse na época em ocorreu a denúncia. Portanto avaliando os fatores de vulnerabilidade achouse importante relatar tais fatos, haja vista a gravidade das situações vividas por todos e pelos traumas aparentes que deverão ser tratados para minimizar os sintomas psicopatológicos. A saber, o nível de estresse quando crianças vítimas de violência sexual são expostas podem desencadear rupturas neurofisiológicas que causem danos psicológicos permanentes" (fls. 67-68).

Alguns dias depois, em 27-8-2014, a Psicóloga redige novo ofício, no qual reitera sua preocupação com a vulnerabilidade da família e informa os dados obtidos no acompanhamento de S., **oportunidade em que analisa tecnicamente os relatos da vítima sobre o contexto familiar, destacando o deplorável estado emocional da menina** (fls. 189-191).

Oportuna a parcial transcrição:

> [...] Nos atendimentos, por meio de projeções e técnicas da terapia cognitiva comportamental, S. demonstra um intenso sofrimento por contra de:
>
> O pai sempre foi agressivo com ela, com os irmãos e com a mãe. A menina afirma que ele batia mais na mãe e fazia ela "ser mulher dele a força" sic. Durante um tempo S. entendia que as coisas que o pai fazia era normal, porém, quando ele fez com uma amiga ela começou a estranhar.

Sempre que ele abusava sexualmente de S., como forma de persuadi-la a culpabilização, ele batia nela e dizia ameaçar e machucar a mãe e irmãos caso ela falasse algo. S. afirma que sua preocupação sempre foi a mãe, que sempre teve pena da mesma e que por ela não conseguir fazer as coisas ou mesmo não ter dinheiro a família do pai sempre mandou nela. S. relata fatos do comportamento perverso do Sr. V., aonde o mesmo obrigava a mãe ingerir bebida alcoólica e até mesmo ela. Nos domingos S. relata que ele fazia caipirinha e dizia para ela beber e quando ela ficava tonta ele dizia que era normal. A mesma afirma que depois de um tempo ele deixou de ser pai. Os comportamentos paternos e a sintomatologia de S. traz a compreensão da dinâmica da Síndrome de Segredo o agressor têm noção que o ato que comete é inaceitável socialmente e como tal, tende a proteger-se através de uma teia de segredo, que é mantido graças às constantes ameaças feitas às crianças (Furniss, 1992). Para conseguir resignar-se no ciclo de violência sexual, S. criou um papel de protetora da mãe, pois entendia que só ela podia a defender do pai.

Como forma de fugir da consciência dos fatores ligado à toda situação em que viveu, S. tem apresentado sinais e sintomas encontrados em Transtorno de Estresse Pós Traumático tais como reexperiência traumática: pensamentos recorrentes e instrusivos que remetem à lembrança do trauma, flashbacks, pesadelos; Hiperexcitabilidade psíquica e psicomotora: taquicardia, sudorese, tonturas, dor de cabeça, distúrbios do sono, dificuldade de concentração, irritabilidade, hipervigilância. Apresenta também entorpecimento da reatividade geral; e despersonalização (relata fatos da história vivida como se tivesse ocorrido com uma terceira pessoa). Para tanto S. necessita ser atendida duas vezes por semana afim de ser feito a remissão de tais sintomas. Porém nenhuma ação será efetiva se a família paterna continuar rondando a casa, ligando ou mesmo aparecendo. Esta aproximação, mesmo que supostamente, ativa de forma ansiogênica toda sintomatologia. Caso ele consiga ou mesmo ela continue vivendo debaixo deste estresse, tal vulnerabilidade pode desencadear um quadro patológico pior podendo romper com o funcionamento mental. [...]

Confirmando a solidez das preocupações manifestadas pelo CAPSI ao Juízo, depreende-se dos autos boletins de ocorrência registrados nos dias 23-8-2014 e 28-8-2014 pela Sra. M.A.S.C. (tia de S.), pelo Sr. A. J.C. (tio de S.) e pela Sra. S. da S. (mãe de S.). Os primeiros relatam comportamentos intimidadores por parte de V. (irmão do réu), que ronda a sua casa, onde se encontra a família, perturbando o sossego de todos, além de proferir ameaças por meio de ligações telefônicas (fls. 192-193 e 194). A última, por sua vez, mãe da vítima, relata que o ex-companheiro V.N. *"está indo em sua residência de moto com um colega; o autor desce da moto tira o capacete e fica encarando por um tempo para dentro da casa; quando ele aparece as menores ficam em pânico mas não dá nem tempo de chamar a polícia [...]"* (fl. 71).

Em razão desses fatos, o Ministério Público concluiu que as medidas protetivas deferidas em favor da vítima não estavam se mostrando aptas a efetivamente assegurar-lhe o bem estar e a integridade física/psicológica, com base no que requereu a decretação da prisão preventiva de V.N. (fls. 76-77), o que foi acolhido pelo Juízo (fls. 78-80).

O mandado de prisão foi cumprido no dia 26-11-2014 (fl. 84).

No dia 2-12-2014, foi ouvido pela Promotoria o tio da vítima S., o Sr. A.J.C., que acolheu a Sra. S. e os cinco filhos após a saída do abrigo de proteção. Relatou o declarante que, desde a prisão de V.N., a família deste, em especial sua mãe e seu irmão, estão rondando a residência com intuito de intimidação; que a mãe do investigado inclusive proferiu ameaça, dizendo que "tudo que ela está sofrendo atualmente, a família da vítima irá sofrer em dobro"; que as crianças não saem para a rua há cinco meses, desde que saíram do abrigo e foram recebidas em sua casa, por medo; que a genitora do acusado pretende brigar pela guarda das crianças, o que ficaram sabendo quando chamados a tratar do assunto no Escritório Modelo da Univille; afirmou que teme por sua segurança e de sua família, razão pela qual irão todos sair da cidade [...] (fl. 122).

Sobreveio então aos autos, em 5-12-2014, a denúncia (fls. 119-121).

Na mesma data, é juntado novo ofício do CAPSI, mais uma vez firmado pela responsável pelo acompanhamento da vítima S., a Psicóloga Francine Juliana Beiro, e dessa vez também pela Coordenadora do Centro (fls. 123-129).

Nesse laudo, esclarecem que inicialmente entrevistaram a pequena S. no contexto do acolhimento imediatamente posterior ao registro policial do crime sexual e que voltaram a acompanhá-la após a saída do abrigo de proteção e acolhida pelo casal de tios, Sr. A.J.C. e Sra. M.A.S.C.

Importante a transcrição, ainda que longa, tendo em conta a excepcionalidade do caso:

> [...] Por meio de técnicas e embasamento teórico da linha cognitivacomportamental efetuou-se o processo de avaliação da S. Esta relata que desde pequena sempre apanhou muito do pai. No início dos atendimentos apresentava sintomas de estresse pós traumático como diminuição da afetividade, hipersensibilidade e hipervigilância. A convivência com o pai era permeada por eventos com potencial traumático associado como um atentado à integridade física, própria ou alheia. As demandas emocionais da menina giravam em torno de terror, angústia ou horror. A *re-experimentação* ocorria por meio de pensamentos recorrentes, aversivos e intrusivos (*flashback*); Pesadelos relacionados ao evento e comportamentos desencadeados por essas memórias.
>
> Trabalhando por meio de técnicas de exposição in vivo, e manejo de ansiedade a mesma foi conseguindo diminuir sua ansiedade, porém, o tratamento do quadro mental de S. ficou estagnado devido outros enredos que foram aparecendo; o sofrimento momentâneo dizia respeito à constantes ameaças que o Sr. V. fazia aos tios e à mãe; a presença na rua dos familiares paterno passando na frente da residência, as ligações que eles recebiam, etc. S. afirmava que a sensação de medo era constante pois sabia do que o pai e os familiariares (sic) deles eram capazes.
>
> Durante os atendimentos S. relata que o pai e os familiares sempre foram agressivos, controladores. Compreendia que o medo nunca foi

dirigido ao que poderia acontecer com ela mas sim com a mãe. Que ela lembra desde pequena a mãe apanhando, o pai forçando ela ingerir bebida alcoólica. Depois de um tempo a mãe bebia por si mesma. Que a mãe não sabia como fazer coisas básicas no lar e com pena ajudava-a para o Sr. V. não brigar. Relata que ajudava a mãe a cuidar dos outros filhos, e que a V. (irmã) pouco podia ficar perto porque a avó impedia. Que ela sofria muito por ver como a mãe era maltratada e que sempre que tentava chegar perto para ajudar o pai batia e até mesmo a jogava na parede. Afirma que os amigos do pai a tratavam como mulher, porém suas reações emocionais de vergonha e retraimento quando descreve tais situações precisam ser elaboradas no tempo da S.

Em relação às situações de violência sexual, a Sra. S. nos descreve e S. confirma, que a criança V. que contou pra mãe. Que preocupado com a irmã e de como a mãe iria lidar, o menino contou para a mãe com todo o cuidado que durante a noite o pai foi no quarto deles e que escutou a S. dizendo "Para pai, eu sou só uma criança. Eu sou sua filha, esta doendo não faz.". O menino relata que o Sr. V. falava que era para ela ficar quieta e que melhor ele fazer do que outros homens fora de casa e que ela iria agradecer. Muitas vezes S. descreve que o oferecia bebida alcoólica para ela e que uma vez ela ficou muito ruim, vomitou e quando foi para o quarto sentia tudo rodar. Que neste dia ele começou a tratar ela como ela nunca queria ser tratada. De maneira triste e envergonhada S. afirma que sente uma sensação muito ruim quando falaram com ela na delegacia, como se tivessem duvidando. Tinha que falar como aconteceu algo que ela as vezes gostaria de esquecer. Afirma que o pai machucou sua vagina com o pênis e seu ânus também. Ao descrever as situações de forma espontânea, S. afirma que tomava bebida alcoólica assim, ela acha que não sentia tanto no momento. Mas no outro dia doía muito. Quando colocavamos de forma lúdica a mãe na situação na atividades, para compreender aonde a progenitora estava, S. afirmava que ela estava alcoolizada. Que sempre que o pai queria algo com ela, batia assim todos entenderiam que ela estava com dor por ter apanhado. Os atos libidinosos e a conjunção carnal ocorriam de maneira misturada a diversas manifestações humilhativas e opressivas. A situação da

família era de tanta vulnerabilidade e impotência, que podemos entender que o incesto acabava denunciando o sexismo desta família paterna.

De maneira traumática e com muito sofrimento psíquico S. tenta mostrar que o pai mantia (sic) relação sexual forçada com a mãe pois esta chorava alto e reclamava de dor. **O tom da voz, e a fragilidade da descrição nos remete à hipótese que a S. permitia viver os atos libidinosos e à conjunção carnal para proteger a mãe.** Afirma que o pai tinha várias mulheres. Compreende que a mãe tem algum problema que não aprende as coisas e então ele sempre a deixou muito confusa. Afirma que nos últimos tempos quando a mãe o contrariava, ele a deixava sem comer, fazia coisas que S. sofreu muito para descrever. Percebendo toda fragilidade em que a família encontrava-se devido a perseguição do Sr. V., as ligações, e acima de tudo, as demandas de saúde que a Sra. S. começou a apresentar (cegueira, depressão, entre outros) respeitou-se este momento, pois quanto maior o estresse após o período de revelação da dinâmica incestuosa, maior a probabilidade de desenvolver um transtorno mental grave na vítima, S. de forma racional buscava focar na mãe, no sofrimento dela, e na fragilidade que toda família estava passando.

"Crianças vítimas dessa violência aprisionam suas vontades e desejos, fato que se submetem ao poder do adulto, que busca coagi-las para satisfazer seus próprios interesses, expectativas ou paixões, ignorando os sentimentos delas...Na relação de poder adultocêntrica, as necessidades e os direitos das crianças e adolescentes são relegados a uma condição hierarquicamente inferior aos dos adultos, chegando a uma valorização oscilante, sendo esses sujeitos associados/transformados em "adultos em miniatura" (Azambuja pg 32)

Em outubro S. compareceu no serviço querendo falar com a psicóloga pedindo para escrever para o juiz solicitando a prisão do Sr. V. Afirma que o medo estava virando ódio. Que a Sra. M. estava sofrendo muito, que o tio A. estava dando um carinho e cuidado que ela e os irmãos nunca tiveram e que a mãe hoje consegue ser uma pessoa que ela nunca viu. Afirma que a mãe hoje não bebe e que ela acredita que era o pai que forçava. **S. demonstra uma pseudo maturidade proveniente de todo esta dinâmica incestuososa (sic) aonde a atuação dos desejos**

incestuosos do Sr. V. sugere a falta de estruturação do seu aparelho mental, sendo o autor do ato incestuoso incapaz de postergar as pulsões, vivendo concretamente experiências que deveriam ser reprimidas.

Estudiosos do desenvolvimento infantil e psicopatologia afirmam que os fatores de estresse, aos quais é difícil se adaptar, são sempre indesejáveis, incontroláveis e súbitos, resultando em reações severas, intensas e negativas do comportamento habitual, que sofre influências do eixo do sistema nervoso central (SNC) hipotálamo-hipófise-ad-renal, com a liberação de vários hormônios e neurotransmissores que vão ativar os mecanismos de adaptação corporal para a sobrevivência. Daí os fatores de risco maiores e que causam os danos à saúde, com repercussões imediatas e a longo prazo no comportamento e na qualidade de vida das pessoas que viveram esses traumas durante a infância e a adolescência.

Entendendo a família com a base do tecido social, este pode ser definido pela existência de um laço emocional diferenciado que justifique uma relação da qual se esperam funções psico-afetivas relativas a membros de uma família. **No caso de S. sua projeções e falas, por mais que sejam de racionalização (defesa egoica de negar os sentimentos) evidenciam uma relação de horror, medo e sobrevivência, deixando ela numa hipervigilância e uma ativação comportamental de cuidado e proteção do seu único objeto de amor – a mãe. Tanto que na identificação de gênero S. projeta claramente sua aversão do sexo oposto, tendo na figura feminina uma compreensão errônea de emaranhamento e indefesa. S. compreende que estar perto da mãe pode a proteger. Não percebe-se como um ser de proteção e cuidado, caracterizando assim a perda total da inocência infantil. Para tanto, podemos concluir a compreensão de uma relação de co-dependência com a mãe. Ou seja emaranhada (misturada) nos sofrimentos da mãe, não consegue ainda perceber de forma consciente os horrores aqui descrito. Tanto que o embotamento afetivo e a rigidez são fatores emergências de tratamento neste CAPSI.**

Conclusão

Esta família vivenciou diferentes situações que não definem-se somente como traumática como também incestuosa levando-a à sensação de traição quanto a confiança que podia ter nos adultos cuidadores, e invadida por uma série de sensações de mal-estar físico, como estar suja, deformada, não ter valor, ser desprezível até mesmo rejeição do corpo feminino por ter sido objeto de desejo.

Compreendemos que o traço deixado constantemente pela prática incestuosa é o vazio da história, pela impossibilidade de memorização da infância, e mesmo da puberdade, pois não é objeto de nenhum fato memorável, em seu entender, as vítimas sabem apenas o que lhes foi contado de sua história, sendo que muitos fatos são sublimados ou mesmo redirecionados para o inconsciente. Para S. o Sr. V. ocupava o lugar do chefe de casa o lugar de um homem que vivia alcoolizado e agressivo. Em diferentes momentos esta afirma que não o coloca no lugar do pai. Esta diferenciação levou S. a elaborar o medo do Sr. V. como homem e a odiar por ter sido traída, humilhada e abusada na sua experiência de filha. Pontos a serem tratados.

No que tange a mãe temos feito o acompanhamento de toda a família, porém como estes tem sofrido ameaças da família paterna, compreendemos que tais fragilidades tem criado sofrimentos que podem gerar mais agravos, tanto aos tios, como à Sra. S. como às crianças. O desenvolvimento de um tratamento eficaz fica paralisado pelas constantes ameaças e provocações que tem piorado após a prisão do Sr. V.

A adolescente em questão continuará em atendimento neste serviço, as outras crianças estão sendo atendidas no Paefi norte e a mãe foi acompanhada para o Paps e nos próximos meses será encaminhada para avaliação da equipe de saúde mental diante das situações de violência que sofreu e devido demonstrar sinais e sintomas característicos em transtornos mentais graves.

Recebida a denúncia em 16-12-2014 (fl. 131) , o réu foi citado (fls. 137-138). Transcorrido o prazo sem oferecimento de defesa preliminar, os autos foram encaminhados à Defensoria Pública (fl. 144), que ofereceu peça com tese defensiva genérica (fls. 145-151). É iniciada, assim, a fase de instrução probatória judicial.

Às fls. 166-169, sobrevém aos autos ofício remetido ao Juízo pelo

PAEFI (Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos), com relatório de desligamento da família. Revela o documento que **o atendimento em verdade se iniciou em 23-4-2014 (um mês antes do registro do B.O. que deu origem à presente ação penal) por denúncia da escola, de que a menina S. sofria abuso sexual praticado por seu tio paterno**. Apenas em 5-6-2014 é que o serviço foi avisado de que a mesma adolescente sofria violência sexual também por seu genitor. Especifica o documento também que o atendimento finalizou-se em fevereiro de 2015, quando receberam a notícia de que a família, ainda acompanhada dos Srs. A.J.C. e M.A.S.C., estava de mudança para outro município, "como forma de proteção, haja vista que estavam sofrendo ameaças por parte de familiares de V.". Em razão da mudança e do não fornecimento de novo endereço, o núcleo familiar foi desligado do atendimento.

Em razão dessa mudança de endereço, tampouco foi possível a

realização das intimações para a primeria audiência designada no feito (fl. 196), razão pela qual no dia 15-4-2015, foi ouvida apenas uma testemunha de acusação (a Psicóloga Francine Juliana Beiro) e duas testemunhas de defesa (fl. 197).

A **Psicóloga Francine** iniciou seu depoimento esclarecendo ao Juízo o paradeiro das vítimas e dizendo que, em razão das frequentes ameaças que a família vinha sofrendo, as quais haviam aumentado depois da prisão do réu V. (por parte da corré S.N., outros familiares e amigos do réu), em janeiro, os tios resolveram alugar a casa e procurar outro local para morar em Curitiba. Sobre os fatos, Francine narrou que recebeu o caso no CAPSI via atuação da Vigilância Sanitária e que, inclusive, participou do encaminhamento da família ao abrigamento, que ocorreu logo em seguida em razão do trauma e do medo que manifestavam. Relatou que, após um tempo, a vítima S., sua mãe Sra. S. e os filhos,

foram todos acolhidos pelos tios, Sr. A.J.C e Sra. M.A.S.C., esta irmã da Sra. S., quando houve continuidade do tratamento da menina S. pelo CAPSI. Afirmou que, no CAPSI, S. demonstrou "muito sofrimento", "bastante trauma em razão de tudo que ela vivenciou com o pai, com os familiares lá na casa". Questionada sobre o teor da denúncia que gerou inicialmente o atendimento, a testemunha confirmou que foi "violência sexual", sendo que a Vigilância teria passado a informação de que a menina estava com uma DST no ânus. Aduziu que a menina relatou à vigilância que o pai "tentou fazer sexo anal nela"; o que ela voltou a narrar durante o atendimento no CAPSI. Especificou que, tanto nas projeções, como em suas falas, S. afirmava que o pai bebia, dava bebida "para todo mundo, principalmente para a mãe, e dava bebida para ela também"; que S. relatou que, em dada oportunidade, o réu V. forneceu-lhe bebida alcoólica, o que a fez vomitar, e que, em seguida, no quarto, **"ele foi pra cima dela e começou a passar a mãe nela e falava pra ela que ia ensinar a ela como ser mulher"; que "das outras vezes, ela relata, que ele ia de madrugada, às vezes no banheiro, passava a mão e tentava introduzir o pênis na vagina e no ânus teve vezes que ele conseguiu;** a fala dela em todos os momentos pra mim é que ela pedia pro pai parar, que ele deveria procurar uma outra mulher, e não ela; num primeiro momento ela sempre trouxe o pai pela questão do alcoolismo, né, e depois ela começou a trazer que o pai batia muito nela e que se ela não deixasse ele fazer o que ele fazia ele bateria cada vez mais nela"; **questionada sobre a compatibilidade das narrativas da menina com os fatos e a possibilidade de os relatos de S. serem fruto de fantasia, a Psicóloga afirmou categoricamente que "**não, totalmente compatível, ela era bem coerente na fala dela**, em todo momento ela traz um sofrimento em relação à mãe, ela..., tanto que ela foi encaminhada ao psiquiatra porque ela começou a apresentar bastantes sintomas depois, quando ela..., que ele foi preso, aí começou a cair a ficha dela, ela começou a compreender algumas coisas e ela entrou num quadro depressivo; ela trazia muito a proteção da mãe, que a mãe**

apanhava muito, tem todo um histórico em relação à mãe, né, e muita raiva em relação à Sra. S. – avó e corré – porque ela achava que a avó acobertava tudo, e também maltratava a mãe"; perguntada sobre algo a se destacar, a Psicóloga reputou importante pontuar que foi o irmão, o menino V., testemunha presencial de um dos abusos, quem fez a revelação da violência sexual; acrescentou, ainda, que S. justificava o seu silêncio em sua intenção de não causar mais um sofrimento à mãe; pontuou, ainda, que, ao longo do tratamento, S. trouxe diversas vezes, com muito choro, que o pai trazia outros homens pra casa, insinuando que esse homens mantinham relação com sua mãe, mas que em razão do intenso sofrimento manifestado junto com esses relatos foi algo que não teve tempo de trabalhar; e conclui "então ela viu muita coisa também, não só viveu, né" (fl. 197).

Nesse ponto, oportuno destacar que a defesa não fez nenhum questionamento à testemunha sobre os tios que acolheram a família.

Quanto às testemunhas de defesa, ambas foram meramente abonatórias (fl. 197). Merece destaque o fato de ambas terem se adiantado às perguntas do próprio defensor para logo afirmarem o apego das crianças ao pai, o bom relacionamento da família, a ótima relação de V.N. e S. etc. Às testemunhas de defesa, pessoas próximas à família e vizinhos, tampouco foram feitas perguntas acerca dos tios A. e M.

Na sequência do caderno processual, o Sr. A.J.C. compareceu em Juízo e forneceu o novo endereço da família, pedindo sigilo. Foi expedida carta precatória ao Estado do Paraná - Comarca de Bocaiúva Do Sul para inquirição das testemunhas de acusação (fl. 212). A oitiva, contudo, mais uma vez se frustrou, em razão de nova alteração de endereço da família (fl. 219). Ante a informação de que retornaram à Joinville, designada nova data de audiência, foram as vítimas (menina S. e sua mãe, Sra. S.), o irmão menor de S. que revelou o abuso (V da S. N.) e os tios que acolheram a família (Sr. A. J.C. e Sra. M.A.S.C.), intimados em 13-7-2015 (fl. 236). No

dia seguinte, os tios compareceram no cartório informando que os demais se encontravam com receio de comparecer no ato designado para o dia 22-7-2015, "em razão da possibilidade de encontrar os réus e sofrerem retaliações" (fl. 237), pelo que pediram designação de audiência para data diversa do interrogatório dos acusados. Em resposta, o Magistrado determinou que os tios fossem informados de que "o comparecimento deles e das demais testemunhas ao ato designado é obrigatório, sob pena de serem conduzidos sob vara, e que o cartório desta vara criminal providenciará os meios necessários para que eles não mantenham contato visual com os réus durante o período em que permanecerem no prédio deste fórum" (fl. 243).

Realizada audiência (fl. 247), foram ouvidas as vítimas (a menina S. e sua mãe, Sra. S.), inquiridos o menino V. e o tio A.J.C., bem como interrogados os réus V.N e S.N. Após a sua oitiva, a menina S. entregou duas cartinhas, uma escrita por ela e outra pela irmã, V.M.

A mãe de S., a Sra. S. da S., com relação aos crimes imputados ao réu V. sendo vítima a filha em comum, S., em relato livre, iniciou narrando o fato mais recente, da madrugada anterior ao registro do boletim de ocorrência que deu lugar à presente ação penal; relatou que V. é alcoólatra e que, naquela noite, dia 5-6-2014, ele veio pra casa alcoolizado de uma festa de um colega, chegou, entrou no quarto onde estava a menina e disse "se eu não fazer contigo tu pode fazer com outro lá na rua" (3:39-4:39); nesse ponto, foi interrompida pelo Promotor de Justiça, que (equivocadamente) entendeu que ela estava narrando o crime de ameaça que ela pessoalmente sofreu; feitos questionamentos especificamente com relação a essa imputação, a Sra. S. confirmou que era constantemente ameaçada por ele, não só de estupro, mas de morte também; em seguida, quando novamente perguntada acerca da violência sexual sofrida por sua filha, a Sra S. dessa vez iniciou seu relato pela forma como tomou conhecimento dos fatos, afirmando que não sabia de nada e narrando que seu menino de 9 anos, o V., foi quem lhe revelou o abuso; disse

que o filho lhe contou numa manhã o que viu e ouviu, afirmando que o pai "teve mexendo com a irmã dele", que ele dizia que se a menina não fizesse com ele, faria com outros, além de ameaçá-la de morte (5:40-6:56); questionada especificamente sobre o que o menino presenciou, disse que o filho contou que viu "ele fazendo relação com ela", que estavam pelados, no quarto da menina; disse que ficou desesperada, começou a chorar e ligou para sua irmã; que foi direto para a Delegacia e não teve coragem de questionar diretamente o companheiro V. sobre os fatos; que inicialmente S. negou (até 8:03); que nunca presenciou nenhum ato, nem desconfiou; que na sequência a filha S. abriu o jogo, contando que ele mandou tirar a roupa, veio para cima dela e "fez relação com ela" (8:58); que isso acontecia desde os 9 anos de idade da menina; afirmou que, de fato, a filha se mostrava nervosa, triste, chorosa e quando questionada sobre o que estava acontecendo, ela dizia "nada" (9:40); que S. contraiu "vírus" no ânus e que a avó impediu a menina de dar continuidade no tratamento (12:05); que houve ameaças depois do início das investigações e que todos têm muito medo de V. (13:30); na sequência, frente às dificuldades de compreensão e expressão da Sra. ouvida, o Promotor lê partes da denúncia, cujos trechos vão sendo confirmados pela depoente (15:30); ainda assim, frente às respostas confirmativas da Sra. S., pede que ela seja "mais espontânea nas respostas"; na sequência, a Sra. S. afirma que S. está muito traumatizada, que não dorme direito e tem pesadelos (17:30); iniciados os questionamentos da defesa, confirmou que os remédios ministrados à S. eram para a cura de doença e não prevenção (20:15); que V. sempre foi muito agressivo com ela e com as crianças; que estavam todos muitos cansados dessa situação (21:00); que é verdade que sua irmã e o marido não podem ter filhos; que V. e a sogra não gostavam que estes os visitassem antes; que agora estes tratam as crianças como se fossem deles (25:25-26:30); questionada sobre especificidades da conduta sexual do réu, reafirmou que não viu e que, por isso, não pode detalhar, confirmando sempre o que a filha disse quando ouvida e afirmando que ela poderá "dizer direitinho" (31:00-32:00).

Nesse ponto, importante voltar a destacar a notável dificuldade do Promotor de Justiça e do Defensor Público em conduzir o ato e formular os questionamentos frente às limitações (intelectivas e emocionais) da pessoa inquirida. **Cabe frisar, contudo, que, mesmo sendo evidente a dificuldade de compreensão da Sra. S., que fez com ela muitas vezes respondesse algo diferente do questionado, em suas respostas e afirmações nunca houve contradição ou sinais de que a narrativa era construída por ela ou por terceiro.**

A menina S., já com doze anos, quando questionada sobre a veracidade do abuso sexual imputado ao pai, confirmou que "é verdade" (3:17); perguntada se foi uma vez ou várias, disse que "várias" (3:26); quando pedido que contasse tudo que aconteceu desde a primeira vez, ela (de modo coerente com o manifestado nas escutas especiais por psicóloga) disse que "a primeira vez não eu não me alembro só da última vez" (3:33); confirmou, contudo, que aconteceram outras vezes além da última (3:40); foi questionada então sobre como saberia que foram várias se só se recorda de uma, ao que respondeu que "foram várias vezes desde os 9 anos" (3:54); pedido que falasse o que lembra, em um primeiro relato mais livre, narrou que estava com medo, e deixou a porta aberta para o pai chegar, que tinha ido a uma festa com um amigo, onde tinha bebida; nesse ponto, é interrompida para que dissesse quando isso aconteceu, ao que precisou 5-6-2014; em seguida, é questionada, "como que tu lembra assim com tanta precisão essa data?", ao que responde "porque é uma data que eu nunca esqueço"; na sequência, o interlocutor segue a narrativa, "ele chegou bêbado em casa....(silêncio)....E aí?... Chegou duma festa, não?", ela confirma, "hmm...à noite?", pergunta o interlocutor, "à noite", responde a vítima; "e aí o que que aconteceu?", nesse ponto a menina volta à sua narrativa "aí ele foi no meu quarto e eu vi uma sombra, aí daqui a pouco eu ouvi a voz dele, aí eu tava deitada, ele deitou no meu colchão e começou a falar pra eu tirar a calça, aí ele pegou tirou a calça dele e começou a ir em cima de mim"; nesse momento o

interlocutor diz "hmm?!" e, de imediato, a menina se cala sem desviar o olhar; e o promotor volta a usar da palavra para dizer que nos autos consta data diversa da que ela está falando, e asseverando que nesse dia 5 mencionado pela garota outro fato aconteceu, a ameaça de estupro do pai à mãe; na sequência, passa a ler a denúncia, recebendo, aos poucos, sinais de confirmação da menina com a cabeça e com a vocalização "uhum", "isso", ao que diz "tá, isso aqui é uma outra história de uma outra data EU QUERO SABER SE ISSO É VERDADE, ISSO ACONTECEU?"; a menina diz, "é verdade, então eu confundi a data"; a acusação, então, segue descrevendo a denúncia (como se à sua frente não estivesse uma menina vítima de abuso sexual pelo pai, revisitando os traumas e tendo sua palavra questionada pela presença intimidadora de três homens) "...e aí ele teria segurado no teu pescoço, passou a mão no teu corpo, esfregou o pênis na tua vagina, tá, e depois ele manteve conjunção contigo e pôs o pênis no teu ânus...Isso aconteceu?", e ela responde "uhum...Isso aconteceu naquela noite, que ele tinha chegado.."; e o interlocutor ainda rebate (insistindo em questionar a precisão do relato da menina quanto à data mencionada), "isso não foi no dia 5-6-2014" e ela reafirma "não, então eu me confundi"; superada essa questão, o promotor pergunta sobre as outras oportunidades, mas ele mesmo volta a descrever a denúncia, na parte relativa ao fato mais antigo; a menina permanece em silêncio ouvindo e, por vezes, confirmando; o interlocutor termina sua fala mais uma vez com a pergunta "isso aconteceu?", e a menina confirma; e (pasmem) o promotor repete "tá, isso foi noutra data?", ao que a menina confirma e ele conclui (sem tato), "então tu já lembrasse de outro fato"; como é de se esperar, S. fica em silêncio (sem desviar o olhar do interlocutor) e ele completa "por isso é que eu te peço, S., vamo tentar resgatar lá no túnel do tempo essa história, porque, volto a dizer, é uma acusação grave, ninguém quer aqui condenar um inocente e também não quer deixar um culpado solto, tá? Ou sem pena. Por isso a gente precisa saber certinho o que aconteceu. Do que mais você lembra?", e a menina diz "então é disso aí, ele tinha saído e eu deixei a porta aberta e quando

ele chegou ele apareceu no meu quarto e começou a passar a mão em mim e eu perguntei 'quem era' e ele disse que 'sou eu' aí eu perguntei da mãe e ele disse que ela tinha ido para o inferno, aí ele pegou e falou assim, se tu não calar a boca tu vai para o inferno também" e silencia; em síntese, a dinâmica prossegue da mesma forma, o interlocutor dizendo o que "consta" que o réu "teria feito", questionando a verdade dos fatos e insistindo que a menina recorde de outros episódios (3:58-10:00); como é previsível, não obteve o relato livre, pontual e detalhado que pretendia, o que, diga-se de passagem, não foi possível nem nos atendimentos psicológicos; recorde-se do laudo de fls. 34-35:

> "O relato de S. apresenta características semelhantes a recordações de eventos emocionais repetitivos, caracterizadas pela tendência a basear a lembrança de forma genérica construída ao longo das repetições. Mesmo relatando detalhes específicos de determinadas situações de abuso, apresenta maior facilidade para recordar aquilo que é comum ao longo das repetições. Além disto, dado o tempo transcorrido, aliado a freqüência em que ocorriam os abusos, alguns detalhes e situações como, por exemplo, a primeira vez em que ocorreu, não foi possível ser evocado. Dado a complexidade envolvida na memória para experiências repetidas, é possível e esperado que a criança se recorde de alguns detalhes de sua experiência, mas que apresente também erros e falhas de memória, sem que isso necessariamente comprometa a credibilidade da totalidade de seu relato (WELTER, 2010)"

Prosseguindo, em suma, quando feitos os questionamentos (sobre os fatos e o contexto familiar), a menina confirmava os acontecimentos mais importantes e reconhecia o seu desconhecimento acerca de determinados dados (como o resultado dos exames, o contágio de doença), sempre com segurança e sem contradições com suas falas anteriores nos autos. A forma insensível e constrangedora de abordagem permeou todo ato. A menina chegou inclusive a ser questionada "como que ela lembra" de ser abusada desde pequena (se não pode precisar com detalhes); e por que ela afirmou isso pra psicóloga, em verdadeiro tom

de interrogatório. Quando chegada a vez da defesa, frente às perguntas do Defensor, a menina prosseguiu com o mesmo comportamento, com respostas firmes e curtas, olhar direto e embotamento emocional (21:30). Oportuno relembrar do laudo de fls. 189-191:

> [...] Como forma de fugir da consciência dos fatores ligado à toda situação em que viveu, S. tem apresentado sinais e sintomas encontrados em Transtorno de Estresse Pós Traumático tais como reexperiência traumática: pensamentos recorrentes e instrusivos que remetem à lembrança do trauma, flashbacks, pesadelos; Hiperexcitabilidade psíquica e psicomotora: taquicardia, sudorese, tonturas, dor de cabeça, distúrbios do sono, dificuldade de concentração, irritabilidade, hipervigilância. Apresenta também entorpecimento da reatividade geral; e despersonalização (relata fatos da história vivida como se tivesse ocorrido com uma terceira pessoa).

O Defensor adotou o mesmo tom de abordagem, com repetição de perguntas, questionamento sobre o que é realmente verdade, tendo afirmado inclusive que "uma hora" a menina fala uma coisa e "outra hora" outra (28:38), isso em razão de aparente contradição de seu relato. Mesmo nessas oportunidade, S. respondia aos questionamentos tentando esclarecer as dúvidas do interlocutor (29:00).

Especificamente quanto à violência sexual, afirmou que o pai "só esfregava" o pinto na vagina e "atrás também" (19:07, 31:01), não penetrava, nem ejaculava; que acontecia desde muito tempo; que aconteceu no quarto e no banheiro; que ele tirava sua roupa; que o pai costumava apresentar esse comportamento quando a mãe estava ausente; confirmou com detalhes apenas o fato mais antigo (do banheiro) e o mais recente (do quarto, presenciado pelo irmão). Revelou, inclusive, episódio de estupro praticado supostamente pelo irmão do réu, o tio V., fato que foi revelado à escola por uma amiga, também abusada (confirmando dado desconhecido neste feito até a juntada aos presentes autos do laudo de fls. 166-169, conforme exposto acima).

O menino V. da S.N., irmão da vítima e testemunha presencial do último abuso, com 9 anos de idade à época da oitiva, também apresentou relato harmonioso com todos os anteriores, com uso de narrativa própria à sua condição pessoal e cheia de detalhes de contexto. Quando questionado, respondia sempre com tranquilidade o que sabia, especialmente o que presenciou, e reconhecia quando não tinha conhecimento. Quanto à cena de violência por ele testemunhada, disse que lembra que o pai estava "em cima dela coisando ela" (1:49), que ele estava "em cima dela mexendo com ela" (2:02), à noite, no quarto, enquanto todos dormiam; que estava deitado no colchão no chão (2:17), S. na cama e e a mãe no sofá; que acordou quando ouviu barulhos (3:02), mas fingiu que continuava dormindo (mostra com expressão facial como fingiu, com os olhos entreabertos); que viu, então, o pai em cima da irmã, pelado (3:22), fazendo "assim" e mostra com o corpo movimentos de vai e vém (3:26); confirma com a cabeça que ele estava "com o pinto para fora" e acrescenta que S. falava para o pai parar; diz que ele não parava; narra que ela perguntou sobre a mãe e que ele disse que ela "estava no inferno" (3:39); que o pai não percebeu que ele estava acordado; confirmou, quando perguntado, que foi o pai quem tirou a roupa dela (4:08); que ele chegou a tirar a irmã da cama colocando-a no chão; que S. tentava afastar o pai e pedia para parar, e ele empurrava a mão dela para o chão; que tem certeza que não foi sonho, que presenciou a cena (4:53); que ninguém pediu para falar isso; que nunca viu outro episódio envolvendo o pai e a irmã; que S. nunca contou nada; que a avó Dona S.N. "sempre escondia os filhos dela" (referindo-se ao ato de encobertar) e que ela não gostava deles (os netos) (5:44); que não sabe se a irmã tomou remédios depois do acontecido; perguntado sobre ameaças feitas pelo pai contra a mãe, disse que "quando ela estava grávida, ele jogava cadeira nela" (6:14); que via o pai levar a mãe ao banheiro à força para fazer relações; que a avó era ruim com eles e o pai "pior ainda" (7:31); batia bastante e bebia muito; que, na cena que testemunhou, o pai, além de mandar a irmã "para o inferno", a chamava de "fdp" (8:36); que não

viu se ele a segurou pelo pescoço; que está "muito bom" viver com os tios e que o tio não bate neles (9:16); questionado pela defesa, disse que foi orientado pelos tios a "falar direitinho" e não falar mentira, "porque mentira é descoberta" (10:19); que depois de presenciar o abuso dormiu e, imediatamente ao acordar no outro dia, foi contar para a mãe (11:06), que começou a chorar; que não falou direto com a S. porque tinha medo do pai (11:40); questionado diretamente se a vida deles era muito ruim, se ninguém aguentava mais, se agora está muito bom, respondeu sempre que sim (12:08).

Relativamente à oitiva do tio A.J.C., importante iniciar ressalvando que é clara a distinção deste, com relação a todos os demais, no que tange à capacidade de compreensão, expressão e verbalização de sentimentos. Durante aproximadamente 20 minutos, o Sr. A.J.C. mantém narrativa livre sobre tudo o que reputou importante contar ao Juízo, desde o contexto anterior à revelação dos fatos, sempre demonstrando espontaneidade na construção da narrativa e expressão de sentimentos ao longo de sua fala.

Perguntado sobre o que sabe, o que viu ou o que lhe foi relatado a respeito dos fatos descritos na denúncia, o Sr. A.J.C. iniciou relato livre: *"quando a gente ficou sabendo disso, eu até fiquei ... porque quem nos ligou foi... foi o Conselho Tutelar que ligou pra gente, que falou que ia recolher as crianças, mas daí...aí eu até falei pra minha mulher, 'mas recolher a crianças por quê?' […] daí ela disse 'poxa, será que aconteceu tudo de novo?'"*; e esclarece que a Sra. S teve uma vida de idas e vindas com V.,mas que a religiosidade dela sempre a fez acreditar que Deus ia *"trabalhar na cabeça dele e ele vai mudar"* (5:04); que ela sempre ia para sua casa e depois acabava retornando para o companheiro; e prossegue: *"aí ligaram para nós dizendo que a menina tinha sofrido esse problema, eu não acreditei, disse 'pô, eu não acredito'",* e esclarece que sempre disse para a sua esposa em casa que um dia o cunhado mexeria com as meninas (5:27); afirmou que sabiam que V. estava envolvido com drogas, além de muita bebida alcoólica; que ao tomar conhecimento do uso de drogas, previu que a vida da famílila desabaria (5:44); destacou que

sempre desconfiou de que outra sobrinha, a mais velha, V., estaria sofrendo abuso sexual (5:55), porque ela se mostrava "muito trancada"; prosseguiu esclarecendo que o réu V.N não permitia sua aproximação com os filhos deles (6:22); que o contato se restringia nas datas de aniversário, quando levavam uma cesta básica ou um presentinho, e no natal; e que, mesmo assim, a mãe do réu, a corré Dona S.N., jogava tudo fora (6:55); retoma a narrativa sobre suas desconfianças acrescentando que a sobrinha mais velha os abraçava chorando quando ia na sua casa visitar; e que, em razão disso, pedia para a sua esposa tentar conversar com ela; e que, então, veio a notícia de S.; ressaltou que não ficou surpreso, porque sabia do histórico da família dos réus, manchada pela violência do que aconteceu com o pai de V.N. e marido de Dona S.N. (7:44); questionado sobre esse fato pelo Promotor, explicou que o réu V.N. e seu irmão, V., brigaram com o pai e, nesse contexto, o levaram a óbito com uma machadada na cabeça (7:56); relatou que os irmãos foram detidos e logo soltos porque a Dona S.N. falou rapidamente à Polícia que se tratava de legítima defesa; disse que a sobrinha V. presenciou tudo e que, hoje, ela relata como os bombeiros recolheram *"os miolos do vô na brita"* (8:14); retoma, então, sua narrativa reafirmando que, em razão de tudo isso, sempre soube que *"aconteceriam mais coisas"*; ressalta que era difícil tomar alguma atitude pela falta de acesso e também pelo temor, pois o cunhado era um homem que fazia muitas ameaças (8:30); *"até que aconteceu esse negócio com essa menina"* (8:46); destacou que ela mesma lhe relatou o ocorrido, apesar de não ter perguntado e, ainda, ter dito que era melhor ela conversar com a tia; disse que S. insistiu em contar afirmando que não queria que achassem que ela é mentirosa (9:17), porque a avó estaria afirmando isso e dizendo que ela *"quer colocar no rabo do pai"* (9:23); afirma que Dona S.N. é ruim e vive num ciclo de ameaça e, ao mesmo tempo, proteção dos filhos; que ela sempre encobertou o que o réu V.N. fazia com S. e o que ele e o irmão, V., faziam com a sua sobrinha mais velha, V. (10:38); nesse ponto, fala da carta manuscrita por V. e entregue ao Juízo durante a audiência; questionado, então, pela acusação, sobre o seu conhecimento acerca das

cartinhas, explicou que deu a ideia para a sobrinha V. como alternativa à impossibilidade da menina falar em Juízo, já que não arrolada como testemunha (10:59); revela que V. queria falar sobre o pai e o tio *"igual à S."* (11:22); que, por isso, prometeu entregar a cartinha ao Promotor Marcos, dizendo que, de repente, "mais pra frente" fariam algo com ela; narra que saiu de casa para a audiência esquecendo da cartinha e segue contando (com sorriso nos lábios e expressão de carinho) que a menina veio correndo com a cartinha na mão e dizendo *"ó, tio, entrega lá pro policial pra mim?"* (11:51); prossegue, então, narrando que pegou a cartinha e entregou à S., no que é interrompido pelo Promotor mais uma vez, que solicita que seja retomado o relato a respeito da narrativa de S. sobre o abuso praticado pelo pai (12:02); de imediato, o depoente prossegue narrando detalhadamente o que e como S. Relatou; nesse ponto, oportuna a transcrição integral (12:16 – 21:20):

[...] "que ele chegou do serviço, a porta...eles mantinham a porta aberta, porque ele era um homem muito estúpido, então chagava quebrando tudo quando a porta da cozinha estava fechada, então ele não batia *'abre que eu cheguei'*, ele sempre já ia quebrando e chutando, então eles sempre, sempre mantiveram a porta aberta, que já sabiam que o pai ia chegar à noite, alterado; aí nesse dia ele chegou, entrou, foi direto no quarto dela e começou passar a mão na cabeça dela, coçar assim a cabecinha em forma de carinho, daí ela até disse assim, até com a mãozinha ela fez assim ó - *'tio, juro tio, que era a mãe que tava ali...que a mãe quando me chama ela faz assim, ela chama, aí ele baixou pertinho do meu ouvido e disse 'ó, é o pai...'*; e já estava chorando já, e aí [não compreendido] e eu já disse *'- Ó S. não precisa mais falar pro tio', - '...aí ele disse, 'Ó, é o pai...', daí já nesse instante ele pegou, mandou ficar bem quietinha e não falar nada, e abaixou minha roupa da parte debaixo, somente a parte debaixo, a parte cima ele não mexeu, só na parte debaixo, e ficou em pé na minha frente, abaixou o calção dele e ele tava cheirando mal da cachaça e cheirando mal do cigarro',* que ele fumava muito assim, né, - *'e veio pra cima de mim'* (13:39); daí eu perguntei pra ela, - *'mas*

tu sentiu muita dor assim', - 'foi a dor mais terrível que eu já senti, tio, porque, o tio lembra, o tio sabe assim quando a, se o tio pegar a faca e o tio quer enfiar, pra furar assim....senti muita dor, muita dor', que 'queimava, queimava, muita dor, e eu vou dizer uma coisa pro tio, só que ele não queria só pela frente, tio, ele queria mais por trás assim'; eu falei - *'mais por trás como, mais por trás?', - 'é,tio, daí ele me virava assim e queria por trás assim', - 'e por trás aconteceu, S.?', - 'aconteceu', - 'e aí tu viu que entrou?'* (14:28), - *'vi,tio, aconteceu, porque queimava e doía';* daí ela falou que o V. acordou nesse momento, quando ela pedia....O V. acordou porque ela pedia assim ó - *'sai daqui, sai daqui, cadê a mãe?*', daí ele dizia - *'cala a boca, que eu vou te mandar pro inferno, se tu acordar mais alguém vou te mandar para o inferno'*, e V. acordou com isso, com esse relato, assim, com esse barulhinho; daí eu falei - *'O, V...O que que tu pensou assim?', - 'ah, tio, eu pensava que era o pai e a mãe que tava ali'".*

Nesse ponto, é questionado pelo Promotor se confrontou as crianças sobre os fatos e o Sr. A.J.C. diz que sempre pediu para as crianças falarem só a verdade (15:15), pois essas revelações *"iriam muito longe"*. E retoma a narrativa:

[...] "- 'ah, tio, daí eu pensei que era a mãe e o pai', daí eu falei, - 'tá, mas como a mãe e o pai?', - 'ah, eu achei que era a mãe e o pai que tava ali assim...Nós tava dormindo, aí quando eu levantei minha cabeça foi que eu vi que era a S. e eu vi que ele falou que ia mandar a mãe para o inferno se a S. falasse mais alto, daí ficou bastante tempo, tio, e eu só com um olho aberto' (15:41), espiando, aí quando eu vi que ele ia levantar eu virei minha cabeça pro lado e fingi que tava dormindo, aí ele levantou, tio, pegou um colchão e foi dormir na sala do lado da mãe, a mãe dormia no sofá, aí ele deitou do lado da mãe nesse colchãozinho, aí eu lembro, tio, que a mãe acordou e a mãe falou 'aonde é que tu tava?', 'ah eu tava dormindo aqui', 'tu não tava dormindo aqui', 'tava, sim, sua louca' [...] daí tio amanheceu, eu acabei dormindo, amanheceu e a primeira coisa que eu fiz sem tomar café , sem tomar nada, 'ô, mãe, aconteceu isso, isso e isso com a S., o pai tava em cima da S. e fez uma monte de coisa com a

S. (15:23) e a S. pedindo pra sair', - 'não, ele não fez isso', a S. (mãe) falou , - 'teu pai não ia fazer isso, chama a S.'.

Prosseguiu, então, contando que S. inicialmente negou, com medo das ameaças do pai, mas logo começou a chorar, e acabou se abrindo (17:10); que, então, foi a Sra. S. que caiu no choro; que, na sequência, com a ajuda de outra tia, mulher de V. (irmão do réu) foram à Delegacia. Ressaltou, nesse ponto, que o motorista foi V., que estava assustado, porque também mexia na S. Destacou que Dona S. (avó e corré) foi também chamada para a Delegacia. Destacou, ademais, que soube que a "Escrivã" só em dar uma olhada na menina S. já mandou para o IML (18:43), por estava claramente inchado e vermelho. Afirmou que o tio V. abordou S. dizendo que a ajudaria e protegeria, mas que não era para ela contar nada com relação a ele. Prosseguiu narrando que, um tempo depois, S. e sua mãe entraram em contato com ele em razão do medo que estavam de seguir em casa. Afirmou que mandou a Polícia Militar lá, mas nada foi verificado. Que, em seguida, procurou a Delegacia da Mulher, onde recebeu a informação de que eles não poderiam retirar a mulher os filhos de casa, mas que a família poderia oferecer abrigo; que, então, ajudou a cunhada e as crianças a saírem da casa (só com a roupa do corpo e os documentos). E explicou que a família então foi para o abrigo de proteção, onde permaneceram por aproximadamente dois meses (21:20).

Nesse momento, o Sr. A.J.C. é questionado sobre a sua "dificuldade de ter filho biológicos", ao que ele confirmou, dizendo que o casal não pode ter. Perguntado se essa circunstância "de alguma forma" influenciou essa situação de acolhimento das crianças, o depoente tranquilamente respondeu que o casal sempre batalhou para ter filhos seus (22:08), mas por dificuldades financeiras não pôde fazer o tratamento médico necessário; acrescentou que sempre deu de tudo para os sobrinhos, quando tinha oportunidade. O Promotor, então, interrompe e insiste questionando se toda essa situação teria, de alguma forma, o influenciado a ponto de comprar uma história ou fantasiá-la para pegar as crianças

para ele (22:50), ao que respondeu que agiu movido pela preocupação com as crianças, com seu sofrimento, e também com a cunhada, Sra. S. (23:00), resumindo que foi por proteção à família, - "família acima de tudo" (24:30).

Iniciadas as perguntas pela defesa, esclareceu que, segundo o relato da menina S., V.N. primeiro tentou penetrar pela frente, logo depois de tirar as roupas dela e se colocar sobre seu corpo, e depois tentou por trás (25:11). Sobre as cartinhas, esclareceu que não entregou ele mesmo ao Juízo porque estava com dúvidas se efetivamente seria chamado e ouvido, dada a demora da audiência (25:50). Por fim, disse acreditar que se V. for solto, poderia haver um afastamento, mas acredita que sua esposa, dessa vez, vai lutar pelas crianças (27:00).

Nesse ponto, não deixo de consignar, ainda, o quanto me causou assombro o acolhimento pelo Juízo de uma versão defensiva que nunca veio aos autos, mas conduziu a segunda audiência, de que esse tio A.J.C. teria forjado as acusações contra o réu em razão de sua impossibilidade de ter filhos biológicos. Este homem e sua esposa acolheram uma família inteira em sua casa, a mãe grávida e mais cinco crianças. Em seguida, em razão de todo contexto conflituoso, viram-se obrigados a mudar de cidade por mais de uma vez. Considerando-se esses fatos, por si sós, beira o absurdo aceitar a hipótese que estas pessoas agiram movidos por outro propósito, senão o senso de humanidade. Recorde-se, ademais, que, à época da revelação do abuso e do primeiro registro policial, não havia situação de litígio familiar, nem mesmo entre os pais, que não estavam separados e não disputavam a guarda das crianças – a família (mãe e filhos) saiu de casa apenas quando da revelação do abuso pelo menino V. por temor à reação do réu, sendo abrigada pelo Estado.

Reputo importante acrescentar que, se fosse verdade que o **relato da vítima S. é fruto de mentira arquitetada ou de falsa memória produzida pela família interessada no afastamento do réu V., é**

certo que a narrativa não teria sido tão detalhada desde o início; é evidente que esses detalhes não teriam sido coesa e harmonicamente repetidos pelos diferentes personagens ao longo do tempo sem contradição; e é ainda mais indubitável que a criança não teria apresentado, nem sustentado por meses de acompanhamento profissional, sintomas de psicopatologias graves.

Passo aos interrogatórios.

A corré S.N., em seu interrogatório, negou que tivesse

conhecimento dos crimes sexuais imputados ao filho V.N.; negou que tenha presenciado abuso ou ouvido confissão da neta; relatou que acompanhou o registro da ocorrência, assim como o atendimento hospitalar de S.; confirmou, contudo, que jogou fora os remédios ministrados à S., pois estavam fazendo muito mal à menina; que, nos exames e no laudo, não constataram sinais de abuso; que acredita que é "tudo armação"; que, às vezes, ele batia nas crianças e na companheira, apenas quando os filhos aprontavam e a mulher provocava, mas nunca para machucar (00:00-8:18).

V.N., por sua vez, quando interrogado, negou todos os fatos descritos na denúncia, que é tudo mentira, que "queria muito saber" por que estão o acusando de praticar esses crimes, que a companheira é quem deve estar aprontando, provavelmente porque ele a xingou, assim como a sua irmã; que bebe muito, mas não apronta; que nunca bateu nas crianças; que na companheira deu apenas uns empurrões; que, "às vezes voava panela para todo lado" quando estava muito nervoso; que nunca "mexeu" com as meninas, nem com a S., nem com a mais velha V.; que acredita que os cunhados querem tirá-lo do caminho para ficarem com seus filhos; que tinha uma relação normal de pai e filha com S., sendo agressivo apenas quando necessário; que nunca praticou qualquer conduta de violência sexual; ficou nervoso quando questionado acerca das circunstâncias em que seu pai faleceu e da existência de processo

contra ele em razão de homicídio, e, apesar dos conselhos do defensor para responder com sinceridade, negou que tenha respondido processo e que o pai tenha sido morto; confirmou em seguida que seu irmão V. foi absolvido por legítima defesa (00:00-6:40).

Em cartas manuscritas, a vítima S. reitera ao Juiz seus medos (fls. 248-249), enquanto a irmã V.M. pede a manutenção da prisão do pai, além de revelar abuso sexual pelo tio, irmão do réu (fls. 250-251).

O Juízo requisitou a instauração de inquérito para apurar os fatos descritos nas cartas apresentadas pelas meninas e nos depoimentos de S. e de seu tio A.J.C. (fl. 253). Foram requisitados também os prontuários médicos de atendimento da vítima, a pedido do Ministério Público.

Em prosseguimento, é juntada a documentação médico-hospitalar da vítima S. (fls. 258-281), de onde se depreende, em síntese, que: a) S. foi atendida no Hospital Nossa Senhora das Graças, na cidade de Joinville, na data do registro do boletim de ocorrência que deu lugar à investigação que embasou a presente ação penal (fl. 259), oportunidade em que apresentou relato harmonioso com todas suas declarações, anteriores e posteriores (inclusive nos detalhes), acrescentando apenas o dado de que sofreu episódio diarréico logo após o abuso da noite anterior à revelação dos fatos pelo irmão; b) foram coletados exames e ministradas medicações conforme protocolo de abuso, sendo as orientações de uso dadas à avó (ré S.N.); c) no preenchimento do cadastro de notificação do SINAN (Sistema de Notificação de Agravos de Notificação), ligado ao Ministério da Saúde, o enfermeiro Ricardo Lommertz certifica o contágio de DST (fls. 267-268); d) foram negativos os resultados dos exames de sangue investigativos de DSTs (fls. 271-281).

Foi encerrada a instrução processual. Apresentadas as alegações finais, sobreveio a sentença absolutória ora em reexame.

Nesse ponto, reputo oportuno recordar que **prova** é a soma dos motivos geradores da certeza dos fatos, como afirma Mittermayer. Assim

sendo, *in casu*, somados todos os elementos apresentados acima de forma minuciosa, entendo que a prova dos autos é absolutamente suficiente para a condenação do réu, tamanha a sua robustez e confiabilidade, mesmo considerando o comprometimento de qualidade de algumas oitivas judiciais.

Frente a esse conjunto de elementos de convencimento, e reiterando todo o exposto no item anterior da presente decisão, voto pelo provimento do recurso do Ministério Público para se condenar o réu pelos crimes sexuais praticados contra a filha S.

Da Classificação Jurídica da Conduta

Na denúncia, o Ministério Público afirmou que V.N. *"em diversas oportunidades [...] a partir do ano de 2012"* praticou *"atos libidinosos diversos da conjunção carnal"* com sua filha S., *"tirando as suas vestes e fazendo carícias libidinosas na vagina e no ânus de S."* .

A partir disso, individualizou dois fatos: *"[...] Numa dessas oportunidades, aproveitando que a genitora da vítima não estava em casa, o denunciado levou a vítima até o banheiro da residência e mediante imposição de sua força física, lá praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistentes em passar a mão por todo o corpo da vítima e esfregar o pênis na vagina e nádegas da pequena. [...] Mas não foi só! No dia 24 de maio de 2014, durante a madrugada, na residência familiar, localizada no endereço acima indicado, o denunciado V.N., após ingerir grande quantidade de bebidas alcoólicas, se dirigiu até o quarto da vítima S. da S. N., e no intuito de satisfazer sua lascívia, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistente em passar a mão por todo o corpo da pequena vítima. [...] Ato seguido, enquanto segurava o pescoço da vítima, continuou a praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistentes em a passar a mão pelo corpo da criança, bem como esfregar o pênis na genitália da menor. Em seguida o denunciado V. manteve conjunção carnal com S., penetrando o seu pênis no ânus da menor."* (fl. 119-121).

A partir dessa descrição, a acusação enquadrou a conduta imputada na previsão do art. 217-A, por diversas vezes, combinado com o art. 226, inc. II, ambos do Código Penal.

Certo é que a prova confirmou os fatos descritos na denúncia, não havendo certeza apenas quanto à efetiva ocorrência de penetração anal, o que, contudo, não é relevante para a tipificação, pois não obsta, nem afasta a configuração do estupro de vulnerável.

A conduta do réu, assim, efetivamente se amolda ao tipo do estupro de vulnerável praticado por genitor. Resta caracterizada, ademais, a continuidade delitiva, tendo em vista a pluralidade de ações nas mesas condições de tempo, lugar e modo de execução, assim como o vínculo subjetivo entre as condutas criminosas. Embora impreciso o número exato de ocorrências, há certeza quanto à pluralidade no decorrer do tempo (desde os 9 até os 12 anos), além da descrição mais precisa de duas ocorrências. **Da Pena**

Passo à dosimetria da reprimenda.

O legislador previu, para o delito de estupro de vulnerável pena de reclusão de 8 a 15 anos (art. 217-A, CP).

Relativamente às circunstâncias do art. 59 do CP:

a **culpabilidade** (circunstância judicial que não se confunde com a culpabilidade normativa, elementar do tipo penal, e diz respeito ao grau de reprovabilidade da conduta praticada), *in casu*, mostrou-se normal ao tipo.

o réu não registra **antecedentes criminais.**

não existem elementos nos autos a respeito da **conduta social** e

da **personalidade do agente**, que permitam a valoração desses vetores de forma positiva ou negativa.

os **motivos** não extrapolam os limites do tipo penal.

quanto às **circunstâncias e consequências do crime,** verificou-se o que é ordinário ao tipo penal.

o **comportamento da vítima** em nada contribuiu para a

ocorrência do delito (não servindo este fato para a valoração negativa do vetor).

A partir desses exame, fixo a pena-base em 8 anos de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, não há agravantes e tampouco atenuantes a serem consideradas.

Passando à terceira fase, a pena deve ser aumentada de metade, porque o acusado é genitor da vítima, consoante previsão do art. 226, II, do CP, o que resulta em uma pena de 12 anos de reclusão.

Por fim, deve incidir a exasperação relativa à continuidade delitiva. Considerando que a prova judicial confirmou o abuso continuado por mais de dois anos, mas não logrou alcançar a descrição mais detalhada de mais que duas das diversas ocorrências, aplico a exasperação mínima, de 1/6, o que resulta em **pena definitiva de 14 anos de reclusão.**

O regime é o fechado, não apenas pelo caráter hediondo do delito, mas considerando também o tempo de reprimenda fixado, muito superior a 8 anos (art. 33, CP).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, condenando o réu V.N. como incurso nas sanções do art. 217-A, combinado com o art. 226, inc. II, na forma do art. 71, todos do Código Penal, à pena de 14 anos de reclusão.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0003337-84.2016.8.24.0036, de Jaraguá do Sul

Relator: Des. Sérgio Rizelo

APELAÇÃO CRIMINAL. TORTURA CONTRA CRIANÇA SEGUIDA DE MORTE (LEI 9.455/97, ART. 1º, INC. II, E SEUS §§ 3º E 4º, INC. II). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO.

1. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. DECLARAÇÕES DOS MÉDICOS, DOS GENITORES E DE TESTEMUNHA OCULAR. LAUDO CADAVÉRICO. 2. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL. INTENSO SOFRIMENTO FÍSICO. CASTIGO PESSOAL.

1. As declarações de uma testemunha ocular, de que, como forma de castigo pessoal (visto que a vítima, com apenas 10 meses, não parava de chorar), o acusado submeteu-a a intenso sofrimento físico, consistente em sacudi-la fortemente por diversas vezes, o que causou lesões em seu cérebro e resultou na sua morte, aliadas ao laudo cadavérico, atestando a *causa mortis* como traumatismo craniano, e aos depoimentos dos médicos que atenderam o infante e dos genitores deste, são provas suficientes da materialidade e da autoria do crime de tortura seguida de morte.

2. É inviável desclassificar o delito de tortura para o de lesão corporal se demonstrado que, ao sacudir violentamente a vítima para que ela não chorasse mais, a intenção do acusado era causar intenso sofrimento físico nela como forma de castigo pessoal.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0003337-84.2016.8.24.0036, da Comarca de Jaraguá do Sul (1ª Vara Criminal), em que é Apelante A. R. B. e Apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer 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 ao Acusado, caso isso ainda não tenha sido implementado. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 21 de março de 2017, foi presidido pela Excelentíssima Desembargadora Salete Silva Sommariva e dele participaram os Excelentíssimos Desembargadores Getúlio Corrêa e Volnei Celso Tomazini. Atuou pelo Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 22 de março de 2017.

Sérgio Rizelo
RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de Jaraguá do Sul, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra A. R. B., imputando-lhe a prática dos crimes previstos nos arts. 1º, inc. II e seu § 4º, inc. II, e 1º, inc. II e seus §§ 3º e 4º, inc. II, todos da Lei 9.455/97, na forma do 71 do Código Penal, nos seguintes termos:

> Consta do incluso Inquérito Policial que no período compreendido entre o início do ano até o dia 5 de maio de 2016, no interior da residência localizada na Rua Paraíba, s/nº, fundos, Vila Lenzi, nesta cidade e comarca, em datas e horários a serem esclarecidos durante a instrução criminal, o denunciado A. R. B., abusando de sua autoridade sobre a vítima H. L. P. da S.(nascido em 16.6.2015), submetia a pequena vítima a intenso sofrimento físico e mental, consistente em lhe dar violentos chacoalhões e lhe colocar de castigo em cantos daquela morada até que

> cansasse e adormecesse no chão, como forma de aplicar castigo pessoal e medida de caráter preventivo para que deixasse de ser "mimado", "manhoso", "parasse de chorar" e "deixasse de querer ficar o tempo todo no colo de sua genitora", expondo, dessa forma a vida do lactente a perigo ao abusar daqueles meios de correção e disciplina.
>
> Assim, no dia 5 de maio de 2016, por volta das 19h, naquela mesma residência, o denunciado A., abusando novamente da autoridade que exercia sobre a vítima H. (com 10 meses de idade na época dos fatos), submeteu a pequena vítima a intenso sofrimento físico e mental consistente em lhe dar violentos e sucessivos chacoalhões, como forma de aplicar castigo pessoal e medida de caráter preventivo para que deixasse de ser "mimado", "manhoso", "parasse de chorar" e "deixasse de querer ficar o tempo todo no colo de sua genitora", abusando daqueles meio de correção e disciplina, o que veio a causar na pequena vítima as lesões descritas no Exame Cadavérico de fls. 115 usque 132, que foram a causa eficiente e determinante de sua morte (fls. 1-2).

Concluída a instrução, a Doutora Juíza de Direito Anna Finke Suszek julgou parcialmente procedente a exordial acusatória e:

1) absolveu A. R. B. das imputações constantes no art. 1º, inc. II e seu § 4º, inc. II, da Lei 9.455/97 (fatos anteriores a 5.5.16), nos termos do art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal; e

2) condenou A. R. B. à pena de 9 anos 4 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, pelo cometimento do delito previsto no art. 1º, inc. II e seus §§ 3º e 4º, inc. II, da Lei 9.455/97 (fls. 486-517).

Insatisfeito, A. R. B. deflagra recurso de apelação.

Nas razões do inconformismo, postula a proclamação da sua absolvição, por ausência de prova da materialidade e da autoria delitivas.

Subsidiariamente, requer a desclassificação de sua conduta para a de lesão corporal (fls. 538-593).

O Ministério Público ofereceu contrarrazões pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (fls. 597-629).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Francisco Bissoli Filho, posicionou-se pelo conhecimento do recurso e por seu desprovimento (fls. 635-642).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

1. A pretensão absolutória, amparada na tese de insuficiência probatória, não comporta guarida.

Na hipótese, a materialidade é demonstrada com base no expresso no boletim de ocorrência das fls. 10-13; na certidão de óbito da fl. 15; no exame cadavérico das fls. 123-140, atestatório de que "a morte [da Vítima H. L. P. da S.] ocorreu em decorrência de causas externas, na qual destacamos o traumatismo cranioencefálico"; e na prova oral colhida durante a instrução.

A autoria, da mesma forma, está evidenciada no feito.

O Apelante A. R. B. negou a prática delitiva em ambas as etapas procedimentais.

Na fase administrativa, o Recorrente A. R. B. contou:

> em data de 05/05/2016, por volta das 15h, chegou em casa do trabalho e C., amiga de J., estava em sua casa; Que estavam na cozinha quando ele pediu que J. colocasse o H. um pouco no chão e ele começou a chorar, assim pegou H. no colo e o entregou de volta para J.; Que o interrogado nega ter empurrado com força H. nessa ocasião; Que o interrogado afirma que tomou café, tomou banho e saiu para comprar fralda para H.; Que, por volta das 17h, voltou da farmácia e ficou em casa; Que afirma que não houve qualquer discussão com J. ou com as crianças,

esclarecendo que Je. e seu filho K. R. B., de 9 anos, também estavam em casa; Que, por volta 19h, estava no quarto deitado na cama do casal com H. que estava brincando com Je. e com K., quando J. avisou que iria tomar banho; Que, o interrogado foi até a cozinha, pois ouviu J. dizer "desliga o arroz"; Que Je. saiu do quarto juntamente com o interrogado e foi até sala onde K. já estava; Que o interrogado ficou uns minutos na cozinha, Je. e K. estavam na sala, quando ele ouviu um grito de choro de H., o qual logo parou; Que o interrogado rapidamente foi até o quarto e encontrou H. caído no colchão, que fica ao lado da cama; Que H. estava com o rosto e o ventre virados para o colchão e as costas para cima; Que o interrogado pegou H. no colo e viu que ele estava com dificuldades de respirar, saindo um catarro pela boca; Que, achou que H. tinha se afogado; Que correu com H. até a porta do banheiro, quando J. já estava saindo e disse "o H. tá se passando"; Que J. e o interrogado tentaram desafogar H., dando tapinha nas costas dele e fazendo respiração boca a boca, mas não conseguiram; Que, assim, correram para fora da casa, para pedir ajuda e uma vizinha, que é enfermeira, apareceu e ajudou a prestar socorro até que o SAMU chegasse; Que o SAMU tentou reanimar H. por aproximadamente uma hora e meia e o levaram para o hospital, mas infelizmente H. veio a óbito; Que o interrogado afirma que Je. e K. também não viram H. cair, pois estavam na sala e, com o grito de H. foram para o quarto, chegando, imediatamente atrás o interrogado, tendo visto socorrer H.; [...] Que o interrogado nega ter asfixiado H., dizendo "eu jamais faria isso ele é meu filho"; Que o interrogado afirma que nunca agrediu H., nem J., nem Je. e K. (fls. 27-28).

Sob o crivo do contraditório, o Apelante A. R. B. repetiu:

nunca chacoalhou a criança; que nunca pegou essa criança com seu coração mal intencionado; que ama criança e tem filho de 09 anos que estava junto; que estava com o interrogado a J. e a filha dela; que tem uma testemunha que o acusa; que nesse dia chegou do serviço três horas da tarde, 14:40 mais ou menos e falou para J. que veio mais cedo do trabalho porque iria trabalhar no final de semana; que já estava trabalhando das 05 às 17 horas e essa mulher que falou que chacoalhou essa criança estava na casa; que pegou a tolha, jogou nas costas e foi tomar banho, só que ele gostava muito de brincar e ficava dando risada, então pegou ele no colo

de J. e ficou brincando com ele; que foi tomar banho e colocou no chão, pra ele brincar com uma sacola de brinquedo; que foi para o banheiro; que saiu do banheiro e a J. pegou ele, levou pro quarto de novo; que ele ficava brincando com uma cortina de bolinha e o interrogado saiu pra comprar fraldas; que era umas 16 horas e essa mulher estava em casa pediu uma carona, mas o interrogado estava de bicicleta; que foi até a farmácia e voltou; que passou na casa do seu primo e voltou pra casa; que era umas 17:30 e a testemunha já não estava mais lá; que nunca aconteceu a cena de ela ir no quarto e ver o interrogado chacoalhando a criança, porque nunca chacoalhou essa criança; que não estava no momento que ela foi no quarto buscar o celular; que estava sentado na ponta da mesa; que essa pessoa quer prejudicá-lo porque pegou a J. comendo cuscuz frito, porque não tinha nada pra comer, praticamente a J. passava fome, e essa C. jogava pra cima da J. pra o interrogado ficar com ela; que foi indo e consegui ficar com a J.; que a partir desse momento essa C. passou a desgostar do interrogado, até que um dia ela falou para o primo que a J. tinha sorte de ter um marido como o interrogado, trabalhador, que dava as coisas pra ela, porque depois que ficou com a J., a vida foi pra frente; que ela teria inveja; que no dia dos fatos voltou depois que tinha ido comprar frauda, e deitou na cama com o bebê e a J. foi tomar banho; que ela gritou: Je., desliga o arroz; que o interrogado levantou e foi na cozinha e desligou o fogão; que ficou na cozinha e escutou um choro, voltou para o quarto, não porque ele chorou, mas porque tinha no psicológico de voltar para o quarto; que encontrou ele desmaiado no colchão do chão, pegou ele no colo chacoalhou (fazendo movimento de embalo e assopro), porque assim que aprendeu em Minas Gerais, com seus familiares quando alguém desmaiava; que ele já estava desmaiado; que ele estava com a boca cheia de catarro, então chamou a J. e disse: seu filho está se passando; que entregou no braço e dela fez respiração boca a boca nele; que o bombeiro demorou uns 40 minutos pra chegar. Sobre achar que a criança era muito manhosa e ficava muito no colo, falou que o médico disse pra J. desmamar a criança e o interrogado disse que se ela ficasse com ele no colo nunca iria conseguir desmamar; que negou que tirava ele do colo quando estava chorando e colocava no chão; que negou que deixava ele no chão mesmo chorando até que dormisse; que brincava com ele; que a criança tinha medo do interrogado porque brincava com a J. de luta corporal, e as tábuas (assoalho) faziam barulho e a criança tinha

> medo; que a própria C. falava que ele era manhoso; que não tinha ciúmes de a J. ficar muito tempo com o bebê; que teve um desentendimento com o An. (pai da vítima); que a Cr. madrinha da criança, não gosta do interrogado porque ela era "afim" do interrogado; que tem um filho que mora com a mãe; que manteve uma união de 8 anos com a mãe dele; que morava com a J., a Je. e o H.; que sua relação com a Je. era boa; que ficou aproximadamente oito a dez minutos ausente do quarto; que a Je. e seu filho estavam no sofá com o interrogado; que foi com seu filho no quarto quando encontraram H.; que ele estava de bruços, desmaiado; que tentou reanimá-lo e estava com saliva na boca; que a J. já estava saindo do banho e a ressuscitação boca a boca foi no colo com a J. (retirado da sentença, fl. 489).

Essa versão, porém, está completamente isolada nos autos.

Nos primeiros atendimentos à criança, foi relatado aos médicos do SAMU e do Hospital Infantil de Jaraguá do Sul que o Recorrente se encontrava na cozinha enquanto a Vítima H. estava em sua cama. Todavia, após o Apelante retornar ao quarto do infante, percebeu-o caído num colchão que estava posicionado ao lado e sem conseguir respirar.

A Vítima foi socorrida pelo padrasto e pela genitora, mas, apesar dos valiosos esforços dos profissionais da saúde, faleceu. Até esse momento todos tratavam o caso como uma **mera fatalidade** *(*um "azar", nas palavras da pediatra Selma Oliveira Pereira Moraes).

Ocorre que, um dia depois, foi verificado, com base no laudo da tomografia computadorizada, que existiam manchas no cérebro da Vítima, sendo a situação mais grave do que aparentava.

Em razão disso, o médico perito Mauro César Grudtner efetuou exame cadavérico no corpo do infante e atestou que a causa de sua morte foi traumatismo craniano, acrescentando que tal fato é compatível com a "síndrome do bebê sacudido", e não com a queda narrada pela genitora da criança e pelo Recorrente.

Pela riqueza de sua descrição sobre o ocorrido, transcreve-se o depoimento do *expert* Mauro César Grudtner na audiência de instrução:

> conseguiu constatar a causa *mortis*; que a causa da morte foi traumatismo de crânio; *que o traumatismo, no seu entendimento, não é compatível com a queda da criança no colchão*; que é insuficiente uma queda, na altura que foi apresentado, sob uma superfície que aparentemente não era rígida, então isso para o depoente é uma energia insuficiente para provocar a quantidade de danos encontrada no corpo da criança; *que as lesões foram decorrentes de causa traumática, compatível com abuso físico, violência.* Confirmou a síndrome do bebê sacudido, que as alterações patológicas apresentadas, até as fotografias da necrópsia, a cores, acaba sendo mais visível, o que se justificaria no entendimento pericial, fecha muito com os achados descritos dentro da literatura médica, onde essas crianças, a exemplo dessa, *não vão ter marcas externas, e vão ter alterações a nível só de órgãos internos, a maioria das vezes, e que vão envolver especialmente o sistema nervoso central; [...] Confirmou que chacoalhar a criança com movimentos bruscos pode ocasionar esse tipo de lesão*, até o que se justifica é que nesse processo de descolamento do cérebro e do sistema nervoso da criança, ocorreriam situações inibitórias dos centros reguladores dos nossos batimentos cardíacos e da respiração que bloqueariam os impulsos para os movimentos respiratórios e circulatórios, com certa intensidade essas chacoalhadas, é a descrição formal do que a gente encontra na literatura a respeito de situações que levariam ao óbito, um efeito inibitório sobre as funções dos centros nervosos responsáveis pela respiração e circulação, batimentos cardíacos, que seriam inibidos [...] *que não poderia apontar de forma alguma outra causa morte, eximiram a cavidade craniana da criança, abriram o tórax, o abdômen, e não viram, como foi apresentado as fotografias, nenhum tipo de lesão, ainda que na pele, ou no músculo, assim como nos outros órgãos internos*; que tem experiência em necrópsia, pois já fizeram necrópsia em outras crianças que foram submetidas até a processo de reanimação por terem supostamente deglutido leite ou se asfixiado com alguma secreção, e nesse processo de reanimação por parte dos médicos, veem casos de sangramento dentro do pulmão, dentro do fígado, pela pressão exercida na tentativa de reanimação, quase sempre verificamos alguns achados internos, ao que a informação chegou, essa criança foi reanimado pelo SAMU que atendeu no local e posteriormente receberam relatos de que houve várias

outras paradas ocorridas na UTI e que foi submetida a massagem, mas isso não se traduziu em nenhuma lesão interna, atribuindo assim o fator maior, único, alteração anatômica morfológica, só viram no exame do escape, do crânio, dos ossos do crânio, *então não teria nenhum elemento que apontasse para outra causa que não primariamente ocorrendo ao nível de sistema nervoso central, incompatível com queda no colchão. Ao ser questionado se a síndrome da criança sacudida é uma hipótese no caso dos autos ou uma afirmação de que o traumatismo decorreu, com 100% de segurança, de chacoalhões sucessivos ao longo de horas, disse que no contexto, atribui, pelos elementos encontrados na criança, não teria dúvida diagnóstica, de apontar a causa que justificaria todos os achados que relatou no seu exame de alterações do crânio da criança, então está convencido do seu diagnóstico fornecido como médico perito; que a síndrome da criança sacudida engloba alterações morfológicas e anatômicas que poderiam ocorrer em vários órgãos sem muito achados ao exame externo, não afirma, por exemplo, que a morte foi decorrente de uma lesão por queda na cama, porque um trauma direto costuma provocar lesões externas, do tipo escoriação, ou um corte, quando há impacto direto para uma superfície do crânio, então as alterações apresentadas não permitem, de modo algum, deixar de afirmar que trata-se de morte por sacudidura, que é um termo mais genérico utilizado na literatura. Ao ser questionado se na criança, poderia afirmar com certeza se ela foi sacudida por alguém, disse que poderia até dizer que essa criança poderia ter sido arremessada, ou batida perante a cama, ou colchão, quando fala da síndrome da sacudidura, se deve mais às alterações morfológicas encontradas, mas é o que apontaria com as hemorragias encontradas, teria que haver deslocamento, movimento angular da cabeça desta criança para apresentar ou justificar as lesões encontradas, numa situação desta, ou a criança foi sacudida, ou rodopiada violentamente, ou de forma brusca girada no ar, esse termo sacudida é o termo utilizado na literatura; que acredita que essa criança, com as marcas na pele encontrada, ela teve essa cabeça segurada e foi chacoalhada, essa é sua convicção pessoal; que não descarta que houve uma queda da cama, mas a queda da cama seria insuficiente para produzir as alterações encontradas, pelo tamanho, pelas informações colhidas de altura, porque é algo muito comum das crianças terem queda, tenho filhos, filhos de colegas, que tiveram queda de balanço, tudo mais, mas nunca produziu achados que considerou grave a ponto de afirmar categoricamente que a causa foi traumática e não por um processo de qualquer outra doença;* [...] mesmo que tenha hoje, que é muito comum, questões relacionadas a bronquiolite, jamais poderia produzir os achados encontrados no exame do crânio e do cérebro nas hemorragias subdurais encontradas nessa criança, não cabe dentro dos critérios diagnósticos

> apresentados de bronquiolite, ter lesões no crânio da criança, quanto a isso seguramente não é o que levou ao desfecho da criança ao óbito. [...] *que há dois hematomas subdurais encontrados, na parte da frente, na parte de trás, lesões no couro cabeludo na frente e atrás, força, essa possibilidade de ter sido agarrada na cabeça e chacoalhada, é a explicação mais plausível e aproximável do que pode imaginar de um evento que não foi observado* (retirado da sentença, fls. 504-506).

Os outros médicos que cuidaram da Vítima também apontaram que as lesões encontradas no cérebro dela indicam que ela foi fortemente sacudida.

Kaumer Muliterno de Andrade, intensivista do SAMU que realizou o primeiro atendimento ainda na residência da Vítima, narrou para a Magistrada de Primeiro Grau:

> na viatura fez uma busca completa no menor, tentando achar a causa da parada cardiorrespiratória, fez o exame que chamam de abordagem secundária, detalhada de cabeça aos pés, e não encontrou nenhum sinal de maus-tratos, porque sempre busca, já que os índices são grandes, foi a primeira coisa que veio a mente, porque faz uma história acolhida, se o menor tem alguma epilepsia, crise compulsiva, se sofreu alguma gripe recente, teve algum trauma, febre, usa alguma medicação, e as informações colhidas da família e dos pais é que não, a criança não tomava medicamento, com peso ideal, e *acharam muito estranho, e a mãe relatando no primeiro momento que houve esse trauma, queda da cama, mas que ela tinha colocado um colchão e quando foi na cozinha buscar acha que leite, a criança rolou da cama e caiu sobre o colchão; que achou estranho devido a altura ser baixa e o colchão não ia causar esse traumatismo cranioencefálico que levasse a criança a essa parada*, e começou a indagar, e não tinha vestígios de asfixia, maus-tratos, de queimadura; que a mãe estava acompanhando na ambulância, mas na verdade no primeiro momento quando estavam fazendo os procedimentos de monitorização e estabilização, pediu que a mãe se aproximasse e começou a coletar informações e *acharam estranho pela criança não ter doença preexiste, apenas pelo fato de cair da cama sobre um colchão não ia causar essa parada cardiorrespiratório, um trauma desse porte, cranioencefálico grave, para causar uma parada,* e ela insistia nisso; que pediu para ela se retirar e chamou o padrasto, indagou ele e

houve um conflito de informações; que ele saiu com a história de que antes da queda ela se engasgou com leite, ou seja, broncoaspirou o leite, o que não era verídico porque examinou a criança para entubar e não tinha vestígios de alimentos sólidos ou líquidos na cavidade oral e na faringe, e também *não havia sinais de asfixia*, o que preocupava porque a parada dela era grave e sabia que podia causar sequelas irreversíveis para o menor [...] que a tomografia mostrou micro hemorragias cerebrais, *que a autópsia, um perito vai explicar melhor, condizente com a síndrome da criança sacudida; que na criança nessa idade, se você chacoalhar, sacudir, levantar bruscamente, jogar ao ar bruscamente, ou qualquer puxão bruscamente, há um efeito chicote dentro do cérebro que isso pode causar micro hemorragias cerebrais e levar uma criança a uma parada cardiorrespiratória devido a essas lesões; que ficou muito claro que quando você pega uma criança e começa a traumatizá-la de uma maneira constante e frequente, você pode causar essas micro hemorragias cerebrais; que há uma síndrome, da criança sacudida, que exemplifica e explica bem essa questão, então jamais se pode fazer uma criança lactante, menor ou maior, dessa idade, sacudidas bruscas ou chacoalhões bruscos*; que os vizinhos estavam comentando, inclusive, que havia denúncias por parte dos vizinhos à polícia militar, de abusos e maus-tratos nos filhos, então já era recorrente, não era a primeira vez, então os vizinhos levantaram essa hipótese e a polícia tomou as providencias cabíveis; que nos exames e imagem radiológica e tomografia não foi constatado lesão medular, a princípio não foi levantado essa hipótese; *que foi identificada as micro hemorragias cerebrais, compatíveis com os chacoalhões e sacudidas bruscamente; que não havia marcas, cicatrizes, equimoses, nada no tórax que levasse a crer em asfixia ou afogamento;* que o exame toxicológico foi realizado e não encontrou-se vestígios de envenenamento; que é difícil especificar se os focos hemorrágicos identificados na tomografia são naquele dia; que a micro hemorragia pode gerar parada cardiorrespiratória posteriormente, horas ou alguns dias; que podem ocorrer com um único movimento brusco; que durante a hora que ficaram lá na residência ninguém fez acusações. *Confirmou que o estado de ânimo do padrasto e da mãe era incompatível com a gravidade; que ficaram abismados com a situação, pela gravidade do fato, e que ambos não estavam esboçando nenhuma reação de pavor, de desespero,* mas claro que há possibilidade de estarem em choque, principalmente a mãe; que pela experiência em casos semelhantes o comportamento é atípico; [...] que no momento do acontecido os vizinhos já falavam entre eles e no hospital dessa questão de denúncias e maus-tratos; que eles escutavam

> choros, gemidos, gritos e muitas vezes de repente a criança parava de chorar; que houve essa conversa dos vizinhos que não era a primeira vez que isso acontecia e que já havia sido denunciado à polícia militar e não só do pequeno, que não era filho biológico do padrasto; que o choro que as pessoas mencionavam era do pequeno; que os demais filhos eram maiores. *Confirmou que relatou a probabilidade de que a parada cardiorrespiratória pode ser decorrente das lesões cerebrais, que podem ser decorrente dos chacoalhões; que esse quadro é compatível;* [...] Confirmou que se jogar uma criança para o alto brincando pode causar a síndrome; que uma criança dessa idade fica marcas mais fácil do que em adultos; que nos tipos de chacoalhões não precisaria, necessariamente, uma "pegada" mais forte, porque poderia pegar pelo tórax ou abdômen, e não só pelos braços. *Questionado se é provável, teria possibilidade, de a criança ter caído no colchão e ter se asfixiado, respondeu que seria muito difícil e raro de acontecer, porque ela não morreu de asfixia, ela morreu de uma parada cardiorrespiratória devido a um trauma hemorrágico cerebral que causou a parada, e acredita que na autópsia não foi levantado nada de asfixia.* Confirmou que mesmo tirando a suspeita, no atendimento, havia a possibilidade de acontecer, e de em uma eventual brincadeira ter acontecido essa situação (retirado da sentença, fls. 497-499).

Colhe-se do depoimento da pediatra Selma Oliveira Pereira Morais, sob o crivo do contraditório:

> a causa da morte ficou para a depoente, do jeito que ela chegou, ficou como parada cardiorrespiratória não identificada; que quando desceu chegaram dois policiais que tinham recebido uma denúncia da vizinhança que essa criança sofria de maus-tratos e que essa criança estava chorando e parou de chorar e viram chegando o SAMU; que eles perguntaram se tinha marcas mas não viram nada; que comentaram que seria muito azar da criança cair da cama em cima de um colchão e fazer essa parada, teria que fraturar medula, bulbo, fraturar pescoço, para acontecer isso; aparentemente não tinha nenhuma lesão; que a possibilidade da síndrome do bebe chacoalhado apareceu depois do resultado da tomografia, onde apareceram as micro hemorragias cerebrais, porque não acharam área avermelhada de hematoma roxo, onde a criança pudesse ter batido, e não acharam nada; que depois que saiu o resultado da tomo, que saiu no outro

> dia, que levantou-se essa hipótese [...] Confirmou que não tinha obstrução das vias aéreas; que ela já chegou entubada e a saturação de oxigênio estava em 100% e se ela estava oxigenando bem, devido a intubação e ventilação, provavelmente não teria nada que pudesse obstruir; que não cogitaram diagnóstico de doença respiratória; que a bronquiolite aguda a criança teria que ter outras causas, febre, resfriado, mas na hora dizer que era bronquiolite não; que o profissional qualificado para diagnosticar causa morte seria o médico legista, apoiado em todos os dados coletados durante o atendimento da criança por profissional, e principalmente pelo atendimento do médico do SAMU que fez o primeiro atendimento (retirado da sentença, fls. 500-501).

O médico intensivista do Hospital Infantil, Airton Slaviero, asseverou, em Juízo:

> não dá para precisar o que originou o fato, não havia sinal físico, veio com a informação da casa e o médico do SAMU trouxe e dizendo que ela foi encontrada em casa parada e ela chegou com o coração batendo mas praticamente em morte cerebral; que na parte externa não possuía sinais de agressão, esses sinais apareceram na tomografia, alguns focos que podia ser hemorragia mas não tinha o laudo; que pensaram em toda a possibilidade, uma criança que caiu em um colchão para fazer uma parada teria que ter lesão cerebral ou crise; que não foi relatado essa situação de crise e afogamento com leite; puramente cair e parar difícil, só se tivesse uma hemorragia significativa intracraniana para parar; [...] que a síndrome do bebê sacudido pode ter desde uma lesão mínima a hematoma subdural, então não dá para afastar, qualquer que seja a lesão na cabeça pode ser sim; que no primeiro depoimento disse que talvez não fosse o motivo de morrer subitamente; que as lesões que ela apresentou na tomografia, provavelmente, se a criança morreu decorrente daquilo, ela teve um sofrimento anterior que não foi assistida e foi até parar; que por si só aquele chacoalhão, aquela sacudida, fazer aquela lesão parar na hora, achou que em um primeiro momento poderia ser difícil ter uma parada cardíaca, mas se teve algum sofrimento, poderia estar com hematosa e não foi assistida, então poderia. Perguntado sobre ter dito não acreditar que as lesões encontradas na tomografia ocorrem de evento único, disse que não necessariamente nesse sentido, achou que uma lesão

> cerebral poderia ter sim, porque a tomografia demonstrou pequenos focos hemorrágicos, mas em um primeiro momento não poderia atribuir isso ao fazer com que isso gerasse uma parada cardíaca súbita, mas foi nesse sentido. Sobre ter sofrido algum dano antes e não ter sido tratado, o antes refere-se à questão de horas, a criança não sendo assistida, entrando em coma, ela evoluiria mal, mas se fosse subitamente achou em um primeiro momento que as lesões não pudessem gerar uma parada; [...] que tinha focos de hemorragias discretas e na área do centro respiratória não viram agravo e não tinha lesão cirúrgica que estivesse fazendo um comprometimento grande que pudesse gerar uma parada cardíaca; [...] que essas hemorragias podem ser compatíveis com a síndrome do bebê sacudido; que várias situações podem gerar focos de hemorragia; que a síndrome do bebê sacudido é literal, ser sacudido, pode ser tanto em uma brincadeira quando intencional; que não necessariamente pode afirmar que é uma pessoa maltratando outra, pode ter brincadeiras que podem gerar o bebê sacudido (retirado da sentença, fl. 503).

Não há dúvida, portanto, de que a Vítima H. faleceu em decorrência de traumatismo craniano (o exame cadavérico das fls. 123-140, aliás, é muito claro nesse sentido), devendo ser completamente descartada qualquer outra doença respiratória, a exemplo da bronquiolite aguda, tão mencionada pela Defesa durante o processo.

Ademais, como se viu, todos os médicos ouvidos em Juízo afirmaram que a história contada pelo Recorrente, de que a criança teria caído da cama e aterrissado num colchão, é incompatível com o dano sofrido pela criança.

A única hipótese apontada por eles é a "síndrome do bebê sacudido", a qual se caracteriza "por lesões do sistema nervoso central e hemorragias oculares em crianças abaixo de três anos de idade, provocadas por chacoalhamento, que não precisa ser prolongado. Pode ser bastante breve e ocorrer apenas uma ou repetidas vezes durante vários dias, semanas ou meses" (CARDOSO, Antônio Carlos A. et al. Recomendações para o atendimento de crianças e adolescentes vítimas

de violência física (maus-tratos). *Pediatria Moderna*, v. 39, n. 9, p. 63-72, 2003).

Nesse caso, destaca-se o depoimento de C. B. de A., a qual, repetindo o que disse na fase administrativa, declarou, para a Magistrada de Primeiro Grau, ter visto o Apelante chacoalhando a Vítima e a jogando na cama, durante à tarde, no dia de seu óbito:

> negou ter inimizade com o A.; que conversavam normal; que tomou conhecimento depois que ele foi levado para o Hospital; que na hora estava em casa; que a vizinha onde a J. morava veio contar que ele tinha sido levado para o hospital com falta de ar e só mais tarde vieram avisar que ele tinha falecido; que falaram que ele tinha caído da cama e espumando pela boca e chamaram os bombeiros e levaram para o hospital; que depois dos fatos conversou com a J. e o A., porque ele a procurou porque ficou sabendo que a depoente ia testemunhar, e disse para ele que não deu seu nome na delegacia, quem deu foi o An., pai do menino, e ele pediu porque e a depoente disse que foi porque falaram que ela estava lá a tarde; que ele (A.) chegou do serviço e o neném estava no colo da J. dançando; que ele falou que não era para a J. estar toda a hora com ele na carcunda; que na cidade dele eles falam assim; que ele tirou o neném do colo da J. e colocou no chão; que o neném ficou chorando, chorando, chorando, e depois ele foi para o quarto com o menino; que o celular da depoente estava carregando no quarto da J.; *que sentou na cama para olhar o celular e ele sacudiu o H.; que disse para o A. não fazer isso com o menino porque ele não ia entender; que ele disse "ele não pára de chorar"; que ele sacudiu várias vezes o H. (demonstrou com a bolsa como ele sacudia); que ele dizia "pára de chorar, pára de chorar"; que ele jogou o neném na cama;* que ele ficou de bruços, a depoente fez carinho nele e ele dormiu; que depois o que aconteceu não sabe por que foi pra casa; *que ele sacudiu bastante*; que nunca presenciou ele batendo no H., nem beliscando; que ele não tinha hematomas nenhum que dissesse que o A. estava judiando dele; que ele simplesmente colocava no chão para o neném não ficar no colo; que a J. pegava o neném no colo de volta e ele não gostava que ela ficasse o tempo todo com o neném no colo, talvez porque ele queria a atenção só pra ele, e ela dava mais atenção para o neném. Confirmou que ele colocava o H. no chão e deixava até dormir; que ele colocava o neném na

cama a hora que ele começava a cochilar; que isso aconteceu várias vezes; que quando ele estava só com a J. não se escutava ele chorar, mas quando o A. chegava era aquela coisa, ele não podia estar no colo, se ele descesse da cama ele não deixava, colocava de volta, ele não deixava a J. ficar com o neném; que ele dizia que ele era muito manhoso e não era para ficar só no colo; *que dois a três dias depois a depoente estava na casa da Cr., na casa onde a J. morava antes, estavam no quarto e ele (A.) chegou e sentou na beirada da cama e perguntou por que a depoente iria testemunhar contra ele e disse para ele "você se lembra a hora que foi no quarto olhar o celular, que estava carregando, e você pegou o H. e sacudiu ele?" e ele disse: "sim, eu sacudi, mas eu não sacudi com intensão de machucar ele, só para ele parar de chorar"*; que a Cr. que testemunhou isso não quer testemunhar; que a Cr. perguntou por que a depoente não gravou; que a Cr. disse que tem medo e não iria testemunhar; *que ele falou que uma hora ele (H.) ia entender que tinha que parar de chorar, não só estar no colo*; que disse para ele que é uma criança, ele não ia saber que tinha que parar de chorar; que sobre o guarda-roupas, quem contou foi a filha da Cr., ela disse que tinha um vídeo mostrando o H. atrás do guarda-roupas chorando muito, de castigo, e quando perguntaram ele disse que tinha apagado, talvez por medo; que a J. saiu da Cr. porque o A. ofereceu pagar aluguel, comida, água, luz, tudo, e lá ela morava de favor; que nunca presenciou nenhuma agressão, só o chacoalhado *no dia; que ele disse para a depoente e para a Cr. que foi só a intenção de fazer ele parar de chorar;* que não foi pressionada a prestar depoimento; que os parentes dele estão falando que a depoente é a culpada por ele estar preso; *que presenciou um chacoalhão*; que a J. estava na cozinha fazendo café para o A.; que não contou para ela e falou que foi no quarto e o A. colocou ele na cama para dormir; que ela pediu se ele já estava dormindo e disse que sim, não contou para ela, por medo porque o A. estava ali; *que soube da causa da morte bem depois que saiu o laudo, por boatos, na rede do facebook, que foi traumatismo craniano; que no dia que deu depoimento na delegacia não tinha conhecimento da causa da morte; que ele disse que a intenção ao chacoalhar era para parar de chorar; que disse "A. não faz assim com a criança, porque ele não vai entender que tem que parar de chorar", mas ele continuou chacoalhando e jogou ele na cama, e ali ele ficou de bruços; que não alertou que poderia machucar, falou para parar de fazer isso porque ele não ia entender que tinha que parar de chorar e ele jogou a criança na cama, ele escutou que não era mais para chacoalhar o neném, e ele jogou na cama, não jogou de uma altura que era para machucar, jogou como se fosse um travesseiro*, ele ficou de bruços, a depoente

> fez carinho no neném e ele dormiu, depois não viu mais nada porque foi pra casa, quando estava indo pra casa o A. saiu de bicicleta, não sabe se foi na farmácia comprar fralda (retirado da sentença, fls. 494-495).

J. P. da S., genitora da Vítima, embora tenha dito que nunca viu o Apelante maltratar a criança, afirmou que esta tinha medo do padrasto, não sabendo por qual motivo. Asseverou, também, que o Recorrente, constantemente, a repreendia por, supostamente, "mimar" muito a Vítima (audiovisual da fl. 366).

L. de F. de J., tia da Vítima, aludiu que a relação entre o bebê e o Apelante não era boa e que a criança tinha muito medo deste. Agregou que a Vítima mudava completamente de comportamento após a chegada do Recorrente em casa. Aduziu ouvir falar, assim como seu marido, que o Apelante agredia o infante com chacoalhões e castigos atrás do guarda-roupa, motivo de terem solicitado a J. que se mudasse para uma residência próxima a deles (audiovisual da fl. 366).

An. L. da S., pai biológico da Vítima, narrou, em Juízo, que, apesar de nunca ter presenciado, ouviu, de outras pessoas, que o Recorrente "judiava" de H. (audiovisual da fl. 421).

De um lado há os médicos afirmando que a causa da morte da Vítima foi traumatismo craniano decorrente de sacudidas e, de outro, uma testemunha ocular (C. B. de A.) relatando que, na tarde em que H. faleceu, visualizou o Apelante chacoalhá-lo e jogá-lo na cama, a fim de que parasse de chorar, causando-lhe intenso sofrimento físico.

Outros informantes contaram ter ouvido dizer que o Recorrente maltratava a Vítima e que ela tinha muito medo dele, tanto que mudava seu modo de agir quando estavam juntos, o que corrobora as palavras de C. B. de A.

Diga-se que o comportamento violento do Apelante não é inédito, pois em seu desfavor foram feitos cinco boletins de ocorrência, por ameaça contra uma vizinha e o filho dela (fls. 384-385), contra outro sujeito (fls. 386-387) e sua ex-companheira (fls. 388-393), um dos quais originou a ação penal 0008471-97.2013.8.24.0036, na qual A. R. B. foi condenado, em Primeiro Grau, por ter desferido um soco contra o rosto da última (há recurso pendente de julgamento).

Logo, está demonstrado que, como forma de castigo pessoal, visto que a Vítima H. L. P. da S., de apenas 10 meses, não parava de chorar, o Recorrente A. R. B. submeteu-a a intenso sofrimento físico, consistente em sacudi-la fortemente, por diversas vezes, o que causou lesões em seu cérebro e resultou na sua morte.

Apenas como reforço, é importante ressaltar que a conduta do Apelante não se adequa ao delito de homicídio em razão de ter sido comprovado que a morte da Vítima foi causada de forma culposa pelo agente, tratando-se de crime preterdoloso.

Sobre o assunto, Victor Eduardo Rios Gonçalves e José Paulo Baltazar Júnior lecionam:

> Essas figuras qualificadas são exclusivamente preterdolosas, ou seja, configuram-se somente quando existe dolo de torturar e culpa em relação ao resultado agravador (lesão grave ou morte).
>
> Quanto à qualificadora de morte, é muito importante estabelecer a correta distinção em relação ao crime de homicídio qualificado pela tortura, previsto no art. 121, § 2º, III, do Código Penal, cuja pena é de reclusão, de doze a trinta anos, ou seja, superior à da tortura qualificada pela morte.
>
> No crime de homicídio, o agente quer a morte da vítima ou assume o risco de produzi-la; vale dizer, existe dolo em relação ao resultado morte, e o meio escolhido para concretizar seu intento é a tortura. Esta, portanto, é a causa direta e eficiente da morte visada pelo agente. Já

> no crime de tortura da lei especial, o sofrimento que o agente impõe à vítima tem por finalidade uma das circunstâncias mencionadas na lei (obter informação, declaração ou confissão de alguém; provocar ação ou omissão criminosa; praticar discriminação racial ou religiosa; impor castigo ou medida preventiva). Acontece que, por excessos na execução do crime, o agente acaba causando culposamente a morte da vítima. É justamente por isso que se pode afirmar que a figura do crime de tortura qualificada pela morte (art. 1º, § 3º, da Lei n. 9.455/97) é exclusivamente preterdolosa (*Legislação penal especial esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 172-173).

Portanto, deve ser mantida sua condenação pela prática do crime de tortura seguida de morte (Lei 9.455/97, art. 1º, inc. II e seu § 3º).

2. O Apelante ainda requereu "que seja o delito aplicado na forma do artigo 129, parágrafos 6º e 8º, na forma tentada, 'crime preterdoloso', pois nunca quis o resultado morte" (fl. 593).

É preciso admitir que há certa dificuldade em se compreender qual é efetivamente o pedido do Recorrente.

De qualquer maneira, não há como imputar ao Apelante a prática do delito de lesão corporal culposa, tentada ou não, pois a Vítima faleceu em decorrência dos atos do agente, o que é completamente incompatível com o referido tipo penal.

Além disso, ainda que o Recorrente, quando menciona "crime preterdoloso", pretendesse se referir à infração de lesão corporal seguida de morte (CP, art. 129, § 3º), percebe-se, a partir dos depoimentos transcritos no tópico anterior, que sua intenção era causar intenso sofrimento físico na Vítima, como forma de castigo pessoal.

Como bem ressaltado pela Magistrada de Primeiro Grau, "para que não se tenha dúvidas sobre a intenção do acusado em impingir sofrimento desnecessário ao enteado, cabe lembrar que foi o mesmo advertido pela testemunha C., que o viu sacudindo a vítima, o que não o impediu de prosseguir com a violência, inclusive arremessando o bebê na cama, ainda na presença da testemunha" (fl. 514).

Logo, não há se falar em desclassificação do crime de tortura seguida de morte (Lei 9.455/97, art. 1º, inc. II, e seu § 3º) para aqueles pretendidos pelo Apelante.

Por fim, inexiste reparo a ser feito na dosimetria da pena, uma vez que foi fixada no mínimo legal nas duas primeiras fases (8 anos de reclusão), e elevada em 1/6 na última, em razão da majorante do art. 1º, § 4º, inc. II, da Lei 9.455/97 (crime cometido contra criança), totalizando 9 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, nos termos especificados no art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal.

Considerando o *quantum* arbitrado, é inviável a substituição da corporal por restritivas de direitos (CP, art. 44, inc. I) e a concessão de *sursis* (CP, art. 77, *caput*).

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento 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 ao Acusado, caso isso ainda não tenha sido implementado, nos termos da orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal (ARExtra 964246, 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 do Acusado A. R. B. deve ser incluído, com fulcro no art. 1º, inc. I, "e", 7, da Lei Complementar 64/90, no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI).

Habeas Corpus (criminal) n. 4011044-12.2017.8.24.0000, da Capital
Relatora: Desembargadora Substituta Hildemar Meneguzzi de Carvalho

> HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I, III E IV, DO CP). PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME MOTIVADO POR DISPUTA DE TERRITÓRIO ENVOLVENDO TRÁFICO DE DROGAS E FACÇÕES CRIMINOSAS RIVAIS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO INVESTIGADO. PRISÃO PREVENTIVA NECESSÁRIA PARA GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. PRIMARIEDADE DO AGENTE QUE NÃO IMPEDE A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. *WRIT* CONHECIDO. ORDEM DENEGADA.
>
> *"[...] o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que não há constrangimento ilegal quando a prisão preventiva é decretada em razão da gravidade concreta da conduta delituosa, evidenciada pelo modus operandi com que o crime teria sido praticado. [...]".* (STJ, RHC 73.616/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 08/05/2017).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus (criminal) n. 4011044-12.2017.8.24.0000, da comarca da Capital Vara do Tribunal do Júri em que é Impetrante E.H.V. de S. e Paciente D.R.

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, denegar a ordem.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Salete Silva Sommariva, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Sérgio Rizelo.

Funcionou como representante do Ministério Público, o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Norival Acácio Engel.

Florianópolis, 6 de junho de 2017.

Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por E.H.V. de S., em favor de D.R., preso preventivamente em 6 de abril de 2017 (fl. 129) e denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 121, § 2º, I, III e IV, do CP, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara do Tribunal do Júri da Capital.

Nas razões do *writ*, o impetrante afirmou, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal e que não estão presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar. Aduziu que não há indícios suficientes de autoria. Postulou pela concessão da ordem e instruiu o pedido com cópia dos autos.

A liminar restou indeferida e o Relator dispensou as informações da autoridade coatora (fls. 174-178).

Em seguida, lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota, o qual opinou pela denegação da ordem (fls. 182-186).

Este é o relatório.

VOTO

A ordem é de ser denegada.

Trata-se de pedido de revogação da prisão preventiva do paciente

ou de sua substituição por medidas cautelares, sob a alegação de ausência dos requisitos do art. 312 do CPP.

Ab initio, extrai-se da decisão que decretou a prisão preventiva a clara exposição dos motivos que levaram o Magistrado a proferi-la:

> [...]. A comprovação material dos delitos é feita pelo boletim de ocorrência de p. 4-5; termo de apreensão de p. 21; e laudo pericial cadavérico de p. 24-29, o qual atesta que a vítima F. M. veio a óbito por traumatismo torácico-abdominal, em decorrência do emprego de energia de ordem mecânica, por instrumento pérfuro contundente.
>
> Ademais, os indícios de autoria estão presentes na declaração da testemunha presencial A.B.R., a qual visualizou um indivíduo atirando contra a vítima pelas costas, cujas características são semelhantes com as do ora réu, D. R., vulgo "Lobo" (p. 41-42). Tais alegações restaram corroboradas pelos demais depoimentos dos autos, inclusive pelas declarações de p. 31-32 prestadas pela ex-cunhada do ora réu. [...].
>
> À segregação preventiva é necessária a existência de elementos da materialidade e indícios da autoria de crime punido com reclusão (artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal).
>
> Trata-se aqui de delito de homicídio triplamente qualificado, punível com reclusão acima de 4 anos, além do ilícito de integrar organização criminosa.
>
> A comprovação material do crime e os indícios de autoria já restaram devidamente expostos no item anterior, quando da análise do recebimento da denúncia. A título de complementação, registra-se que a vítima F. M. se encontrava em uma festa na região da "Favela do Siri", momento em que foi atingido por disparos de arma de fogo pelas costas, desferido por um indivíduo vestido de preto, com blusa amarrada no rosto, o qual se evadiu em direção às dunas.
>
> A motivação do delito seria uma desavença sobre o comércio ilícito de entorpecentes na região. Os relatos das testemunhas apontam, inclusive, que a vítima já havia sido ameaçada pelo ora réu, D. R.

> Também exige a prisão alguns dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. No caso vertente, vejo a necessidade, em principal, de garantir a ordem pública. É que evidente a periculosidade do acusado que, segundo a autoridade policial, ostenta passagens policiais pelos delitos de dano, adulteração de sinal identificador de veículo automotor, lesão, ameaça e tráfico de drogas. Atualmente se encontra em local incerto tendo contra si mandado de prisão em aberto pelos delitos de tráfico e associação para o tráfico de drogas. (p. 66). [...]. (fls. 119-122).

Em respeito ao que determina o art. 312 do CPP, a prova da materialidade e os indícios da autoria encontram-se demonstrados nos documentos que acompanham o *Habeas Corpus*, em especial no boletim de ocorrência (fls. 39-40), termo de exibição e apreensão (fl. 56), laudo pericial cadavérico (fls. 59-64), termo de declaração (fls. 66-67), termos de depoimento (fls. 68-69, 71-73 e 76-79) e laudo pericial (fls. 88-90 e 92-93).

Registra-se que as testemunhas ouvidas no inquérito policial foram uníssonas, no sentido de que o homicídio foi motivado por disputas de facções criminosas relacionadas ao território de traficância de entorpecentes.

Observa-se trecho do depoimento de C. M.:

> [...] A depoente acredita, portanto, que o motivo da morte de F. foi a disputa de território para o tráfico. Por fim, a depoente informa que no dia 15/01, um dia após a morte de F., seu irmão J recebeu três ligações telefônicas de D.C., o GORDÃO, que está preso em São Pedro de Alcântara, avisando que a família tinha até as 14h daquele dia para sair da casa onde moravam, caso contrário os integrantes do PCC invadiriam a casa e não perdoariam ninguém, matariam todos, inclusive mulheres e crianças. [...]. (fls. 68-69).

No mesmo teor, o depoimento de G.S.:

> [...] Sobre a motivação do crime, o depoente tem conhecimento que tanto F quanto L realizavam tráfico de drogas na favela do Siri e que há

> algum tempo tiveram uma desavença. Ademais, L trabalhava atualmente para GORDINHO (A.D.C.B.), que é integrante de uma facção inimiga à facção na qual F era filiado. F pertencia ao PGC e GORDINHO ao PCC. [...]. (fls. 71-72).

Nesse viés, portanto, repousa a necessidade de manutenção da segregação preventiva do paciente, a fim de resguardar a ordem pública.

Destaca-se que o fato de agente ser primário e possuir domicílio certo, não afasta, de per si, a necessidade da prisão cautelar, diante da concreta gravidade do fato investigado (homicídio qualificado) e da presença dos requisitos do art. 312 do CPP.

> A primariedade, os bons antecedentes e a existência de emprego não impedem seja decretada a prisão preventiva, porquanto os objetivos a que esta visa (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou segurança da aplicação da lei penal) não são necessariamente afastados por aqueles elementos. O que é necessário é que o despacho demonstre, com base em fatos, que há possibilidade de qualquer destas finalidades não ser alcançada se o réu permanecer solto. A menos que, de plano, se evidencie a insuficiência dos indícios da autoria enumerados no despacho que decreta a prisão preventiva, não é o habeas corpus instrumento hábil para o exame de maior ou menor força de convencimento que deles possa resultar (STF, RTJ, 121/601).

A respeito da ordem pública, transcreve-se trecho da doutrina especializada:

> Fundamenta em primeiro lugar a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinqüente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser

> regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado.* São Paulo: Atlas, 2007, p. 803).

Salienta-se, outrossim, que também não é o caso de aplicação das medidas cautelares do art. 319 do CPP, pois elas não seriam suficientes à garantia da ordem pública.

De situações semelhantes, colaciona-se os precedentes:

> HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO [ART. 121, §2º, I E IV, DO CP], OCULTAÇÃO DE CADÁVER [ART. 211 DO CP], PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO [ART. 14, CAPUT, DA LEI 10.826/03]. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA E PEDIDOS POSTERIORES DE REVOGAÇÃO INDEFERIDOS. INSURGÊNCIA. I - ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DAS DECISÕES CONSTRITIVAS. NÃO OCORRÊNCIA. MODUS OPERANDI DA AÇÃO DELITUOSA QUE DEMONSTRA A PERICULOSIDADE DO PACIENTE. COAÇÃO MORAL DE TESTEMUNHAS PROTEGIDAS E OCULTAÇÃO DE CADÁVER QUE DEMONSTRAM QUE O RÉU ESTÁ DISPOSTO A SE LIVRAR DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL, ALÉM DE SER PERIGOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL CONFIGURADAS. II - ALEGADA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO DE PRONÚNCIA QUE CONFIRMA A PRESENÇA DE BOAS PROVAS DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. DELITOS QUE POSSUEM PREVISÃO DE PENA

PRIVATIVA DE LIBERDADE MÁXIMA SUPERIOR A QUATRO ANOS. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEMONSTRADA NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES CONSTRITIVAS DE PRIMEIRO GRAU. III - ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SUPREMA CORTE QUE RECONHECEU A COMPATIBILIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR COM O PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. IV- PREDICADOS PESSOAIS FAVORÁVEIS QUE NÃO OBSTAM A MEDIDA. APLICAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ARTIGO 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL IMPOSSÍVEIS DIANTE DA PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA PREVISTOS NO ARTIGO 312 DO SOBREDITO CÓDIGO. V- ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. (TJSC, Habeas Corpus n. 4009773-02.2016.8.24.0000, de Urubici, rela. Desa. Cinthia Beatriz da Silva Bittencour Schaefer, j. 22-09-2016).

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A PESSOA. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO (ART. 121, § 2º, I E IV, C/C O ART. 29, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). PRISÃO PREVENTIVA PURA. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. TESE NÃO ACOLHIDA. PRISÃO DEVIDAMENTE CALCADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO. INFORMANTES E TESTEMUNHAS QUE INDICARAM AMEAÇAS DIRETAS E TAMBÉM POR REDE SOCIAL. MODUS OPERANDI E POSTERIOR PRISÃO EM FLAGRANTE DOS PACIENTES POR CRIME COM VIOLÊNCIA QUE APONTA A PERICULOSIDADE E REITERAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE DE SE ACAUTELAR A ORDEM PÚBLICA E SE GARANTIR A INSTRUÇÃO PENAL. PRISÃO MANTIDA. RESIDÊNCIA FIXA E TRABALHO LÍCITO NÃO SÃO IMPEDITIVOS DA PRISÃO PREVENTIVA, QUANDO PRESENTES OS PRESSUPOSTOS

LEGAIS DESTA. WRIT CONHECIDO. ORDEM DENEGADA. (TJSC, Habeas Corpus n. 4008719-98.2016.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 20-09-2016).

Desta forma, presentes os requisitos para a manutenção da prisão cautelar, denega-se a ordem.

Este é o voto.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0001106-47.2014.8.24.0071
Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A PESSOA E A INFÂNCIA E JUVENTUDE. MAUS TRATOS E CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 136, §3º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-B DA LEI N. 8.069/1990). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.

CRIME DE MAUS TRATOS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA OU POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. APELANTE, PADRASTO DA VÍTIMA, QUE, ALIADO A SUA ENTÃO COMPANHEIRA, BANHAVAM CRIANÇA DE 2 (DOIS) ANOS COM ÁGUA FRIA DURANTE O INVERNO E AGREDIAM-NA FISICAMENTE, A FIM DE ENSINAR A NÃO FAZER SUAS NECESSIDADES FISIOLÓGICAS (URINAR E DEFECAR) EM SUAS VESTES. ABUSO NO MEIO DE DISCIPLINAR, PARA FINS SUPOSTAMENTE EDUCACIONAIS, QUE EXPUSERAM A RISCO E CAUSARAM DANOS À SAÚDE DO OFENDIDO. TIPICIDADE EVIDENCIADA. CONDENAÇÃO MANTIDA.

"O pátrio poder autoriza a correção dos atos dos filhos pelos pais, contudo essa prerrogativa encontra limites no respeito à integridade física e mental dos menores, sendo o excesso tipificado como crime de maus tratos (art. 136 do CP)" (Superior Tribunal de Justiça - REsp 1324976/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/03/2013, DJe 10/04/2013).

CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. ENVOLVIMENTO DA ADOLESCENTE, MÃE DA VÍTIMA, DEMONSTRADO PELO ACERVO PROBATÓRIO,

TANTO QUE RECONHECIDO O ATO INFRACIONAL CORRESPONDENTE. CRIME FORMAL. SÚMULA N. 500 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA PRESERVADA.

DOSIMETRIA. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO CONHECIMENTO. INSTITUTO NÃO APLICADO NA HIPÓTESE. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL NO PONTO.

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). EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO QUE SE IMPÕE.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0001106-47.2014.8.24.0071, da comarca de Tangará Vara Única em que é Apelante É C. e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer parcialmente do recurso, negar-lhe provimento e, de ofício, determinar que o juízo de origem expeça mandado de prisão em desfavor do apelante. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Rui Fortes, e dele participaram os Excelentíssimos Srs. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho e Des. Rui Fortes. Funcionou como Representante do Ministério Público a Excelentíssima Sra. Dra. Heloísa Crescenti Abdalla Freire.

Florianópolis, 13 de junho de 2017.

Desembargador Ernani Guetten de Almeida
Relator

RELATÓRIO

Na comarca da Tangará, o Ministério Público ofereceu denúncia contra E.C., imputando-lhe a prática dos delitos previstos nos arts. 136, *caput*, do Código Penal e do art. 244-B da Lei n. 8.069/1990, na forma do art. 71 do Código Penal, em virtude dos seguintes fatos narrados às fls. 66 e 67:

> Fato 1 - Maus-tratos
>
> Em dias a serem apurados, normalmente no início da manhã e por volta das 5h30min, mas em diversas oportunidades neste ano de 2014 na residência da vítima, localizada na Rua Teófilo Kuhn, casa, s/n, Bairro Frei Rogério, neste Município e Comarca, o denunciado E.C., em união de esforços e comunhão de desígnios com sua companheira, a adolescente I.R. (documento de identidade à fl. 27), expôs a perigo a saúde do seu enteado Nicoles Ruppenthal, de 2 anos (certidão de nascimento acostada à fl. 7), que está sob sua autoridade, guarda e vigilância, dando-lhe banhos com água fria constantemente, isso durante o inverno, e agredindo ele com tapas, tudo como forma de castigá-lo quando fazia suas necessidades fisiológicas nas calças. Houve, desta feita, abuso nos meios de correção ou de disciplina da criança.
>
> Fato 2 - Corrupção de menor de 18 anos
>
> Nas mesmas circunstâncias de local e tempo, E.C. corrompeu a adolescente I.R., com dezessete anos à época dos fatos (identidade à fl. 27), com ela praticando a infração penal descrita no artigo 136, caput, do Código Penal, já narrado no item anterior.

Concluída a instrução do feito, o Magistrado *a quo* julgou procedente a denúncia para condenar E.C. à reprimenda corporal de 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto,

por violação ao art. 136, §3º, do Código Penal e ao art. 244-B do Estatuto da Criança e do adolescente na forma do art. 70 do Código Penal (fls. 252 a 271).

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, E.C. interpôs recurso de apelação à fl. 276 e apresentou as respectivas razões às fls. 279 a 295, nas quais requer: 1) absolvição do crime de maus tratos por insuficiência probatória ou atipicidade da conduta; 2) absolvição do delito de corrupção de menores por insuficiência probatória; e 3) diminuição da pena em razão da exclusão do instituto da continuidade delitiva.

Contrarrazões acostadas às fls. 296 a 313.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Excelentíssimo Doutor Paulo Antônio Günther, que se manifestou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 317 a 323).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso, como próprio e tempestivo, deve ser conhecido, ainda que somente em parte.

Diante da ausência de preliminares a serem examinadas, nem mesmo de ofício, passa-se à análise do mérito recursal.

1) Dos pedidos de absolvição

A defesa requer a absolvição do crime de maus tratos por insuficiência probatória ou por atipicidade da conduta, uma vez que, em suma, haveria incerteza e que teria ocorrido apenas rigidez excessiva, a qual não se confundiria com a exposição a perigo de vida ou saúde.

Ademais, em razão da suposta dúvida acerca da prática do delito de maus tratos, pretende a absolvição do crime de corrupção de menores.

Não lhe assiste razão.

O crime de maus tratos imputado está disposto no art. 136, §3º, do Código Penal, que assim preceitua:

> Art. 136 - **Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação,** ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, **quer abusando de meios de correção ou disciplina:** Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.
>
> [...]
>
> § 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

A respeito dessa conduta delituosa, colaciona-se a seguinte lição (PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes. Curso de Direito Penal Brasileiro. 14 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 749 e 750):

> **A última modalidade é representada pelo abuso dos meios de correção ou disciplina. Aqui há a inflação de castigos imoderados, o uso incorreto ou excessivo do *jus corrigendi ou disciplinandi*.** Convém acentuar que as medidas corretivas ou disciplinares, quando não ultrapassem os limites outorgados por lei, são consideradas lícitas, pelo exercício regular de um direito. Com efeito, os pais têm o direito e o dever de corrigir, respectivamente, seus filhos menores de idade não emancipados. Isso significa que não foi vontade da lei excluir o exercício regular do direito de correção. **O que se permite, porém, é o exercício moderado do poder disciplinar, já que o excesso capaz de ocasionar perigo à saúde ou à vida da vítima – constituído por violência física ou moral – dá lugar ao delito de maus tratos. Para a corretar delimitação do âmbito dessa conduta delitiva é preciso ter em conta, além do disposto na lei, as concepções ético-sociais realmente vigentes na sociedade. Só assim é possível determinar se um castigo, corporal ou não, é razoável e moderado.** [grifo nosso]

Isso posto, pelo que se infere dos autos, durante o ano de 2014,

notadamente pelo período da manhã, em diversas oportunidades, na rua Teófilo Kuhn, casa, s/n, Frei Rogério, Tangará, o apelante e a adolescente I.R, sua então companheira e mãe da vítima, expuseram a risco a saúde de N.R., seu enteado de apenas 2 (dois) anos, que estava sob a sua autoridade, guarda e vigilância, na medida em que o banhava com água fria durante o inverno e o agredia quando fazia as suas necessidades fisiológicas nas suas vestes.

A materialidade e autoria delitivas despontam da certidão de nascimento de fl. 7, dos documentos acostados às fls. 8, 9 e 27, do relatório psicológico de fls. 35 a 40 e do acervo probatório coligido, notadamente da prova oral produzida durante a instrução processual.

Nesse rumo, colacionam-se os depoimentos e interrogatório, conforme bem resumiu o Magistrado sentenciante (fls. 255 a 260):

> A autoria, de igual modo, está amplamente comprovada, tanto pela prova documental quanto oral, **em que pese a negativa do Réu, o qual afirmou em seu interrogatório que a acusação não é verdadeira e que quando conheceu N.R., ele não tinha um ano de idade e que ele morava com a mãe, a avó e um tio.** Disse que quando o conheceu, ele era uma criança que não sabia o que era não e que fazia tudo aquilo que queria. Contou que sabe o menino é fruto de um abuso sexual, crime que tramita perante o juízo de Herval do Oeste. Relatou que quando N.R. foi morar com ele e com I.R., eles não conseguiam cortar as suas unhas ou dar-lhe banho, porque ele chorava muito. **Referiu que a denúncia de maus-tratos foi apresentada por seu irmão, Renato, o qual lhe deve dinheiro, em razão de serviços prestados, e por Junia, que também é sua irmã. Mencionou que, por certo período, permitiu que Junia morasse consigo, mas que em virtude de suspeitar que um de seus filhos estava comercializando drogas, mandou que ela saísse de casa. Relatou, ainda, que quando foi visitar N.R. na Casa Lar, recebeu afeto do menino e refutou as acusações de banhos frios, ao argumento de que o menino nunca ficou doente, o que seria comum caso recebesse banhos frios no inverno.** Contou que contratou plano de saúde incluindo N.R. antes de ele ir morar consigo.

Discorreu sobre atitudes do menino, reafirmando que ele não tinha limites e relatando a dificuldade que ele e I.R. tiveram para educá-lo. Indagado pela Dra. Promotora de Justiça, respondeu que nunca agrediu o menino, mas assumiu já ter gritado por vezes com ele (arquivo devoz e imagem de fl. 68).

I.R. - esposa de E.C., representada pelos mesmos fatos no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, vez que na época era menor de idade - relatou que o Réu tratava N.R. bem, tanto que ele o chamava de pai. Contou que E.C. só chamava atenção do menino quando via que ele estava fazendo coisa errada e que isso se dava, principalmente, ao fato de que quando N.R. morava com a sua mãe, ela não impôs a ele limites e educação. **Negou qualquer agressão e também os banhos frios. Disse que algumas vezes deixaram ele de castigo, mas que o quarto que o deixavam sequer tinha porta, afirmando que sempre explicavam a ele o motivo.** Contou que os banhos eram difíceis, porque ele chorava muito, sobretudo na hora de lavar o cabelo, mas negou a utilização de água fria (arquivo de voz e imagem de fl. 68).

JUNIA REGINA CHITES, irmã do Réu, contou que conhece N.R. desde que E.C. passou a conviver com I.R. e que chegou a morar junto com eles por certo período, no ano de 2014. **Relatou que nunca presenciou cenas de agressão, mas que viu E.C. e I.R. dando banho frio no infante. Afirmou que ouviu os gritos e por não suportar a situação, foi até o banheiro para ver o que estava acontecendo. Disse que faziam isso porque a criança fazia as necessidades fisiológicas nas calças e que os banhos frios eram dados no inverno, por voltas das 6 ou 7 horas da manhã. Mencionou que I.R. teria falado para o menino comer o cocô que havia feito e que ele teria atendido à ordem da mãe, sendo que depois ela contava e ria da situação.** Indagada pelo advogado do Réu, respondeu que o menino nunca foi internado e que nunca teve pneumonia. Referiu que saiu da casa de E.C. após ter denunciado ele e I.R. para o Conselho Tutelar, porque a relação com E.C. tornou-se insustentável. **Respondeu, ainda, que tinha acesso ao banheiro da casa, mesmo quando E.C. e I.R. estavam dando banho no infante. Respondeu, também, que nunca chegou a colocar a mão na água para ver a temperatura, mas que não saía**

vapor e que a criança gritava e se batia na parede, motivo pelo qual acredita que os banhos eram frios, mencionando, por fim, que quando I.R. ia dar banho sozinha no menor, E.C. dizia para ela colocar no frio (arquivo de voz e imagem de fl. 68).

[...]

MARIA BRASILINA RIBEIRO, vizinha do Réu, assim relatou na fase policial: "Que, há vários meses, no início da manhã, não sabendo o horário exato e no final da tarde, logo após N.R. voltar da creche, a depoente escuta ele chorar desesperadamente. **Que, muitas vezes viu a criança chegar da creche e passar a chorar ainda antes de entrar na casa. Que, em conversa com Nagir, a depoente pediu por que N.R. chora tanto, então ela lhe disse que o motivo é que ele apanha muito e que pelo fato de fazer xixi na calça, I.R. lhe dá banhos com água fria, dizendo que quando a criança chega no portão com a calça suja, "já sabe que vai apanhar e tomar banho frio" então começa a chorar.** Que, "eu já vi I.R. surrar o filho de chinelo", sendo que outras vezes, eu escuto o barulho das chineladas e a criança chorar, além de I.R. xingar o filho dizendo: "isso é para você aprender", entre outras coisas que não se recorda. Que, várias vezes a depoente pediu para I.R. onde estava N.R., sendo que esta respondia que estava de castigo, no quarto" (fl. 31).

Na fase judicial, MARIA BRASILINA disse que não tem queixas dele e que sempre foi uma boa pessoa. **Contou que I.R. era agressiva e colocava a criança de castigo, mas quanto a E.C., disse que nunca o viu maltratando o menor. Afirmou que não se recorda do depoimento prestado na delegacia. Mencionou que a sogra de I.R. contou-lhe que era dado banho frio em N.R. e que a I.R. deixava-o de castigo** (arquivo de voz e imagem de fl. 68).

NAGIR SANTOS, mãe do Acusado, em seu depoimento prestado perante a Autoridade Policial relatou que "E.C. vive com I.R. há pelo menos um ano, sendo que o casal está criando a criança N.R., de dois anos e meio de idade, o qual é filho somente de I.R.. **Que, já presenciou inúmeras vezes seu filho E.C. e também sua nora I.R. agredindo a criança a tapas. Que, quando N.R. voltava da creche com a calça**

suja, ao chegar no portão, já começava a chorar, pois sabia que iria para o banho frio e que iriam lhe surrar. Que, realmente era o que acontecia, a criança ia direto para o banho, sob xingamentos e apanhava a tapas. Que, nunca viu fazerem N.R. comer cocô, mas presenciou I.R. xingando o filho, enquanto lhe dava banho, dizendo que a próxima vez que fizesse cocô na calça iria obrigá-lo a comer. Que, sobre apertar o pênis da criança, por parte de E.C., a depoente não presenciou e nada pode falar. Que assevera que de tanto a depoente repreender as atitudes de E.C. e I.R., pelo menos o banho frio não está mais sendo dado, pois percebe que já utilizaram água quente no banho, mas os xingamentos e as palmadas continuam. Que, quando tenta falar alguma coisa para I.R. e E.C. sobre o tratamento com N.R., I.R. lhe ouve e fica quieta, nada responde, mas seu filho E.C. lhe responde e enfrenta a depoente, dizendo que não era para se meter que sabiam o que faziam com o menor. Que, "muitas vezes eu chorei escondido com pena da criança" (fls. 20-21).

Contudo, em juízo, contou que moravam juntos e que quando I.R. foi morar com seu filho, ela já tinha o N.R.. Mencionou que E.C. sempre ajudou a cuidar da criança e que no início N.R. não gostava de tomar banho e que chorava muito. **Relatou que um dia pediu que eles abrissem a porta e ela verificou que não davam banho frio, que o menino chorava apenas porque não queria tomar banho e que E.C. tinha que segurá-lo para que a I.R. pudesse concluir a tarefa. Falou que E.C. tentava impor limites e regras ao infante. Disse que I.R. por algumas vezes dava uns tapas em N.R. porque ele fazia as necessidades nas calças.** Mencionou que uma vez E.C. colocou N.R. de castigo, explicando que na verdade I.R. teria colocado o menor no quarto e que o menor não obedeceu, sendo que aí E.C. interveio e mandou o menino voltar para o castigo. Afirmou, por fim, que não sabe ler nem escrever e respondeu que E.C. e seus irmãos possuem algumas rixas (arquivo de voz e imagem de fl. 68).

NELSON KLEINUBING, vizinho do Réu, **contou que por vezes ficava com o menino quando E.C. e I.R. não estavam. Relatou que certa vez o menino estava com uma marca no rosto e indagou-o sobre ela, oportunidade em que o garoto teria dito que foi o papai**

que fez. Mencionou que quando E.C. e I.R. iam buscá-lo, ele se recusava a voltar, pedindo para ficar com o depoente. Disse que ouvia gritos na casa, mas não sabia o motivo e que eram mais intensos no começo, depois foi diminuindo. Referiu que nunca viu E.C. agredir o menor. **Contou que acredita que o menino não queria voltar para casa por ser maltratado** (arquivo de voz e imagem de fl. 68).

À fl. 168 foram anexados os depoimentos de I.R. e de sua mãe, prestados nos autos da Ação Penal n. 0001645-11.2011.8.24.0235, oriunda do juízo de Herval do Oeste, através dos quais extrai-se que N.R. é fruto de um relacionamento entre I.R. e seu padrasto, Claudiocir Vieira Machado.

RENATO SABAS CAMPOS CHITES, irmão do Réu, relatou, em ambas as fases, que presenciou por algumas vezes o banho de N.R., relatando que uma vez chegou na residência deles por volta das 7 horas da manhã, no inverno, e o infante estava tomando banho gelado. Afirmou que ouviu I.R. e E.C. falando que estavam dando banho gelado para que o menor apreendesse a não fazer as necessidades fisiológicas nas calças. Contou que no final da tarde passava na casa da sua mãe e que o horário coincidia com a volta de N.R. da creche, **o que o fez presenciar, por várias vezes, o menino chorando ao chegar em casa porque sabia que apanharia. Relatou que nunca viu E.C. agredindo o menor, mas afirmou que ele fazia brincadeiras de mau gosto, consistentes em apertar os testículos de N.R..** Mencionou que tanto I.R. quanto E.C. davam comida muito quente para o infante e que quando ele chorava por ter se queimado, eles ameaçavam tirar-lhe o prato de comida. **Confirmou ter presenciado cenas de agressão contra o menor, praticadas por I.R. dentro do banheiro.** Discorreu sobre um dia que o menino gritou por cerca de meia hora sem parar dentro do banheiro e que ele tem trauma de entrar no banheiro por isso. Respondeu que após ter denunciado E.C. parou de frequentar a casa da sua mãe e relatou já ter sido ameaçado por ele. Pontuou, por derradeiro, que ficou incomodado com o fato de E.C. ter emprestado dinheiro de sua mãe (arquivo de voz e imagem de fl. 207).

FRANCIÉLE DE SOUZA, Conselheira Tutelar, contou que receberam denúncias dando conta de que tanto I.R. quanto E.C. maltratavam o menino N.R., **explicou que conforme os relatos, eles apertavam o**

"pintinho" dele quando ele fazia xixi e também davam-lhe banho de água fria. Referiu também sobre espancamentos sofridos pelo bebê e que de fato ele tinha algumas marcas. Disse que I.R. e E.C. negaram os fatos, mas que a maioria dos vizinhos confirmou os maus-tratos. Referiu que apesar de presenciar as cenas, a avó paterna - mãe de E.C. - nunca confirmou nada porque, segundo a testemunha, ela tinha bastante medo do filho. Argumentou que com o E.C. não conseguia conversar, visto que ele batia a porta e mandava que as Conselheiras fossem embora. Discorreu, ainda, que as **professoras da creche comentavam que quando N.R. percebia que estava próximo de sua casa, ele começava a chorar desesperadamente. Confirmou que haviam relatos no sentido de que I.R. e E.C. faziam o menino comer as fezes que fazia nas calças. Aduziu que as principais denúncias foram feitas pela irmã que morava na parte de cima da sua casa. Por fim, salientou que o menino ficava trêmulo quando precisava fazer xixi, como uma espécie de trauma** (arquivo de voz e imagem de fl. 211).

Ademais, extrai-se do relatório psicológico de fls. 37 a 38:

"ENTREVISTA COM N.R. - suposta vítima N.R., 02 anos e oito meses, apresentou-se um pouco inibido inicialmente, porém no decorrer do atendimento psicológico mostrou-se mais espontâneo e com maior agitação psicomotora. Destaca-se que N.R. ainda encontra-se numa fase inicial do desenvolvimento da linguagem, conforme sua idade cronológica, portanto ainda não possui capacidade intelectual para formar frases completas com lógica de conceitos e somente falava palavras soltas, porém indicou compreender o que lhe era falado ou perguntado e algumas vezes formava frases curtas. [...]

Então, primeiramente, N.R. optou por interagir com os bonecos da família terapêutica e logo identificou os nomes de pessoas de sua família nos bonecos, sendo o bebê ele próprio e pegando um boneco e uma boneca identificou como o pai E.C. e a mãe dele. Então N.R. colocou os três bonecos pra dormir dentro da caixa e do seu jeito contou "neném dorme na caminha... mamãe dorme com o papai na cama grande". **Como N.R. estava manuseando o boneco que o representava, sugeri que ele imaginasse que o neném fez xixi**

na calça e na cama e a partir daí N.R. se mostra ansioso, olha assustado e diz: "não, o neném não fez xixi... agora o neném não faz mais xixi na cama" e logo muda de assunto.

N.R. passa a se interessar então por outros materiais, pega uma folha branca e com lápis de cor faz alguns riscos e logo volta a pegar bonecos para interagir e fantasiar, desta vez manuseia os bonecos anatômicos e percebe que pode tirar a roupa deles e escolhe alguns para brincar. **Sugiro que conte por meio dos bonecos sobre como é a hora do banho lá na casa dele, então N.R. fica quieto e tira a roupa do boneco. Questiono se o neném gosta de tomar banho e ele responde: "não... tem que tomar banho". Pergunto se a água está boa ou está fria, N.R. não responde. Sugiro, mais uma vez, que N.R. imagine que o boneco que está segurando desta vez fez cocô na calça que está vestindo e N.R. novamente se mostra ansioso e agitado passando a se levantar da cadeira e com o boneco na mão vai a um canto da sala e diz: "tirar calça do neném... limpar cocô... dar banho nele" e encena a situação mostrando-se preocupado em tirar logo a roupa e limpar o neném.** Por fim fala: "agora o neném já sabe que tem que chamar a mamãe pra fazer cocô no banheiro". [...]

Por fim, foram feitas algumas perguntas diretas sobre a convivência de N.R. com as pessoas com quem convive e por meio destas N.R. negou que sua mãe já tivesse surrado/batido nele de alguma forma, **mas confirmou que Eder já bateu nele alguma vez;** confirmou que sua mãe o deixa de castigo e indicou que o local onde fica durante o castigo é no quarto, mas não deu maiores detalhes sobre em que condições isso acontece e com que frequência; negou que Eder o deixa de castigo; **não respondeu quando questionado se já tomou banho frio;** não respondeu quando questionado se a mãe ou pai lhe deram como castigo comer o próprio cocô, conforme denúncia.

ANÁLISE DO DISCURSO DE N.R.

[...] Percebeu-se que no decorrer do atendimento psicológico N.R. demonstrou ansiedade e agitação psicomotora em alguns momentos específicos, sendo estes associados ao relato, teatralização

> ou questionamento de situações referentes ao fato denunciado, principalmente no que tange ao "fazer xixi e/ou cocô na calça ou na cama". **O comportamento e expressão de N.R. pode indicar que suas vivências relacionadas à retirada das fraldas resultaram em emoções ruins e/ou ansiedade por uma cobrança, provavelmente realizada de forma excessiva e punitiva.**" (fls. 37-38).

Do contexto fático-probatório apresentado, apesar da negativa de autoria e da retração de Nagir, mãe do apelante, verifica-se que banhava a vítima no inverno com água fria e a agredia fisicamente, a fim de repreendê-la por fazer suas necessidades fisiológicas (urinar e defecar) em suas vestes.

Com efeito, além do depoimento extrajudicial de Nagir, os testemunhos de Junia e Renato, irmãos do apelante, tanto no âmbito administrativo quanto judicial, assim como o da Conselheira Tutelar Franciéle, demonstram que realmente abusou dos meios pretensamente corretivos e, assim, colocou a saúde, física e mental, da vítima em risco.

Aliás, para além dessa probabilidade e ainda que não tenha advindo nenhuma doença do uso de água fria no inverno, houve evidente exposição da saúde do menor a risco com esse agir e os atos praticados pelo apelante causaram danos ao ofendido, porquanto, conforme os depoimentos e relatório psicológico supratranscritos, possuía marcas de agressões e demonstrou perturbação mental quando se aproximava da residência em que morava com seus algozes ou, de qualquer forma, lembrava do ocorrido.

Portanto, ao contrário do que se sustenta, inexiste dúvida sobre a conduta ilícita perpetrada e a forma como o apelante atuou, isto é, com violência para corrigir suposto ato de indisciplina tipifica o delito, mormente porque se trata de situação que não exigia qualquer postura agressiva ou "rigidez excessiva", como sustenta a defesa, visto que fazer "xixi" e "cocô" nas roupas, em se tratando de criança de 2 (dois) anos, é absolutamente normal.

Desse modo, em resumo, conclui-se que a pretensa finalidade de educar o ofendido para que realizasse as suas necessidades fisiológicas do modo convencional não permitia que o apelante ultrapassasse os limites dos meios de disciplina dos quais dispunha como padrasto e deliberadamente colocasse em perigo e causasse danos à saúde de criança em tenra idade, razão pela qual está configurado o crime de maus tratos na hipótese.

A propósito, para esclarecer o limite correicional inerente ao pátrio poder, veja-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1324976/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/03/2013, DJe 10/04/2013):

> RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 136, § 3º, DO CP. MAUS TRATOS CIRCUNSTANCIADOS. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDUTA DO RÉU É ATÍPICA PORQUE SOCIALMENTE ACEITA NÃO ENCONTRA AMPARO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO. ART. 61, II, F, DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF. 1. O pátrio poder autoriza a correção dos atos dos filhos pelos pais, contudo essa prerrogativa encontra limites no respeito à integridade física e mental dos menores, sendo o excesso tipificado como crime de maus tratos (art. 136 do CP). 2. Desferir golpes com cinto ou 'cintadas' em criança não pode ser considerado 'ato socialmente aceitável' quando realizado pelos pais, inclusive sob o pretexto de correição tradicional, pois o legislador pátrio optou por proteger a vida e preservar a incolumidade dos menores, por meio da Constituição Federal (art. 227) e também por intermédio do Código Penal e de legislação extravagante (ECA). [...] 6. Recurso especial improvido.

Por outro lado, tendo em vista o envolvimento de I.R. nos maus tratos (coautoria), tanto que houve a procedência de representação por

ato infracional em virtude desses mesmos fatos ilícitos (autos n. 0001084-86.2014.8.24.0071), não deve ser acolhida a tese de fragilidade do acervo probatório quanto ao crime de corrupção de menores.

Isso porque, como consta da Súmula n. 500 do Superior Tribunal de Justiça, observada a classificação como delito de natureza formal, basta a participação em sentido amplo de criança ou adolescente na prática da infração penal para configuração desse ilícito.

Além disso, o liame subjetivo entre as ações do apelante e da referida adolescente, além da condição de companheiros e da autoridade que exerciam sobre vítima, pode ser vislumbrado da forma como se revezavam e se apoiavam para a prática desse ilícito penal.

Logo, a condenação deve ser mantida.

2) Da continuidade delitiva

Por fim, o apelante pugna pela redução da pena em virtude da exclusão da causa de aumento da pena da continuidade delitiva.

Tal pleito não deve ser conhecido.

De fato, não se aplicou o referido instituto na sentença, motivo pelo qual o apelo carece de interesse recursal no ponto.

3) Da execução provisória da pena

Ao final, mantida a condenação por esta Corte de Justiça, nos termos do novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292/SP e devido às 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 a imediata expedição de mandado de prisão em desfavor do apelante, em razão de acórdão penal condenatório, iniciando-se a execução provisória da pena.

Do dispositivo:

Diante do exposto, vota-se por conhecer parcialmente do recurso, negar-lhe provimento e, de ofício, determinar que o juízo de origem expeça mandado de prisão em desfavor do apelante.

Este é o voto.

Agravo de Execução Penal n. 0003265-65.2016.8.24.0079, de Videira
Relator: Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECLARAÇÃO PARCIAL DE PROFICIÊNCIA NO EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM). APROVAÇÃO EM TRÊS ÁREAS DO CONHECIMENTO. MAGISTRADO QUE HOMOLOGOU A REMIÇÃO DE 60 (SESSENTA) DIAS DE PENA. PLEITO RECURSAL PARA HOMOLOGAÇÃO DE APENAS 30 (TRINTA) DIAS. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DA RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA ANALISADA EM CONJUNTO, POR EXPRESSA MENÇÃO, COM A RESOLUÇÃO N. 3/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO E ART. 126 DA LEP. RECOMENDAÇÃO DO CNJ CLARA AO DETERMINAR QUE A BASE DE CÁLCULO PARA CÔMPUTO DA REMIÇÃO, EM HIPÓTESES TAIS, DEVE CORRESPONDER A 50% (CINQUENTA POR CENTO) DA CARGA HORÁRIA DO ENSINO MÉDIO, ESTA QUE TOTALIZA 1200 (MIL E DUZENTAS) HORAS. EXAME QUE POSSUI CINCO ÁREAS DE CONHECIMENTO DISTINTAS. LOGO, RECOMENDAÇÃO DE REMIÇÃO DE 10 (DEZ) DIAS PARA CADA ÁREA DO CONHECIMENTO APROVADA. MAGISTRADO QUE NÃO ATENDEU A TAIS PREMISSAS. NECESSÁRIA REFORMA DA DECISÃO PARA HOMOLOGAR 30 (TRINTA) DIAS DE PENA REMIDOS.

"A Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça prevê que a base de cálculo para fins de remição nas hipóteses de aprovação de apenados no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) e no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) deve respeitar o parâmetro de 50% da carga horária legalmente definida para cada nível de ensino. Em seguida, pormenoriza numericamente qual a carga horária legalmente estabelecida em cada caso - 1600 (mil e seiscentas) horas, em se tratando de ensino fundamental, e 1200 (mil e duzentas) horas, em se tratando de ensino médio ou educação

profissional técnica de nível médio -, reproduzindo a previsão contida no art. 4º, incisos II e III, da Resolução n. 03/2010 do Conselho Nacional de Educação, que institui a duração dos cursos para a educação de jovens e adultos" (Agravo de Execução Penal n. 0004357-07.2016.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 02/08/2016).

PREQUESTIONAMENTO. PEDIDO FORMULADO PELA DEFESA EM CONTRARRAZÕES. DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE CADA DISPOSITIVO LEGAL. DEVIDA APRECIAÇÃO DA MATÉRIA VENTILADA. PLEITO REJEITADO.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0003265-65.2016.8.24.0079, da comarca de Videira (Vara Criminal) em que é Agravante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Agravado Leandro Medeiros Thibes.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para declarar remidos 30 (trinta) dias da pena do reeducando Leandro Medeiros Thibes, em razão de sua parcial proficiência no Exame do Ensino Médio (ENEM). Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 30 de maio de 2017, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 31 de maio de 2017.

Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público, contra decisão proferida pela Vara de Execuções Penais da comarca de Videira, nos autos n. 0005709-42.2014.8.24.0079, que declarou remidos 60 (sessenta) dias da pena do reeducando Leandro Medeiros Thibes, por ter ele sido aprovado em três áreas de conhecimento no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), cálculo obtido considerando que o *quantum* de 1.200 (mil e duzentas) horas equivale a 50% (cinquenta por cento) da carga horária total do ensino médio (p. 15-18).

Insurge-se o agravante quanto à decisão prolatada pelo togado *a quo* ao argumento de que, *in casu*, o reeducando apenas tem direito à remição de 30 (trinta) dias.

Explica que a Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça determina, em seu art. 1º, IV, o aproveitamento de apenas 50% (cinquenta por cento) da carga horária total legalmente definida para cada nível de ensino (fundamental ou médio) e, na sequência informa que a carga horária para o ensino médio corresponde a 1.200 (mil e duzentas) horas.

Argumenta que a citada Recomendação deve ser analisada em conjunto com a Resolução n. 3/2010 do Conselho Nacional de Educação, a qual também estabelece que a carga horária do ensino médio é de 1.200 (mil e duzentas) horas.

Logo, partindo-se de tal interpretação, para o cálculo da remição deve-se dividir a referida carga horária total (1.200 horas) pela metade, chega-se ao montante de 600 (seiscentas) horas, estas que, por sua vez, devem ser divididas por 12 (doze) horas, com fundamento no art. 126, § 1º, I, da LEP, cálculo que resulta em 50 (cinquenta) horas de remição para o caso de aprovação em todas as áreas de conhecimento (total de 5).

Dessarte, tendo o apenado comprovado a aprovação em 3 (três) áreas diversas, merece ele ter remidos 30 (trinta) dias de sua pena.

Por tais razões, pretende seja a decisão cassada, com a homologação da remição de 30 (trinta) dias de sua pena (p. 1-6).

Apresentadas as contrarrazões (p. 29-31) e mantida a decisão hostilizada (p. 32), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes, opinou pelo conhecimento e provimento do agravo (p. 42-44).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público contra decisão que, em execução penal, homologou a remição de 60 (sessenta) dias da pena do reeducando Leandro Medeiros Thibes, por ter ele sido aprovado em três áreas de conhecimento no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), cálculo obtido considerando que o *quantum* de 1.200 (mil e duzentas) horas equivale a 50% (cinquenta por cento) da carga horária total do ensino médio (p.15-18).

Pretende o *Parquet* a reforma da decisão, ao argumento de que o reeducando é merecedor de 30 (trinta) dias – e não 60 (sessenta) – de remição de sua pena, consoante determinações legais.

O reclamo merece acolhida.

Assim consta da decisão hostilizada:

> 2. No que diz respeito ao pedido de remição da pena em razão da realização da prova do ENEM, o art. 1º, IV, da Resolução n. 44/2013 do CNJ dispõe: [...]
>
> Assim, **deve ser considerado 50% da carga horária definida para o ensino médio, o que equivale a 1200 horas,** podendo o apenado, remir, portanto, um limite de 100 dias de reprimenda (1200 horas divido por 12 meses).

> A partir daí, para aprovação nas disciplinas integrantes do ENEM e consequente certificação de conclusão, o apenado, dentre outros requisitos, deverá obter 450 pontos nas áreas de conhecimento cobradas no exame e 500 pontos na redação, conforme disposto no art. 1º da Portaria n. 179/20141 do INEP.
>
> Dessa forma, considerando que o reeducando foi aprovado em três campos de conhecimento, conforme demonstra o documento de fl. 44, deve-lhe ser remido o período de 60 dias.
>
> Posto isso, nos termos do art. 1º, IV, da Resolução n. 44/2013 do CNJ, declaro a remição de 60 dias da pena imposta ao reeducando Leandro Medeiros Thibes (p. 15-16).

Com a devida vênia ao entendimento do togado singular, a base de cálculo utilizada na decisão (1.200 horas) para o cômputo da remição não merece prevalecer.

Determina o art. 126, § 1º, inciso I, da LEP, acerca da remição pelo estudo:

> Art. 126. **O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir**, por trabalho **ou por estudo,** parte do tempo de execução da pena.
>
> § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:
>
> I - **1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar -** atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;
>
> [...]
>
> § 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação (grifou-se).

Por sua vez, a Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça, ao dispor sobre as atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo, assim estabelece sobre o cálculo para remição diante da aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM):

> Art. 1º Recomendar aos Tribunais que:
>
> [...]
>
> IV - **na hipótese de o apenado** não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e **realizar estudos por conta própria**, ou com simples acompanhamento pedagógico, **logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental** Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) **ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM)**, a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), **considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino** [fundamental ou médio **- art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE]**, isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e **1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio** ou educação profissional técnica de nível médio; (grifou-se).

Por derradeiro, a citada Resolução n. 3 de 15 de junho de 2010, do Conselho Nacional de Educação, a qual institui diretrizes operacionais para a educação de jovens e adultos desenvolvida à distância, preceitua em seu art. 4º:

> Art. 4º **Quanto à duração dos cursos** presenciais de EJA, mantém-se a formulação do Parecer CNE/CEB nº 29/2006, acrescentando o total de horas a serem cumpridas, independentemente da forma de organização curricular:

> I - para os anos iniciais do Ensino Fundamental, a duração deve ficar a critério dos sistemas de ensino;
>
> II - para os anos finais do Ensino Fundamental, a duração mínima deve ser de 1.600 (mil e seiscentas) horas;
>
> III - **para o Ensino Médio, a duração mínima deve ser de 1.200 (mil e duzentas) horas.**
>
> Parágrafo único. **Para a Educação Profissional Técnica de Nível Médio integrada com o Ensino Médio, reafirma-se a duração de 1.200 (mil e duzentas) horas destinadas à educação geral,** cumulativamente com a carga horária mínima para a respectiva habilitação profissional de Nível Médio, tal como estabelece a Resolução CNE/CEB nº 4/2005, e para o ProJovem, a duração estabelecida no Parecer CNE/CEB nº 37/2006 (grifou-se).

Com efeito, com a devida vênia à posição do magistrado singular, a a redação da Recomendação n. 44/2013 do CNJ é clara ao dispor que a base de cálculo, em casos como este, deve corresponder a 50% (cinquenta por cento) da carga horária legalmente definida para o ensino médio. Na sequência, o texto normativo cita expressamente o art. 4º, II, III e parágrafo único da Resolução n. 3 de 15 de junho de 2010, e preleciona que a carga horária total do ensino médio é de 1.200 (mil e duzentas) horas – logo, não restam dúvidas de que 50% da carga total corresponde a 600 (seiscentas) horas, e esta deve ser a base de cálculo para o cômputo da remição na hipótese.

A par de tal premissa e considerando-se que o Exame Nacional do Ensino Médio é divido em cinco áreas distintas (fato incontroverso), tendo o reeducando sido aprovado em três delas (conforme documento de p. 10-11), chega-se ao montante de 30 (trinta) dias a serem remidos.

O cálculo foi elaborado partindo de 50% (cinquenta por cento) da carga horária do ensino médio, que representa 600 (seiscentas) horas (conforme Recomendação n. 44/2013 do CNJ e Resolução n. 3/2010),

estas divididas por 12 (doze) horas (a teor do disposto no art. 126, § 1º, I, da LEP), que perfaz o montante de 50 (cinquenta) dias para aprovação de todas as áreas do conhecimento. Tendo em vista, como dito, que o exame do ensino médio é composto de cinco áreas, portanto cada uma com peso de 10 dias, e o reeducando foi aprovado em três delas (doc. de p. 10-11), deverá ele ser agraciado com a remição de 30 (trinta) dias de sua pena, tal como pontuou o Ministério Público.

E exatamente nesse sentido já decidiu esta Corte de Justiça em mais de uma oportunidade:

> RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DO REEDUCANDO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A CONCESSÃO DE REMIÇÃO PELA **APROVAÇÃO EM TRÊS ÁREAS DO CONHECIMENTO DO EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM)**. PRETENDIDA CONCESSÃO DE 60 (SESSENTA) DIAS DE REMIÇÃO. **PRECEDENTE DESTA CÂMARA QUE AUTORIZA A REMIÇÃO DE 10 (DEZ) DIAS DE PENA PARA CADA ÁREA DO CONHECIMENTO CUJA APROVAÇÃO FOI OBTIDA. EXEGESE DA RESOLUÇÃO N. 44/2013 DO CNJ.** RECURSO PROVIDO EM PARTE (Agravo de Execução Penal n. 0009001-53.2016.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. José Everaldo Silva, j. 20/04/2017 – grifou-se).

> RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DEFERIMENTO DE 40 (QUARENTA) DIAS DE REMIÇÃO AO APENADO PELO ESTUDO. **DECLARAÇÃO PARCIAL DE PROFICIÊNCIA NO ENEM.** RECURSO MINISTERIAL. CÁLCULO DE DIAS REMIDOS. **RECOMENDAÇÃO ESTABELECIDA PELA RESOLUÇÃO N. 44/2013-CNJ.** POSSIBILIDADE DE ANALOGIA *IN BONAM PARTEM* DO ART. 126 DA LEP. DESNECESSIDADE DE FREQUÊNCIA ESCOLAR NO CASO. **BASE DE CÁLCULO PARA A AFERIÇÃO DE DIAS REMIDOS QUE DEVE RESPEITAR O LIMITE DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) DA CARGA HORÁRIA**

LEGALMENTE ESTABELECIDA. PRECEDENTES. REDUÇÃO DOS DIAS REMIDOS QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSOR DATIVO NOMEADO PELO JUÍZO A QUO PARA APRESENTAR AS CONTRARRAZÕES RECURSAIS. APRECIAÇÃO EQUITATIVA. VERBA HONORÁRIA FIXADA DE ACORDO COM O DISPOSTO NO ART. 85, § 8º, DO CPC, C/C ART. 3º DO CPP (Agravo de Execução Penal n. 0003553-13.2016.8.24.0079, de Videira, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 14/03/2017 – grifou-se).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APENADO APROVADO NO EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM). REMIÇÃO COM BASE NO ART. 126, § 1º, INCISO I, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **BASE DE CÁLCULO PARA A AFERIÇÃO DE DIAS REMIDOS QUE DEVE RESPEITAR O PARÂMETRO DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) DA CARGA HORÁRIA LEGALMENTE ESTABELECIDA PARA CADA NÍVEL DE ENSINO.** DECISÃO REFORMADA. NO MAIS, FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. ADVOGADO NOMEADO PARA APRESENTAR AS CONTRARRAZÕES RECURSAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. **1. A Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça prevê que a base de cálculo para fins de remição nas hipóteses de aprovação de apenados no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) e no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) deve respeitar o parâmetro de 50% da carga horária legalmente definida para cada nível de ensino. Em seguida, pormenoriza numericamente qual a carga horária legalmente estabelecida em cada caso - 1600 (mil e seiscentas) horas, em se tratando de ensino fundamental, e 1200 (mil e duzentas) horas, em se tratando de ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio - reproduzindo a previsão contida no art. 4º, incisos II e III, da**

Resolução n. 03/2010 do Conselho Nacional de Educação, que institui a duração dos cursos para a educação de jovens e adultos. 2. Apresentadas as contrarrazões recursais por advogado nomeado pelo juízo, cumpre arbitrar os respectivos honorários advocatícios (Agravo de Execução Penal n. 0002987-64.2016.8.24.0079, de Videira, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 23/02/2017).

Não divergindo esta Câmara Criminal:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE DENTRE OUTRAS QUESTÕES, DEIXOU DE HOMOLOGAR A REMIÇÃO POR ESTUDO EM RELAÇÃO À APROVAÇÃO NO EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM), POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DAS HORAS ESTUDADAS. RECURSO DO REEDUCANDO PLEITEANDO A REMIÇÃO DE 66 DIAS DA PENA. ACOLHIMENTO PARCIAL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA QUE CHANCELA A REMIÇÃO MESMO SEM A COMPROVAÇÃO DAS HORAS ESTUDADAS. **APENADO APROVADO EM CINCO DAS CINCO ÁREAS DE CONHECIMENTO. BASE DE CÁLCULO PARA A AFERIÇÃO DE DIAS REMIDOS QUE DEVE RESPEITAR O PARÂMETRO DE 50% DA CARGA HORÁRIA LEGALMENTE ESTABELECIDA PELA RESOLUÇÃO N. 44/2013, EDITADA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, INTERPRETADA EM CONSONÂNCIA COM O ART. 126, § 1.º, INCISO I, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO DE 50 DIAS REMIDOS QUE SE IMPÕE.** "As condições necessárias para o cômputo de remições relacionadas ao estudo em casos de participação e aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) e Exame Nacional de Ensino Médio (ENEM), estão dispostas na Resolução n. 44/2013 do CNJ, que é clara ao prever que a base de cálculo em hipóteses tais deve respeitar o parâmetro de 50% da carga horária legalmente definida para cada nível de ensino" (Agravo de Execução Penal n. 0001652-36.2016.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 22.09.2016). **"A Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça prevê que a base de cálculo para fins de remição nas**

> **hipóteses de aprovação de apenados no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) e no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) deve respeitar o parâmetro de 50% da carga horária legalmente definida para cada nível de ensino. Em seguida, pormenoriza numericamente qual a carga horária legalmente estabelecida em cada caso - 1600 (mil e seiscentas) horas, em se tratando de ensino fundamental, e 1200 (mil e duzentas) horas, em se tratando de ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio -, reproduzindo a previsão contida no art. 4º, incisos II e III, da Resolução n. 03/2010 do Conselho Nacional de Educação, que institui a duração dos cursos para a educação de jovens e adultos"** (Agravo de Execução Penal n. 0004357-07.2016.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 02.08.2016) RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (Agravo de Execução Penal n. 0018338-51.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 31/01/2017).

Pelo exposto, *venia* ao posicionamento do magistrado singular, é de se dar provimento ao recurso para homologar a remição de 30 (trinta) dias da pena do reeducando Leandro Medeiros Thibes, em razão de sua parcial proficiência no Exame do Ensino Médio (ENEM).

Por fim, a defesa, em contrarrazões, prequestiona o art. art. 24, I, da Lei n. 9 .394/96.

No entanto, o requisito do prequestionamento, para fins de interposição de recurso nos Tribunais Superiores, é satisfeito com a apreciação da matéria ventilada no recurso, o que foi devidamente realizado *in casu*, restando desnecessária a manifestação expressa sobre cada um dos dispositivos legais indicados pelo agravado.

A propósito, colaciona-se da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA

> SEM REPERCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL. MENÇÃO EXPRESSA AOS DISPOSITIVOS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. REJEIÇÃO. [...] 2. Para fins de prequestionamento da matéria constitucional, hábil a possibilitar a interposição de recurso extraordinário, orienta-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há longa data, pela desnecessidade de que haja expressa menção, no acórdão recorrido, aos dispositivos constitucionais que a parte entende como violados. 3. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no Resp 794100/PR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 05/12/2006, grifou-se). [...] Não configura omissão do julgado a falta de menção expressa a dispositivos constitucionais e infraconstitucionais suscitados pela parte, se a decisão restou suficientemente fundamentada. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no REsp 1108360/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 6/10/2009, grifou-se).

Portanto, o pleito não merece provimento.

Em decorrência, vota-se pelo conhecimento e provimento do recurso, para declarar remidos 30 (trinta) dias da pena do reeducando Leandro Medeiros Thibes, em razão de sua parcial proficiência no Exame do Ensino Médio (ENEM).

Cientifique-se o Juízo *a quo* para reelaboração dos cálculos de liquidação da pena nos moldes ora definidos.

É o voto.

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0000488-55.2015.8.24.0043, de Mondaí
Relator: Des. Rodrigo Collaço

APELAÇÕES CRIMINAIS. TRIBUNAL DO JÚRI. FEMINICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, II, IV E VI, E § 2º-A, I, DO CP), ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, § 1º, PARTE FINAL, DO CP) E VILIPÊNDIO A CADÁVER (ART. 212 DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INCONFORMISMOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFESA.

RECURSO DO ACUSADO VOLTADO À ABSOLVIÇÃO DOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E DE VILIPÊNDIO A CADÁVER E À DESCLASSIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO PARA HOMICÍDIO PRIVILEGIADO (ART. 121, *CAPUT* E § 1º, DO CP). PRETENSÃO CALCADA EM DITA ANEMIA PROBATÓRIA. HIPÓTESES NÃO PREVISTAS NO INC. III DO ART. 593 DO CPP, AINDA QUE ANALISADOS DE FORMA IMPLÍCITA. OBSERVÂNCIA À SÚMULA 713 DO STF. NÃO CONHECIMENTO DO APELO. DECISÃO DOS JURADOS, DE TODO MODO, AMPARADA EM PROVAS CONSTANTES NO PROCESSO.

RECURSO DO *PARQUET* QUE APONTA A EXISTÊNCIA DE ERRO OU INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA (ART. 593, III, "C", DO CP).

DOSIMETRIA DA REPRIMENDA DO FEMINICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PRIMEIRA FASE. PEDIDO DE VALORAÇÃO NEGATIVA DOS VETORES CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA TÃO SOMENTE PARA QUE SE REPUTE DESFAVORÁVEL A SEGUNDA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. RÉU QUE, AO COMETER O DELITO, PREJUDICOU SOBREMANEIRA O DESENVOLVIMENTO DOS QUATRO FILHOS DO CASAL.

SEGUNDA FASE. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DAS AGRAVANTES DO MOTIVO FÚTIL E DO EMPREGO DE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA (ART. 61, II, "A" E "C", DO CP). IMPOSSIBILIDADE. DADOS JÁ CONSIDERADOS COMO QUALIFICADORA E COMO CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS DO CRIME. PLEITO DE AFASTAMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA (ART. 65, III, "D", DO CP). INVIABILIDADE. ADMISSÃO EXTRAJUDICIAL DECLARADA COM DETALHES. POSSÍVEL CONSIDERAÇÃO DO FATOR PELOS JURADOS.

CONCURSO MATERIAL (ART. 69, *CAPUT*, DO CP). SOMA DAS SANÇÕES. CONSTATAÇÃO DE ERRO MATERIAL NA MODALIDADE DE UMA DAS REPRIMENDAS. CORREÇÃO SEM IMPLICAÇÕES PREJUDICIAIS AO RÉU. RETIFICAÇÃO DE OFÍCIO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0000488-55.2015.8.24.0043, da comarca de Mondaí (Vara Única), em que é Apte/Apdo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e Apdo/Apte S. L.:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime: *a)* não conhecer do recurso defensivo; *b)* conhecer e dar parcial provimento ao recurso ministerial para conceber desfavoráveis as consequências do delito, com implicações na pena definitiva; e *c)* de ofício, extirpar o erro material na sentença. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 18 de maio de 2017, os Exmos. Desembargadores Jorge Schaefer Martins (Presidente) e José Everaldo Silva.

Funcionou como representante do Ministério Público a Exma. Procuradora de Justiça Sonia Maria Demeda Groisman Piardi.

Florianópolis, 19 de maio de 2017.

Rodrigo Collaço
RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado ofereceu denúncia contra S. L. pelo cometimento, em tese, dos crimes de estupro tentado (art. 213, *caput* c/c art. 14, II, ambos do CP), de feminicídio triplamente qualificado (art. 121, § 2º, II, IV e VI e § 2º-A, I, do CP) e de vilipêndio ao cadáver (art. 212 do CP) em razão dos fatos assim narrados na peça acusatória:

> "De acordo com as provas colhidas nos autos que a esta denúncia servem de substrato, na madrugada de 2 de abril de 2015, entre 04h20min e 05h30min, na residência localizada na Rua *, n. *, Bairro Capivara, no Município de Mondaí, o denunciado, S. L., aproveitando-se da relação íntima de afeto que possuíram, aguardou sua esposa, S. M. R. L., retornar do trabalho, ocasião em que tentou constrangê-la, mediante violência, a ter conjunção carnal.
>
> Na oportunidade, a fim de satisfazer sua lascívia, o denunciado avançou contra a vítima, agarrando-a pelo pescoço e dizendo que 'queria sexo', não tendo consumado o seu intento criminoso por circunstâncias alheias à sua vontade, uma vez que a vítima ofereceu resistência à prática sexual, situação que fez com que S. esganasse o pescoço de S. com ainda mais força, levando-a a desfalecer.
>
> Na sequência, verificando que a vítima ainda respirava, o denunciado a colocou no banco traseiro do automóvel da família, cobriu seu corpo com uma lona plástica e a levou até um terreno baldio localizado na Rua *, Centro, no Município de Mondaí. No local, imbuído de *animus necandi*, o denunciado golpeou S. com um espeto (apreendido às fls. 160-162) que trazia consigo, perfurando o coração e o pulmão esquerdo da vítima, ferimentos que foram a causa eficiente da morte da ofendida, conforme descreve o Laudo Pericial Cadavérico de fl. 7. Não fosse isso suficiente, o denunciado dirigiu-se até a residência do casal, pegou algumas peças de roupa

> pertencentes à vítima e retornou ao local do crime com a motocicleta de S., deixando os objetos e o veículo próximo ao corpo, a fim de simular que o delito teria sido praticado por outrem e assegurar sua impunidade.
>
> Ato contínuo, aproveitando-se que já havia despido (retirando a calça da vítima, bem como baixando sua calcinha) e assassinado sua cônjuge, o denunciado passou as mãos na vagina de Serlei, vilipendiando seu cadáver.
>
> Cumpre ressaltar que o feminicídio foi cometido em razão do desinteresse da vítima em manter relacionamento conjugal com o denunciado, na medida em que S. pedia a separação e S. não aceitava, bem como pela recusa de S. à prática sexual, ou seja, por motivo fútil.
>
> Além disso, o delito de homicídio foi praticado mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, haja vista que S. desferiu o golpe de espeto no tórax de S. enquanto ela estava inconsciente, não possuindo, portanto, condições de esboçar qualquer reação.
>
> Por fim, o crime foi cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, na medida em que envolveu violência doméstica e familiar (a vítima era cônjuge do acusado, o crime foi praticado no âmbito da residência da família, e o acusado tinha relação de afeto com a ofendida)." (fls. 179-181)

Posteriormente, o ente ministerial apresentou aditamento à exordial acusatória, retificando a imputação de estupro tentado para estupro de vulnerável consumado (art. 217-A, § 1º, parte final, do CP), nos seguintes termos:

> "Fato 1 - Do crime de Estupro de Vulnerável (art. 217-A, §1º, última parte, do Código Penal)
>
> Na madrugada de 2 de abril de 2015, entre 04h20min e 05h30min, na residência localizada na Rua *, n. *, Bairro Capivara, no Município de Mondaí, o denunciado, S. L., de forma consciente e voluntária

teve conjunção carnal com a S. M. R., após deixá-la inconsciente, não podendo a vítima, portanto, oferecer resistência.

Segundo foi apurado, aproveitando-se da relação íntima de afeto que possuíam, o denunciado aguardou sua esposa, S. M. R. L., retornar do trabalho, ocasião em que tentou constrangê-la, mediante violência, a ter conjunção carnal.

Na oportunidade, a fim de satisfazer sua lascívia, o denunciado avançou contra a vítima, agarrando-a pelo pescoço e dizendo que 'queria sexo', oportunidade em que a vítima ofereceu resistência à prática sexual, situação que fez com que S. esganasse o pescoço de S. com ainda mais força, levando-a a desfalecer.

Na sequência, aproveitando-se do fato de que a vítima não poderia oferecer resistência, pois encontrava-se inconsciente, o denunciado teve conjunção carnal com S. M. R. L., consistente em cópula vaginal, conforme atesta o Laudo Pericial de fls. 7-27 e o Laudo Pericial de Pesquisa de Esperma anexo (Laudo Pericial n. 9200.2015.05845).

Fato 2 - Do crime de feminicídio triplamente qualificado (art. 121, § 2º, II, IV e VI, § 2º-A, I, do Código Penal)

Ainda na mesma data, após consumar o crime de estupro de vulnerável, o denunciado S. L., com manifesto *animus necandi*, matou a vítima S. M. R. L., sua esposa.

Consta dos autos que, consumado o ato sexual, verificando que a vítima ainda respirava, o denunciado a colocou no banco traseiro do automóvel da família, cobriu seu corpo com uma lona plástica e a levou até um terreno baldio localizado na Rua *, Centro, no Município de Mondaí. No local, imbuído de *animus necandi*, o denunciado golpeou S. com um espeto (apreendido às fls. 160-162) que trazia consigo, perfurando o coração e o pulmão esquerdo da vítima, ferimentos que foram a causa eficiente da morte da ofendida, conforme descreve o Laudo Pericial Cadavérico de fl. 7. Não fosse isso suficiente, o denunciado dirigiu-se até a residência do casal, pegou algumas peças de roupa pertencentes à vítima e retornou ao local do crime com a motocicleta de S., deixando os objetos e o veículo próximo ao corpo, a fim de simular que o delito teria sido praticado por outrem e assegurar sua impunidade.

> O feminicídio foi cometido em razão do desinteresse da vítima em manter relacionamento conjugal com o denunciado, na medida em que S. pedia a separação e S. não aceitava, bem como pela recusa de S. à prática sexual, ou seja, por motivo fútil.
>
> Além disso, o delito de homicídio foi praticado mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, haja vista que S. desferiu o golpe de espeto no tórax de S. enquanto ela estava inconsciente, não possuindo, portanto, condições de esboçar qualquer reação.
>
> Por fim, o crime foi cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, na medida em que envolveu violência doméstica e familiar (a vítima era cônjuge do acusado, o crime foi praticado no âmbito da residência da família, e o acusado tinha relação de afeto com a ofendida).
>
> Fato 3 - Do crime de vilipêndio de cadáver (art. 212 do Código Penal)
>
> Na sequência, no mesmo dia e local supracitados, em horário próximo ao do cometimento dos demais crimes acima narrados, o denunciado S. L. vilipendiou o cadáver de S. M. R. L., sua esposa.
>
> Aproveitando-se que já havia despido (retirando a calça da vítima, bem como baixando sua calcinha) e assassinado sua cônjuge, o denunciado passou as mãos na vagina de S., vilipendiando seu cadáver." (fls. 306-309)

Em que pese a impugnação do denunciado (fls. 323-325), o aditamento à denúncia foi recebido à fl. 326.

Instruído o processo e apresentadas alegações finais, restou o acusado pronunciado pela possível prática, em concurso material (art. 69, *caput*, do CP), dos delitos insculpidos no art. 217-A, § 1º, parte final, do CP; no art. 121, § 2º, II, IV e VI e § 2º-A, I, do CP, e; no art. 212 do CP.

Não resignado com a decisão, o imputado interpôs recurso em sentido estrito (fls. 483-487), ao qual se negou provimento (acórdão de fls. 530-542).

Em julgamento perante o tribunal do júri, procedida à deliberação pelo conselho, pelo juiz presidente sobreveio sentença com seguinte dispositivo:

"Ante o exposto, em obediência à decisão soberana do Conselho de Sentença, JULGO PROCEDENTE a acusação para, em consequência CONDENAR o réu S. L. ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 24 (vinte e quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, por infração ao artigo 121, § 2º, II, IV e VI, art. 217-A, § 1º e art. 212, todos do Código Penal.

O regime inicial de cumprimento da pena imposta deverá ser o fechado, diante da quantidade da pena (CP, art. 33, § 1º, "a").

Deixo de substituir as penas privativas de liberdade por restritiva de direitos, bem como deixo de conceder *sursis*, pois ausente o requisito quantitativo da pena, além de se tratar de crimes cometidos mediante violência.

Mantenho a segregação cautelar do réu S. L., vez que permanecem hígidos os motivos da preventiva, principalmente, no que diz respeito à aplicação da lei penal.

Além disso, a prisão cautelar está fundada na garantia da ordem pública, vez que, além da comoção e da repercussão social do crime - vítima encontrada por populares sem roupas em uma das vias públicas deste município -, a segregação se justifica, portanto, pela gravidade concreta da conduta do agente (*modus operandi*), que, em tese, após tentar esganar a vítima, consumou o homicídio golpeando-a com um espeto (CPP, art. 312).

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO, INCÊNDIO E DESTRUIÇÃO DE CADÁVER NA FORMA TENTADA (ARTS. 121, § 2º, INCS. I, III E IV, 250, § 1º, INC. II, 'A', E 211, TODOS DO CÓDIGO PENAL). PACIENTE QUE SUPOSTAMENTE DESFERIU GOLPES DE ARMA BRANCA CONTRA SUA LOCATÁRIA DIANTE DA PRÉVIA NEGATIVA DE EMPRÉSTIMO FINANCEIRO E ATEOU FOGO NA RESIDÊNCIA DA VÍTIMA PARA ENCOBRIR O ATO. PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR PARTE DO JUÍZO. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS

AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, EM RAZÃO DO *MODUS OPERANDI* E DA REPERCUSSÃO SOCIAL DO CRIME. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, DIANTE DA SUPOSTA TENTATIVA DE PERSUADIR EMPREGADOR PARA CRIAR ÁLIBI EM FAVOR DO PACIENTE. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ARTS. 312 E 313. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. SEGREGAÇÃO QUE NÃO CARACTERIZA CUMPRIMENTO ANTECIPADO DE PENA. BONS PREDICADOS QUE NÃO OBSTAM A MANUTENÇÃO DA PRISÃO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA SEGREGAÇÃO. INSUFICIÊNCIA NO CASO CONCRETO. DESPACHO JUDICIAL FUNDAMENTADO, DEMONSTRANDO A NECESSIDADE DA MEDIDA. ORDEM DENEGADA. '[...] - O requisito da prisão preventiva consistente na garantia da ordem pública pode ser justificado pela gravidade concreta da conduta do agente (*modus operandi*), que, em tese, teria desferido um golpe de faca no pescoço da vítima, em local público e na presença de diversas pessoas, sem que a mesma pudesse reagir à ação (CPP, art. 312). [...] - A decisão que decreta a segregação cautelar do acusado não ofende o princípio da presunção da inocência e nem configura punição antecipada quando é devidamente fundamentada nas hipóteses do art. 312 do CPP. - Os predicados subjetivos do paciente não constituem óbice para a decretação da segregação cautelar. - As medidas cautelares diversas da prisão são insuficientes para afastar a periculosidade do agente quando presentes dados concretos que evidenciam a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. [...]' (Habeas Corpus n. 2014.071736-6, de Canoinhas, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 21.10.2014). (TJSC, Habeas Corpus n. 2014.081796-5, de Chapecó, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 02-12-2014).

Custas pelo réu.

Após o trânsito em julgado, tome o cartório as seguintes providências: 1) Remeta-se o boletim individual à Secretaria da Segurança Pública; 2) Comunique-se ao Juízo Eleitoral para as providências cabíveis; 3)

> Comunique-se à Corregedoria-Geral da Justiça; 4) Extraia-se o respectivo PEC e encaminhe-se-o ao Juízo da Execução para cumprimento e fiscalização das penas aplicadas.
>
> Publicada na Sala de Sessões do Tribunal do Júri da Comarca de Mondaí-SC, aos quinze dias do mês de julho de 2016, às 18h20min, e intimados os presentes, registre-se."

Contra esse pronunciamento tanto o réu quanto o ente ministerial interpuseram recurso de apelação.

Nas suas razões, postula o acusado, com base em insuficiência probatória, a sua absolvição das infrações penais de estupro de vulnerável (217-A, § 1º, parte final, do CP) e de vilipêndio ao cadáver (art. 212 do CP) ou, ao menos, a exclusão das qualificadoras do feminicídio triplamente qualificado (art. 121, § 2º, II, IV e VI e § 2º-A, I, do CP), com a consequente desclassificação desse crime para aquele de homicídio simples privilegiado (art. 121, *caput* e § 1º, do CP). Ainda subsidiariamente, almeja, "se for o caso", a imediata expedição de alvará de soltura e a realização de um novo julgamento (fls. 767-773).

Por seu turno, invoca o *parquet*, na sua narrativa, erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena (art. 593, III, "c", do CP), mais precisamente quanto à dosimetria da reprimenda do homicídio triplamente qualificado. Nessa esteira, alega que na primeira fase de aludido delito hão se reputar negativos os vetores culpabilidade e consequências da infração penal. Referente à etapa intermediária, objetiva o afastamento da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP) e o reconhecimento das agravantes do motivo fútil e do recurso que impossibilitou a defesa da vítima (na ordem, art. 61, II, "a" e "c", do CP). Alfim, com amparo no art. 105, III, "c", da CF e para fins de interposição de eventual recurso especial, prequestiona a interpretação do art. 59 do CP (fls. 804-822).

Contrarrazões do órgão ministerial às fls. 780-803 e do imputado às fls. 888-899.

O Excelentíssimo Procurador de Justiça Francisco Bissoli Filho emitiu parecer pelo *"conhecimento, apenas, do recurso interposto pela promotora de justiça da comarca de Mondaí, e pelo seu parcial provimento, apenas, para que: 1) seja valorada, como negativa ao apelado S. L., na primeira fase dosimétrica, a circunstância judicial das consequências do crime; e 2) seja reduzida a incidência da atenuante da confissão espontânea, por se tratar de confissão qualificada"* (fls. 903-914).

VOTO

Como sumariado, cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina e por S. L. em face da sentença de procedência da pretensão deduzida na denúncia ofertada por aquele para o fim de condenar este à pena de 24 anos e 6 meses de reclusão, a ser resgatada em regime inicial fechado, assim como ao pagamento de 12 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, como incurso, na forma do art. 69, *caput*, do CP, no art. 121, § 2º, II, IV e VI e § 2º-A, I, do CP; no art. 217-A, § 1º, parte final, do CP, e; no art. 212 do CP.

Para uma melhor compreensão, passa-se ao exame individualizado das insurgências recursais.

1. Do recurso do réu

De início, convém destacar que a apelação do acusado, tal como apontado pela Procuradoria-Geral de Justiça, não merece ser conhecida.

Isso porque, segundo extrai-se das razões recursais, o imputado, forte em suposta anemia probatória, persegue a sua absolvição dos crimes de estupro de vulnerável (art. 217-A, § 1º, parte final, do CP) e de vilipêndio ao cadáver, bem como a desclassificação do delito de feminicídio triplamente qualificado (art. 121, § 2º, II, IV e VI e § 2º-A, I, do CP) para a infração penal de homicídio simples privilegiado (art. 121, *caput* e § 1º, do CP), com a imediata expedição de alvará de soltura e

realização de novo julgamento.

Ou seja, o réu não fundamentou a sua irresignação em nenhuma das hipóteses previstas no inc. III do art. 593 do CPP, que assim dispõem: "*Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: [...] III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos".*

A respeito do assunto, reza o enunciado da Súmula 713 do STF que *"o efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição".*

Na mesma toada, esta Corte orienta que *"os recursos interpostos contra as decisões proferidas pelo Tribunal do Júri têm fundamentação vinculada, ou seja, devem especificar na peça de interposição as razões do inconformismo, com respaldo nas alíneas do inciso III, do art. 593 do CPP. Tal regra encontra fundamento no princípio constitucional da soberania dos vereditos. Assim, nos casos em que não há delimitação da insurgência, o não conhecimento do apelo é medida imperativa"* (Apelação Criminal n. 2012.010416-1, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 4.2.14).

De outra banda, não se ignora que, como já decidiu este Tribunal, *"não impede o conhecimento do reclamo a mera ausência, na peça de interposição, de menção expressa às alíneas do art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal às quais se apega o apelante, desde que do conteúdo das razões recursais elevem-se os fundamentos legais sobre os quais repousa a irresignação"* (Apelação Criminal n. 2011.079428-0, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 21.5.13).

Ocorre que, no caso concreto, a considerar que ambas as pretensões do acusado estão embasadas em insuficiência probatória, não há como se deduzir, ainda que implicitamente, que estas possuem fundamento vinculado em alguma das hipóteses descritas no inc. III do art. 593 do CPP.

Logo, como dito, não comporta conhecimento o recurso do imputado.

De todo modo, mesmo que se admita, como ponderado pelo ente ministerial inaugural nas suas contrarrazões, que o réu estaria fazendo referência a uma decisão do conselho de sentença manifestamente contrária à prova dos autos, não pairam dúvidas de que a deliberação dos jurados possui arrimo no acervo probatório.

No que diz respeito ao estupro de vulnerável, importa registrar que diversas pessoas próximas à ofendida, a exemplo de amigas, vizinhas e/ou colegas de trabalho, afirmaram que o acusado não aceitava a separação do casal e costumava manter relações sexuais com a vítima contra a vontade desta, inclusive mediante o emprego de violência - haja vista as marcas de agressões que a mesma ostentava. A título exemplificativo, veja-se os depoimentos, na sessão em plenário, de Marlene Blum Muller e Regina Dolores Felber (gravações audiovisuais junto à ata de reunião de tribunal de júri de fls. 748-752).

Aliás, muito embora em juízo (gravação junto ao termo de audiência em meio audiovisual de fl. 376) e em plenário (gravação audiovisual junto à ata de reunião de tribunal de júri de fls. 748-752) o imputado tenha negado ter mantido ou tentado manter relações sexuais ou qualquer contato lascivo com a ofendida, antes ou depois de esganá-la no pescoço com as mãos e perfurá-la, enquanto esta se encontrava desmaiada, no coração e pulmão esquerdo com um espeto, necessário apregoar que no seu segundo depoimento extrajudicial, prestado em 9.4.15, aquele apresentou versão diversa. Veja-se os trechos que interessam:

> "[...] que S. queria a separação, sendo que o interrogando não queria; [...] que no último mês o interrogando procurou S. para ter relações sexuais com ela, sendo que algumas vezes ela queria e tiveram relação, mas depois de uns quinze dias para cá, ela não queria mais ter relação sexual com o interrogando; que na madrugada do dia 02 de abril de 2015, madrugada de quinta-feira, por volta das 04h20min, S. chegou em casa

do trabalho [....]; que o interrogado tentou conversar com ela para ter relação sexual com ela, sendo que ela não quis; que o interrogando ficou incomodado com ela porque ela não quis ter relação sexual e porque o interrogando pensava e desconfiava que ela tinha outro; que S. negou ter relação sexual com o interrogando, sendo que daí o interrogando bateu nela e 'pegou ela pelas guelas', com as mãos; que forçou o pescoço dela, sendo que ela não tinha chegado bem a deitar; que o interrogando diz que já agarrou ela assim que ela abriu a porta; que o interrogando diz que já estava incomodado com ela há alguns dias; que agarrou ela no interior da casa assim que ela entrou pela porta dos fundos, sendo que, depois que ela entrou pela porta dos fundos, ela deu cerca de quatro ou cinco passos no interior da casa e daí o interrogando já agarrou ela no pescoço; que o interrogado manteve ela agarrada no pescoço e disse que queria sexo; que S. disse que 'com o interrogando não tinha mais'; que daí o interrogando se incomodou e apertou o pescoço dela; que apertou no pescoço dela alguns minutos, sendo que ela desmaiou; que daí o interrogando carregou ela no carro, deitou ela no banco de trás; [...] que levou ela até onde o corpo foi encontrado; que levou primeiro o corpo; que, quando chegou lá no local, tentou fazer relação sexual com ela ainda, o interrogando chegou a tirar parte da roupa dela, sendo que tirou a calça e a camisa; que tento manter relação sexual no local onde o corpo foi achado, mas desistiu porque 'ficou com medo'; Que S. estava deitada no chão, com a barriga para cima, e daí o interrogando pegou um 'espetinho' que trouxe junto de casa, quando trouxe o corpo dela, e dai espetou nela, visando atingir o coração para matar ela, pois notou que ela ainda estava viva; [...] que o interrogando esclarece ainda que, embora tentou manter relação sexual com S. no local onde deixou o corpo dela, chegou a puxar a calça dela para baixo, sendo que as partes íntimas dela ficaram para fora; que o interrogando diz que chegou a passar sua mão nas genitálias dela, lá no terreno, depois de esfaquear ela; que o interrogando afirma que passou a mão na vagina dela depois de ter espetado ela; que o interrogando acha que passou a mão na vagina dela antes de espetar ela, mas não tem certeza disso; [...]." (fls. 119-122; grifou-se)

Tal narrativa faz surgir a ilação de que o réu costumava fazer uso de violência física para manter relações sexuais com a vítima.

Não fosse isso, por intermédio do laudo pericial de fls. 345/346 restou constatada a presença de esperma na vagina da ofendida.

E não obstante o laudo de exame de DNA de fls. 349-352 não tenha conseguido concluir que aquele esperma pertencia ao acusado, bem se vê, por outro lado, que essa hipótese não foi descartada por referida perícia.

Outrossim, o suposto amante da vítima apontado pelo imputado, vale dizer, Márcio Ziller, negou ter mantido relacionamento amoroso ou relação sexual com a ofendida (gravação audiovisual junto ao termo de importação de fl. 852).

Já no que se refere ao vilipêndio ao cadáver, como visto, na delegacia o réu admitiu ter passado as mãos na vagina da vítima depois de matá-la.

Ainda, os policiais civis Denise Andreia Seidel e Norvalino Engel, em sede judicial, também asseveraram que, segundo souberam pelo próprio acusado, este chegou a passar as mãos nas parte íntimas da ofendida (gravações junto ao termo de audiência em meio audiovisual de fl. 216).

Finalmente, por tudo que fora explicitado, igualmente não haveria como se refutar, nesta instância recursal, as teses de que o imputado teria agido mediante motivação fútil - a vítima teria se negado a manter relações sexuais consigo -, com emprego de recurso que dificultou a defesa da ofendida - teria perfurado o pulmão esquerdo e o coração desta somente após esganá-la até a mesma desmaiar - e em virtude das relações domésticas que mantinha com sua esposa.

Em suma, os jurados, ao concluírem pela existência das qualificadoras do homicídio e pela materialidade e autoria dos crimes conexos em relação ao réu, limitaram-se a adotar uma das versões

plausíveis constantes no caderno penal, de modo que, mesmo que fosse o caso de se conhecer o apelo do acusado, não haveria se falar em decisão manifestamente contrária às provas dos autos.

2. Do recurso do Ministério Público

De outro viés, aventa o *parquet*, com fulcro no art. 593, III, "c", do CP, a existência de erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena, mais precisamente no que diz respeito à dosimetria da reprimenda do homicídio triplamente qualificado.

Nesse particular, comporta parcial guarida o pleito ministerial.

No que toca à primeira fase, relata o ente ministerial que "*a culpabilidade* [do agente]*, assim entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, é acentuada, uma vez que o ora apelado, ao matar sua esposa, pessoa essa com quem estava casado desde que a vitima contava com 15 anos de idade, como ele mesmo afirma, e com quem possui quatro filhos, revelou completo desvalor aos conceitos básicos e primários da família, ignorando ainda a condição peculiar da mulher como sujeito de direitos que goza de especial proteção legal"* (fl. 813).

Ademais, assinala que *"as consequências do crime ensejam a majoração da pena [...] porque o apelado, ao matar sua esposa, acabou por tirar a vida da mãe de seus quatro filhos, Gelson Lavicki (20 anos de idade), José Lavicki (6 anos de idade), Silvio Lavicki (15 anos de idade) e Angélica Lavicki (16 anos de idade), que a partir daquele momento se viram desprovidos do convívio com a genitora, de amor e carinho materno, e crescerão não apenas sem o amparo e edução da genitora, mas também sabendo que foi o próprio genitor quem ceifou a vida de sua mãe, gerando assim incontestáveis danos ao seu desenvolvimento"* (fl. 813).

A propósito, tal como declinado pela Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer, resta clarividente que apenas as consequências do crime realmente devem ser reputadas desfavoráveis.

Sob esse prisma, não pairam dúvidas de que as consequências do delito foram reprováveis, uma vez que o imputado, ao ceifar a vida de

sua esposa, privou os quatro filhos do casal do convívio com os pais, prejudicando sobremaneira o desenvolvimento de seus descendentes.

Aliás, como apontado pelo Ministério Público nas suas razões recursais, "*o filho mais velho de S. L., G. L., teve que assumir a guarda legal e obrigação de amparar e prestar os cuidados necessários aos demais irmãos", tanto que "tramita no Juízo da Comarca de Mondaí a Ação de Guarda envolvendo as partes sob n. 0300480-05.2015.8.24.0043*" (fl. 814).

Contudo, essa peculiaridade não pode ser empregada também para a valoração negativa da culpabilidade do réu, sob pena deste colegiado incorrer em *bis in idem*. Da mesma forma, implicaria violação ao princípio do *non bis in idem* reputar desfavorável a culpabilidade do acusado com base no fato deste ter ignorado "*a condição peculiar da mulher como sujeito de direitos que goza de especial proteção legal*", já que esta circunstância foi reconhecida na segunda fase por intermédio da agravante do art. 61, II, "f", do CP.

Em suma, a culpabilidade do imputado, diferente das consequências da infração penal - e das circunstâncias do crime, também negativadas em primeira instância -, não excede a normalidade da espécie delitiva em análise.

Assim, presentes duas circunstâncias judiciais desfavoráveis (circunstâncias e consequências do crime), a pena-base do feminicídio triplamente qualificado resta elevada à razão de 2/6 e, portanto, reajustada para 16 anos de reclusão.

Referente à etapa intermédia, não possui fundamento o pleito do órgão ministerial de reconhecimento das circunstâncias agravantes do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima - insculpidas, respectivamente, no art. 61, II, "a" e "c", do CP.

Nesse viés, como denota-se da dosimetria operada na origem, uma dessas circunstâncias foi utilizada na primeira fase justamente para

qualificar o homicídio e outra, ainda nessa etapa, para que se reputassem desfavoráveis as circunstâncias do delito, enquanto que aquela do feminicídio, como dito, ensejou na segunda fase a agravante do art. 61, II, "f", do CP - esta que ao final, fora integralmente compensada, conforme admite esta Corte e os Tribunais Superiores, com a atenuante do art. 65, III, "d", do CP (ver TJSC, Apelação Criminal n. 0000441-72.2016.8.24.0067, rel. Desª Salete Silva Sommariva, j. 17.1.17; STJ, EREsp nº 1.154.752/RS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 23.5.12, e; STF, HC nº 101.909, rel. Min. Ayres Britto, j. 28.2.12).

Desta Casa de Justiça: "*é perfeitamente possível utilizar uma qualificadora para qualificar o crime de homicídio e migrar as demais para a segunda fase da dosimetria, quando prevista, ou como circunstância judicial, de forma residual*" (Revisão Criminal n. 2012.048735-7, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 26.6.13).

De igual maneira, não procede o inconformismo do *parquet* com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Ainda que na primeira oportunidade em que foi ouvido na delegacia o réu tenha negado a autoria da infração penal (fls. 42/43), não se pode olvidar que no seu segundo depoimento extrajudicial este confessou, inclusive com detalhes, toda a empreitada criminosa que realizou (fls. 119-122).

Além do mais, pouco importa que em juízo (gravação junto ao termo de audiência em meio audiovisual de fl. 246) e em plenário (gravação audiovisual junto à ata de reunião de tribunal do júri de fls. 748-752) o acusado tenha modificado parte de sua narrativa com a intenção de demonstrar que sua conduta, ao menos no início, estaria pautada em legítima defesa - a ofendida teria lhe atacado com um espeto e, para se defender, teria esganado sua esposa no pescoço.

No ponto, o imputado deixou claro que perfurou o coração e o pulmão esquerdo da vítima com o espeto tão só depois desta se encontrar

desfalecida, motivo por que caracterizado o excesso de legítima defesa nas próprias palavras do réu.

E não havendo majorantes ou minorantes na terceira fase da dosimetria da sanção de feminicídio triplamente qualificado, esta fica definitivamente arbitrada em 16 anos de reclusão.

Entretanto, há ainda que se corrigir, de ofício, um erro material na dosimetria da pena.

Nessa vereda, o juízo primevo, ao realizar a soma, em concurso material (art. 69, *caput*, do CP), das reprimendas privativas de liberdade do feminicídio triplamente qualificado, do estupro de vulnerável e do vilipêndio a cadáver, ignorou o fato de que as duas primeiras resultam reclusão e a última detenção.

Por conseguinte, efetivadas as readequações nesta instância recursal, a sanção definitiva alcança 25 anos e 4 meses de reclusão, 1 ano e 2 meses de detenção e 12 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Para fins do art. 387, § 2º, do CPP, verifica-se que o tempo de segregação cautelar do acusado até o momento (preso preventivamente desde 9.4.15; fl. 99) não basta para preenchimento do requisito objetivo à imediata progressão de regime.

3. Pelo exposto, o voto é pelo não conhecimento do recurso do acusado e pelo conhecimento e provimento do recurso do Ministério Público a fim de reconhecer, na primeira fase da dosimetria da pena do crime de feminicídio triplamente (art. 121, § 2º, II, IV e VI e § 2º-A, I, do CP), o vetor negativo circunstâncias do delito, determinando-se consequentemente o aumento da respectiva pena-base à razão de 1/6 (um sexto). Ainda, o voto é pela retificação, de ofício, de erro material no que toca ao somatório das reprimendas em concurso material (art. 69, *caput*, do CP), consistente na ausência de distinção entre as sanções

corpóreas de reclusão e detenção. Assim, a pena definitiva alcança 25 (vinte e cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção e 12 (doze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Como resultado da condenação penal confirmada, em colegiado nesta instância, por crimes referidos no art. 1º, I, "e", da LC 64/90 (itens 7, *in fine*, e 9), proceda o Secretário de Câmara à inclusão/atualização dos dados do réu no CNCIAI.

Apelação Criminal n. 0001578-91.2015.8.24.0013, de Campo Erê
Relatora: Desa. Substituta Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM HABILITAÇÃO, GERANDO PERIGO DE DANO (ARTS. 306 E 309, AMBOS DA LEI 9.503/97). CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DA DEFESA. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DA PRÁTICA DOS CRIMES, TENDO EM VISTA QUE NÃO COMPROVADA A EFETIVA EXPOSIÇÃO DA COLETIVIDADE A RISCO POTENCIAL. NÃO ACOLHIMENTO. RÉU QUE CONFESSA A INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA E DIREÇÃO DE AUTOMÓVEL SEM HABILITAÇÃO. ACUSADO QUE EFETUOU O BAFÔMETRO, O QUAL ATESTOU QUANTIDADE DE ÁLCOOL SUPERIOR AO PERMITIDO. POLICIAIS MILITARES QUE ABORDARAM O ACUSADO E QUE ATESTARAM O VISÍVEL ESTADO DE EMBRIAGUEZ, ALÉM DA CONDUÇÃO NA CONTRAMÃO DE DIREÇÃO E NÃO ATENDIMENTO À ORDEM DE PARADA. DELITO DO ART. 306 DA LEI 9.503/97 DE PERIGO ABSTRATO. PRESCINDIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO DANO. CRIME DE DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM HABILITAÇÃO. PERIGO CONCRETO DEVIDAMENTE EVIDENCIADO NOS AUTOS. DIREÇÃO NA CONTRAMÃO E DESATENDIMENTO À ORDEM DE PARADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PRIMEIRA FASE. MAUS ANTECEDENTES. ELEVAÇÃO CORRETA. SEGUNDA FASE. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. MANUTENÇÃO. ENTENDIMENTO PRECONIZADO DE ACORDO COM O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TERCEIRA FASE. INEXISTÊNCIA DE CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO DA PENA. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. ELEVAÇÃO NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6. MANUTENÇÃO. PEDIDO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA O INÍCIO

CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0001578-91.2015.8.24.0013, da comarca de Campo Erê Vara Única em que é Apelante Clésio Lira e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Desembargador Jorge Schaefer Martins (Presidente), e o Exmo. Sr. Desembargador Roberto Lucas Pacheco.

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2017.

Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer
Relatora

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofertou denúncia em face de Clésio Lira, imputando-lhe a prática dos crimes previstos no artigo 306, §1° , inciso I, e art. 309, ambos da Lei nº 9.503/97, conforme os seguintes fatos narrados na peça acusatória:

> 1. No dia 28 de novembro de 2015 (sábado), por volta das 02h25min, na via pública denominada Rua Ernestina Marques, Bairro Cohab, Município de Campo Erê, o denunciado CLÉSIO LIRA, consciente e voluntariamente, conduzia o veículo Fiat/Uno, placas KLZ 8080, com

> a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, conforme constatado pelo teste etilômetro que indicou a concentração alcoólica de 0,77 miligramas de álcool por litro de ar alveolar expelido (fl. 18), o que equivale a 15,4 decigramas de álcool por litro de sangue.
>
> 2. Constatou-se, também, que, além de embriagado, o denunciado conduzia o referido veículo, naquela via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação, gerando perigo de dano, pois ao ser abordado, empreendeu fuga, parando apenas em frente a sua residência, onde foi constatado o elevado grau de embriaguez.

Encerrada a instrução processual, sobreveio sentença (fls. 81/89), nos seguintes termos:

> Ante os fatos e fundamentos expostos, julgo procedente a pretensão punitiva estatal, para o fim de condenar o réu Clésio Lira, qualificado, à pena 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de detenção e 11 (onze) dias-multa, cada um arbitrado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, bem como à suspensão ou proibição de obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 2 (dois) meses e 10 (dez) dias, como incurso nas sanções dos arts. 306 e 309, ambos da Lei n. 9.503/1997, na forma do art. 70, *caput*, do CP c/c art. 65, inc. I e art. 65, inc. III, "d", também do diploma repressivo.

O réu interpôs recurso de apelação (fls. 99/104), pugnando em suas razões, pela reforma do *decisum*, sustentando que para a condenação dos delitos que lhe foram imputados seria necessária a comprovação do nexo causal entre a ingestão de bebida alcoólica e a efetiva exposição da coletividade a algum tipo de risco, o que não ocorreu, pois o acusado foi abordado em sua residência. Ademais, pretende a redução da pena e, diante da sua confissão, requereu o abrandamento do regime inicial de cumprimento desta para o aberto.

Com as contrarrazões (fls. 109/122), ascenderam os autos a este Tribunal.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto Speck, manifestando-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Este é o relatório.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Clésio Lira, inconformado com a sentença prolatada pelo MM. Juiz da Vara Única da comarca de Campo Erê que condenou-o à pena de 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, bem como à pena de suspensão ou proibição de obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 2 (dois) meses e 10 (dez) dias, pelo cometimento dos delitos descritos nos artigos 306 e 309, ambos do Código de Trânsito Brasileiro.

A defesa pugna pela reforma do *decisum*, sustentando que para a caracterização dos delitos que lhe foram imputados seria necessária a comprovação do nexo causal entre a ingestão de bebida alcoólica e a efetiva exposição da coletividade a algum tipo de risco, o que não ocorreu no caso, pois apesar de ter assumido o risco de beber e dirigir sem habilitação, estava em casa no momento em que foi abordado.

O Ministério Público, em contrarrazões, requereu a manutenção da sentença *a quo*.

A materialidade e a autoria delitiva de ambos os crimes, em pese não foram motivo de insurgência recursal, verifico que encontram sustentação na prova oral colhida, estando comprovadas, pelo auto de prisão em flagrante (fls. 1/4), boletim de ocorrência (fls. 5/6), teste de alcoolemia (fl. 18) e pela confissão do acusado (áudio de fls. 77/78).

No tocante ao delito do artigo 306, da Lei 9.503/97, não assiste razão ao réu-apelante.

O teste de alcoolemia de fl. 18 constatou a presença de álcool na concentração de 0,77 mg/L, o equivalente a 15,4 decigramas por litro de sangue, montante superior ao valor de 6 decigramas previstos na legislação.

À época da infração cometida pelo apelante já estava em vigor a nova redação do art. 306, do CTB, já alterada pelas Leis n. 11.705/2008 e n. 12.760/2012, a qual assim disciplina:

> Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:
>
> Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor
>
> § 1o As condutas previstas no caput serão constatadas por:
>
> I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar;
>
> [...]

Trata-se o crime em comento de perigo abstrato, não havendo a necessidade de se demonstrar o dano potencial à incolumidade pública para caracterizar a infração penal.

A propósito, é o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci:

> [...] Outra modificação imposta pela Lei 11.705/2008 foi a eliminação da expressão "expondo a dano potencial a incolumidade de outrem". Quer-se transferir o delito do art. 306 desta Lei para o rol dos crimes de perigo abstrato, não mais se exigindo a prova da situação potencial de dano. (Leis penais e Processuais Penais Comentadas. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1251).

Tal entendimento está pacificado no Superior Tribunal de Justiça:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DEMONSTRAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. - Pacífico nesta Corte o entendimento de que o crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, bastando para sua configuração que o agente dirija o veículo sob a influência de álcool, dispensando a demonstração de dano potencial à incolumidade de outrem. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1557200/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016).

E não destoam os precedentes deste Tribunal:

> PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (CPP, ART. 581, I). CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR COM CAPACIDADE PSICOATIVA ALTERADA SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL (LEI 9.503/1997, ART. 306). NATUREZA JURÍDICA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. LEI 12.760/2012. TIPO PENAL DE PERIGO ABSTRATO. SENTENÇA REFORMADA. - A Lei 12.760/2012 não alterou a natureza jurídica do crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. - A denúncia que narra adequadamente o fato típico não pode ser rejeitada, quando apresenta lastro probatório mínimo. - Parecer da PGJ pelo conhecimento e provimento do recurso. - Recurso OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PRESCINDIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO DANO. RECUSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Recurso Criminal n. 2013.040825-1, de Chapecó, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 06-08-2013). - grifei.

Ademais, o réu foi abordado em sua residência após ter sido seguido pelos policiais militares na via pública, os quais visualizaram a condução do veículo do acusado em atitude suspeita, na contramão de direção, momento em que perceberam seu visível estado alcoólico, conforme depoimentos que se verão a seguir.

Logo, o simples fato de estar em casa no momento da abordagem com a posterior realização do teste de alcoolemia não desnatura a prática do crime de condução de veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada.

Portanto, havendo provas suficientes nos autos para determinar que o réu estava na direção de veículo automotor após ter ingerido bebida alcoólica, impossível a absolvição.

Seguindo a linha de raciocínio, melhor sorte não socorre ao réu-apelante no tocante ao delito do artigo 309, da Lei 9.503/97.

O acusado Clésio Lira, ouvido na presença do delegado de polícia, desejou se manifestar apenas perante a autoridade judicial (fl.9).

Em juízo declarou (audiovisual de fl. 78):

> Que tinha saído com um amigo para comprarem mudas para plantação, partindo próximo ao meio dia, que seu amigo o convidou para beber. Que beberam num bar próximo a saída da cidade e que vai para São Lourenço. Que quando estava indo embora desviou de um quebra mola, afirmou que estava chovendo, que os vidros do seu carro eram escuros, por isso não viu os policiais, que ao chegar em casa foi abordado pelo policial Silvano. Que foi levado para delegacia e realizou o teste do etilômetro. Que reconhece que estava bêbado. Que não se recorda de ter contornado o quebra mola. Que se tivesse visto a ordem dos policiais teria parado. Que não lembra de ter andado na contramão, nem em zigue-zague. Que bebeu desde o meio dia até de madrugada.

Veja-se, portanto, que em seu interrogatório o acusado alegou não lembrar que tenha dirigido causando perigo de dano, porém, admitiu ter ingerido bebida alcoólica antes de conduzir seu veículo.

O policial militar Hédipo Neumann Matte, que atendeu à ocorrência, declarou na fase policial (fls. 08):

> Que acompanhou a abordagem do veículo Fiat/uno de placas KLG 8080, em razão de que o condutor estava transitando em atitude

> suspeita; Que solicitou para que o condutor parasse o veículo, porém o mesmo se evadiu, porém foi abordado em frente a sua residência; Que foi constatado que o condutor tratava-se de Clésio Lira e o mesmo apresentava visíveis sinais de embriaguez; Que Clésio saiu sozinho do veículo, porém completamente embriagado; Que o mesmo fez o teste do bafômetro apresentando 0,70 mg/l ar; Que foi constatado que o condutor não possuía Carteira Nacional de Habilitação; Que diante dos fatos foi dado voz de prisão ao conduzido, o qual foi trazido a Delegacia de Polícia de Campo Erê para os procedimentos cabíveis.

Na instrução processual, contou (audiovisual – fl. 78):

> Que estava fazendo rondas perto da avenida bandeirantes, quando se deparou com o veículo do senhor Clésio Lira, um Fiat Uno, de cor azul, que naquele momento estava andando na contramão da via. Que fizeram o acompanhamento e o mesmo deslocou-se até sua residência, que foi pela avenida bandeirantes e entrou em direção ao Bairro Cohab, Vila Feliz. Que após parar foi feita a abordagem, constatando que o réu estava visivelmente embriagado, que foi dado voz de prisão e conduzido até a DP. Que após avistá-lo na contramão, foi dado sinal sonoro, para que fosse efetuada a parada, o que não ocorreu.

O policial militar Silvano Tognon afirmou em juízo (audiovisual de fl. 78):

> Que estavam em rondas e o COPOM repassou a informação de que tinha um veículo fazendo zigue-zague e o mesmo foi avistado próximo ao posto do Baggio. Que posteriormente foi dado sinal de parada e não foi acatado seguindo assim até a residência do seu Clésio. Que o mesmo parou o veículo em frente a residência, desceu já meio que 'cambaleando'. Que foi ofertado o bafômetro e o mesmo aceitou. Que foi conduzido então pra a Delegacia de Polícia. Que não viu o mesmo andando em zigue-zague. Que foi a denúncia no COPOM que deu essa informação. Que estavam ali naquele momento no posto de combustível e ele passou, mas não chegaram a ver isso, ele seguiu, só não acatou a ordem, seguiu em frente, foi parar só na residência dele. Que não viu o mesmo colocando a segurança de pessoas em risco naquele momento, mas ele não acatou a ordem de parada, pois estava com os vidros todos

> fechados. Que nesse mesmo percurso já imaginava que ele chegaria a residência.

O tipo penal incrimina a conduta da pessoa que dirige veículo automotor sem a devida permissão ou habilitação.

É fato incontroverso que o réu não possuía CNH.

Necessária ainda, para a configuração do tipo penal, a ocorrência do perigo de dano, senão veja-se: *"Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano: [...]."*

Guilherme de Souza Nucci ensina que:

> É o delito de dirigir sem habilitação. Dirigir (operar o mecanismo, encaminhar) veículo automotor, em via pública, sem possuir permissão ou habilitação, provocando perigo concreto para a segurança viária (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1159).

De acordo com o conjunto probatório, o acusado dirigiu o veículo automotor sem a devida habilitação (CNH), gerando perigo de dano, pois foi visto transitar na contramão de direção e não atendeu à ordem de parada dos policiais, tendo apenas sido abordado assim que parou o carro em frente à sua residência, onde foi constatado o elevado grau de embriaguez, conforme visto acima pelos dizeres dos policiais militares que atenderam a ocorrência.

Há de se esclarecer que, embora necessário o perigo concreto do potencial dano, não há necessidade de se apresentar uma determinada vítima ou vítimas, uma vez que o bem jurídico tutelado é a seguridade viária.

Este é o entendimento deste Tribunal:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM HABILITAÇÃO (ART.

> 309 DO CTB). PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA EVIDENTES PELA CONFISSÃO JUDICIAL E PELOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE ATENDERAM A OCORRÊNCIA. PERIGO CONCRETO DE DANO DEMONSTRADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. "[...] O tipo penal previsto no art. 309 do CTB é formal e de perigo concreto. Para a sua configuração, exige-se prova do perigo com potencialidade lesiva real, apesar de não ser necessária a apresentação de uma determinada vítima, porquanto o bem jurídico tutelado pela norma não é a incolumidade individual, mas a segurança coletiva no trânsito. [...]" (STJ. HC n. 127227/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 17.11.9); (TJSC, Apelação Criminal n. 2011.095388-4, de Porto União, rel. Des. Francisco de Oliveira Neto, j. 29-05-2012).

Dessa maneira, contrariamente ao que afirma o apelante, a direção sem habilitação expôs sim a incolumidade de terceiros a algum tipo de risco potencial e concreto, posto que dirigia de forma imprudente pela da cidade de Campo Erê.

Assim, também deve ser mantida a condenação do acusado como incurso nas sanções do art. 309, da Lei n. 9.503/1997.

De outra banda, requereu o apelante a redução de sua pena e a possibilidade de fixação do regime aberto para início do cumprimento da sua reprimenda, considerando sua confissão.

Todavia, os pleitos não comportam guarida.

Na primeira fase de aplicação da dosimetria, o magistrado singular considerou os maus antecedentes do acusado para elevar sua pena-base em um mês (1/6). Acertada a decisão, uma vez que o réu possui duas condenações com trânsito em julgado, sendo que uma foi utilizada na segunda fase como agravante da reincidência e a outra nesta etapa, tendo em vista a inexistência dos efeitos da reincidência nos autos n. 0001146-29-2002.8.24.0013, cujo trânsito em julgado ocorreu em 14.7.2003 e a extinção da pena em 21.3.2005 (fl. 30).

Assim, correta a aplicação das penas-bases em 7 (sete) meses de detenção para o crime do art. 306, §1º, inc. I, do CTB e 7 (sete) meses e 11 (onze) dias-multa para o delito do art. 309, do CTB. E, ainda, de 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de proibição de se obter a permissão ou a habilitação, para dirigir veículo automotor.

Na segunda fase, foi reconhecida e a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência (autos n. 0000212-22.2012.8.24.0013), e ambas foram compensadas, estando de acordo com o entendimento preconizado por esta egrégia Câmara e o Superior Tribunal de Justiça: (TJSC, Apelação Criminal n. 0003960-60.2016.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 24-11-2016).

Na terceira fase, não se vislumbraram causas de aumento ou diminuição de pena e, diante do concurso forma de crimes (art. 70, caput, do CP), foi elevada a pena de um dos delitos na fração mínima, qual seja, 1/6, o que resultou num montante de 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de detenção, permanecendo inalteradas as penas de multa e de proibição de obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

Verifica-se, portanto, que inexiste motivo para redução da pena, eis que corretamente aplicada.

No que tange ao regime inicial de cumprimento de pena, independentemente de sua confissão, não há como aplicar o aberto, conforme pretende o apelante, diante de sua reincidência, situação que encontra óbice na legislação penal (art. 33, §2º, alínea 'c', do CP).

Ademais, à luz do § 3º do art. 33 do Código Penal não se mostra socialmente recomendável a aplicação de regime mais benéfico ao acusado, pois as circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) não se verificaram favoráveis.

Portanto, mantém-se o regime semiaberto para início do resgate da pena do apelante.

Ante o exposto, o recurso deve ser conhecido e desprovido.

Este é o voto.

PRIMEIRO GRAU

SENTENÇAS

Autos nº 0008775-03.2016.8.24.0033
Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Denunciado: Marco Aurelio Camargo Aguillar

SENTENÇA

1 - Relatório

O Ministério Público de Santa Catarina, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 129, I, da CRFB/88 e art. 24 do CPP, ofereceu denúncia contra **Marco Aurélio Camargo Aguillar**, devidamente qualificado nos autos,dando-o como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, pela prática, em tese, do ato assim descrito (pp. 1/3):

> No dia 24 de agosto de 2016, por volta das 6h00min, policiais militares se dirigiram até a Rua Suécia, 220, apto 403, bloco A, Bairro Balneário Sant a Clara, nesta urbe, a fim de dar cumprimento ao mandado de busca e apreensão em operação realizada em combate ao tráfico de drogas.
>
> Em lá chegando, os agentes públicos efetuaram buscas no imóvel e localizaram 11 (onze) comprimidos de *ecstasy;* 2 (dois) frascos de vidro contendo 48,2g (quarenta e oito gramas e dois decigramas) de substância popularmente conhecida como *skank*; 10 (dez) tabletes de maconha, pesando aproximadamente 7952,2g (sete mil novecentos e cinquenta e dois gramas e dois decigramas); 4 (quatro) porções de maconha, pesando 64,6g (sessenta e quatro e seis decigramas); 3 (três) pequenos pedaços de *haxixe*, substâncias entorpecentes capazes de causar dependência física e/ou psíquica, que MARCO AURÉLIO CAMARGO AGUILLAR, guardava sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para posterior venda a terceiros, além da importância de

> R$7.800,00 (sete mil e oitocentos reais), oriunda da narcotraficância exercida pelo denunciado.
>
> No mesmo local, também foi localizado um notebook da marca HP e um aparelho celular da marca IPhone, de cor preta utilizados pelo denunciado para tratar de assuntos relativos ao comércio espúrio, 1 (um) rolo de plástico filme, 1 (uma) embalagem contendo sacos plásticos, 4 (quatro) esmurrugadores, 1 (um) vaporizador em uma caixa preta, 1 (uma) balança de precisão e 1 (um) cachimbo de vidro, petrechos utilizados na preparação dos entorpecentes.

O agente foi preso em flagrante no dia 24/8/2016 e, no dia seguinte, foi realizada a audiência de custódia, oportunidade em que a prisão foi homologada e convertida em preventiva (pp. 65/67).

Em seguida, por meio de advogado constituído (p. 57), ele apresentou pedido de liberdade provisória (pp. 53/56)

A denúncia foi recebida em 10/3/2017 (pp. 48/49). Na mesma ocasião o requerimento defensivo foi afastado.

Notificado e citado (pp. 89/90), o acusado apresentou resposta à acusação (pp. 108/122), na qual arrolou testemunhas e alegou inépcia da denúncia e falta de justa causa, bem como renovou o pedido de revogação da prisão preventiva.

Após manifestação do Ministério Público (pp. 143/147), as teses arguidas em sede de reposta à acusação foram afastadas e, ausente qualquer hipótese de absolvição sumária, foi designada a audiência de instrução e julgamento (pp. 144/147).

No ato (p. 266), uma testemunha arrolada pela defesa foi ouvida e, ao final, o acusado foi interrogado.

As três testemunhas de acusação foram inquiridas por cartas precatórias.

Sem diligências complementares, as partes apresentaram alegações finais por memoriais. Em suma, o Ministério Público pugnou pela condenação do agente nos moldes vazados na inicial, com o afastamento da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (pp. 411/419). O acusado, por sua vez, requereu a absolvição por ausência de dolo e tipicidade; subsidiariamente, rogou pelo reconhecimento da figura do tráfico privilegiado, fixação do regime aberto, substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos e concessão do *sursis* da pena. Ainda, postulou a restituição de bens e valores, bem como a concessão de liberdade provisória (pp. 424/440).

Vieram-me conclusos para sentença.

É o relatório.

2 – Fundamentação

Trata-se de ação penal pública incondicionada por meio da qual se apura a responsabilidade penal de Marco Aurélio Camargo Aguillar, já qualificado, pela suposta prática da conduta descrita na denúncia (acima transcrita), capitulada pelo Ministério Público como infração ao preceito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Sem preliminares, passa-se diretamente ao mérito.

A materialidade está devidamente comprovada por meio do boletim de ocorrência de pp. 7/8, auto de exibição e apreensão de pp. 11/12, mandado de busca e apreensão de p. 23, laudo de constatação de pp. 30/31, relatório de investigação de pp. 32/42 e laudo pericial de pp. 173/175.

As provas materiais revelam, em síntese, a apreensão de "onze (11) comprimidos, [...] dois (02) frascos de vidro, contendo sumidades floridas (erva), apresentando massa líquida de quarenta e oito gramas e

dois decigramas (48,2g); uma (01) embalagem plástica, contendo três (03) porções de resina vegetal de coloração castanho-escura, apresentando massa líquida total de cinco gramas e cinco decigramas (5,5g); dez (10) porções de erva prensada em formato de tijolos, [...] apresentando massa bruta total de sete mil novecentos e cinquenta e dois gramas e dois decigramas (7952,2g); e uma (01) embalagem plástica, contendo quatro (04) porções de erva, apresentando massa bruta total de sessenta e quatro gramas e seus decigramas (64,6g)".

Conforme atesta a prova técnica, "o material periciado contém em sua composição substância química MDA (alfa-metil-3,4-(metilenodioxi) fenetilamina ou tenamfetamina) e THC (tetra-hidrocannabiol) [...]", ambos de uso proibido em todo o Território Nacional, de acordo com a Portaria ANVISA n. 344/1998 - Listas E e F2" (p. 174).

De igual modo, a autoria está bem delineada, como se verá doravante.

Extrai-se dos autos que a Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul investigava quadrilha que, em tese, praticava o tráfico interestadual de drogas, abrangendo cinco estados da Federação, dentre eles Santa Catarina. Durante a operação, foram cumpridos diversos mandados de busca e apreensão nesta região, sobretudo com o fito de se encontrar drogas sintéticas, comumente comercializadas em festas de música eletrônica, e os responsáveis pela sua circulação.

Nesse contexto, policiais civis do Estado Gaúcho, com o apoio de agentes lotados em Santa Catarina, dirigiram-se à residência localizada no endereço descrito na inicial acusatória, a fim de realizar buscas domiciliares previamente autorizadas pela Justiça.

No local, foram recebidos pelo acusado – aparentemente único morador do imóvel -, que, no entanto, não era alvo da operação policial. Coincidentemente (ou não), foram localizadas e apreendidas no interior da residência as drogas listadas acima.

Essa conjuntura está alicerçada nas narrativas dos três policiais arrolados pela acusação, todos ouvidos por meio de carta precatória.

A propósito, Alessandro Rocha, policial catarinense, declarou que dera apoio a colegas do Rio Grande do Sul no cumprimento de mandado de busca e apreensão no apartamento indicado na denúncia. Revelou que no imóvel estava somente o denunciado, que não era a pessoa investigada, e que lá foram encontradas drogas (como *haxixe* e maconha, em considerável quantidade) e dinheiro, também em elevado valor. Por fim, assentou que o denunciado assumira a propriedade dos estupefacientes e mencionara haver certa rotina de venda.

Em idêntico rumo, exsurge a narrativa de Rodrigo Cavaluck, que explanou com detalhes a diligência. Em suma, repisou que o acusado não era o alvo da investigação, mas, mesmo assim, realizaram buscas na residência e encontraram drogas (sete ou oito quilogramas de maconha, potes com *skunk*, haxixe e pequena quantidade de substância sintética) e dinheiro (de sete a oito mil reais).

O policial gaúcho Julio Cesar Soares Avila pormenorizou que a operação foi detonada na Delegacia onde trabalha e abrangia cinco Estados. Afirmou que vieram a Itajaí para cumprir um mandado de busca e apreensão expedido pelo Juízo de Capão da Canoa-RS. Conforme expôs, no local foram atendidos pelo acusado, que, indagado, confessou haver drogas em depósito. Esclareceu que ele não era a pessoa investigada, tampouco fora citado durante a investigação, porém o imóvel alvo do mandado era aquele. Explicou que o endereço havia sido fornecido por um dos investigados para a entrega de um lanche e, em razão disso, acreditava-se que o indivíduo residia no local, o que não restara confirmado durante as buscas domiciliares. Assentou que foram localizados aproximadamente oito tijolos de maconha (com peso total de sete ou oito quilogramas), ecstasy, dois vidros com *skunk*(droga forte e cara), pouco mais de sete mil reais em espécie, além de utensílios para

o uso, como esmurrugador e narguilé. Apontou que a quantidade e a forma de acondicionamento eram típicas de comércio e que o acusado alegara ser engenheiro civil e, por estar desempregado, vendia drogas a conhecidos.

Conforme se extrai da prova material colhida e dos firmes e congruentes depoimentos policiais, a droga apreendida indubitavelmente destinava-se ao comércio proscrito. A colossal quantidade, por si só, é suficiente para descaracterizar o consumo pessoal, sem mencionar a forma de acondicionamento da maconha (sete tijolos com peso total de quase oito quilogramas) e a presença de uma balança de precisão no local do flagrante – instrumento intimamente ligado à venda.

O acusado, por sua vez, alegou que: morava desde o ano de 2013 no local, de aluguel; antes, morava em Curitiba-PR; era vendedor autônomo; uma pessoa de Curitiba-PR devia-lhe R$ 10.000,00 (dez mil reais) há mais de dois anos e meio e estava se esquivando do pagamento; em agosto de 2016, o devedor ofereceu-lhe drogas como forma de pagamento do débito; como achava que não iria receber a quantia e era assíduo usuário, aceitou a proposta; recebeu em casa oito quilos de maconha, *skunk*e a balança de precisão, que utilizava como suvenir; as drogas foram pesadas na sua frente; apesar da "boa" quantidade, ia apenas armazenar e consumir; havia consumido muito pouco dos oito quilos recebidos; jamais vendeu ou tinha intenção de vender; os onze comprimidos de ecstasy estavam no bolso de uma jaqueta que não usava há muito tempo e provavelmente sobraram de uma festa; fumava bastante e gostava de comprar drogas diferentes, além de suvenires relacionados a entorpecentes; às vezes também comprava *haxixe*; no dia do flagrante, indicou aos policias onde estavam as drogas e o dinheiro, este fruto de suas economias.

A versão apresentada, no entanto, nem de longe tem o condão de afastar o cenário pintado e emoldurado acima. Primeiro porque, convenha-se, a trama engendrada para tentar justificar a posse de tamanha quantidade de substâncias entorpecentes não é nada crível.

Ora, desafia a inteligência e a lógica comum acreditar que um mero usuário tenha recebido como pagamento de uma dívida pecuniária oito quilogramas de maconha, mais consideráveis porções de *skunk* (conhecido como supermaconha, por conter altíssima concentração de THC), e, sobretudo, que toda a droga destinava-se exclusivamente ao consumo pessoal. Particularmente, este juízo jamais viu ou imaginou um indivíduo, por mais elevado o grau de dependência que fosse, adquirir dez mil reais de maconha para o próprio uso.

Ainda que se ignore que o acusado tenha vida social (como comprova a perícia realizada em seu aparelho celular) e imagine que seus dias eram reservados única e exclusivamente ao uso de drogas - o que se cogita a mero título de argumentação -, mesmo assim as substâncias apreendidas levariam alguns anos para serem consumidas.

Demais disso, sabe-se que a condição de usuário ou dependente não exclui a de traficante, sobretudo quando as circunstâncias do caso concreto apontam, nos termos do art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, que as drogas possuem destinação comercial, conforme sucede na espécie.

A propósito, colhe-se do e. TJSC:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT). CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. USO DE SUBSTÂNCIA QUÍMICA QUE, POR SI SÓ, NÃO AFASTA A RESPONSABILIDADE PENAL PELO CRIME DE TRÁFICO. DIRETRIZES DO ART. 28, § 2.º, DA LEI N. 11.343/06 QUE, ADEMAIS, INDICAM A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. A condição de usuário de drogas, por si só, não tem o condão de afastar a responsabilidade criminal do agente para o crime de tráfico de drogas. A exclusão da culpabilidade só é possível nos casos em, por intermédio de laudo pericial - o que não é o caso dos presentes autos - atestar que o réu, em virtude da dependência química, era, ao tempo da conduta, totalmente incapaz de

> entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com esse entendimento. Se as diretrizes do art. 28, § 2.º, da Lei de Drogas não demonstram que o entorpecente que o réu trazia consigo e guardava se destinava ao próprio consumo, não há como descaracterizar o crime de tráfico. [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0010579-02.2013.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 25-05-2017).

Para eliminar qualquer resquício de dúvida acerca da destinação dos entorpecentes apreendidos, importa registrar que as conversas extraídas do aparelho celular apreendido descortinam que o acusado dedicava-se à narcotraficância.

Antes de expor o teor de algumas das conversas, urge anotar que as negociações ilícitas não eram feitas por meio de SMS ou aplicativos comuns instalados no aparelho, como *iMessage*, *WhatsApp*, *Snapchat* ou *Facebook Messenger*, tanto é que, à primeira vista, o relatório referente à perícia telefônica aparenta escassez no que tange a elementos do crime apurado.

Com efeito, retira-se de diversos diálogos no *WhastApp* acusado e interlocutor combinando de usar outro programa de mensagens, comumente chamado de "Telegram", certamente mais seguro.

Nesse sentido:

> **Item 27 – fls. 475/476 do Relatório**
>
> [10/08/2016]
>
> Geleia: Nao colo
>
> Geleia: Vai cola?
>
> Geleia: Chama lá no telegran
>
> Geleia: To com skate já
>
> Geleia: Quando tiver em casa dá um salve

[...]

Geleia: Mano

Geleia: Os home

Geleia: Entro aí

Leitoff [usuário do acusado]: Hahahahaha

Leitoff: Tem uns que moram aji

Leitoff: Aki

Leitoff: Tem um no segundo andar

Geleia: Isso deve ter uns vizinho que aloprando aí

Geleia: Fiquei careta

Leitoff: Não vizinho aloprando

Leitoff: Mora uns canas no segundo andar

Leitoff: Aki no meu bloco

[15/08/2016]

Geleia: Man

Geleia: Chama lá tele

Geleia: No tele

Item 37 – Fl. 491 do Relatório

Leitoff: O jovi c eh foda hein

Leitoff: Instala o telegram ai rapidao

Item 38 - fl. 494 do Relatório

[13/08/2016]

Rafa Serginho Brava: Então mano

Rafa Serginho Brava: Me diz uma coisa

Rafa Serginho Brava: Mais enconta

Rafa Serginho Brava: Não consegue ai

Leitoff: Man

Leitoff: Baixa o negocio q eu te falei

Leitoff: Baixa ai

Leitoff: Eai baixou?

Leitoff: Fiooo

Leitoff: perde 5 min

Leitoff: Baixa o programa pra noix conversa

[17/08/2016]

Leitoff: Eai jovem

Rafa Serginho Brava: Salve

Rafa Serginho Brava: Mano

Leitoff: Entra no outro ali

Item 58 – fl.512 do Relatório

Leitoff [áudio]: Aí, ô, cê quer que eu bloqueie cê já em dois segundos, o Goiano? Porra! Baixa o outro programa aí pra nós trocar ideia aí, cê falar as merda que cê gosta de falar, fi. Aqui no *WhatsApp* eu falo não. Se ficar falando eu vou bloquear ocê, mano.

Item 68 – fl. 522 do Relatório

Leitoff: Entra ali no outro pra gente conversa

Vivi Japa: sim chama ali

Leitoff: Responde ali

Leitoff: Que dai eu já passo ai na sua

Item 75 - fl. 525 do Relatório

Leitoff: o zumba

Zumbi Ara: eae

Zumbi Ara: Blz

Leitoff: O jovem

Leitoff: Entra no outro ali pra noix conversa ;)

Zumbi Ara: ok

Item 78 - fl. 526 do Relatório

Serginho Marques: Bom dia

Serginho Marques: Sasssa mutema

Serginho Marques: Tá no telegrama?

Leitoff: To

Leitoff: Eh soh chamar

Item 101 - fl. 540 do Relatório

Tarcisio: Aquele outro numero ja era?

Leitoff: Ja era

Leitoff: Entra no tele ali

Tarcisio: Blza

Item 103 - fl. 541 do Relatório

Leitoff: Entra ali no telegram pra gente conversar

Carrara Ts: Blz

Carrara Ts: Tô sem telegram

Carrara Ts: Quer que eu ligue aí?

Leitoff: Não neh

Leitoff: Hahaha

Leitoff: Instala ae

Leitoff: Ai a gente conversa man

Leitoff: ;)

Carrara Ts: Chama eu ai

Carrara Ts: Ja instalei e não estou te vendo aqui

Item 106 - fl. 543 do Relatório

Hugo Ts: Ae

Leitoff:- Entra ali no telegram

Finalmente, no item 47 do Relatório (fl. 500), o acusado troca mensagens de áudio com "Ramon2", das quais se conclui que o aplicativo usado para tratar de assuntos ilícitos chama-se *Wickr*. Veja-se:

> Leitoff: Cade seu carro? Onde cê tá, fi? Que que tá acontecendo? Ce tá sem *Wickr*?
>
> Ramon2: To sem *Wicrk*, travou tudo aqui, daí tentei instalar de novo. E daí tem que confirmar por email agora. Eu vim pra Criciúma, eu vim de carona, meu carro ficou em Balneário. Daí to pegando uma carona agora pra Floripa e em Floripa eu pego um bus. E nem fiz aquilo que faltava lá, aquelas coisa lá, porque voltando aí a gente já vai conversar.

Em consulta à rede mundial de computadores, a *Wikipédia* define que "**Wickr** (pronuncia-se "wicker") é um aplicativo para *Android* e *iPhone* designado para ajudar pessoas no envio de mensagens, incluindo fotos e anexos, que são automaticamente deletados a partir de um certo tempo"[1]. Em outro sítio, extrai-se que o *Wickr* é "um bate-papo que tem como principal atrativo a segurança, garantindo que conversas não serão monitoradas, rastreadas ou passem por qualquer servidor", funcionando "como muitos outros *apps* de troca de mensagens com o diferencial de que as mensagens usam criptografia multi-camada com AES256 e ECDH21, são destruídas depois de seis dias e não ficam armazenadas ou passam por nenhum servidor"[2].

A tentativa de esconder as evidências do crime, no entanto, não foi de toda triunfante, porque possível encontrar rastros do comércio nefastos em conversas no próprio aplicativo *WhatsApp*, conforme trechos que seguem:

1 <https://pt.wikipedia.org/wiki/Wickr> acesso em 05/06/2017.

2 <http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2014/12/wickr-app-seguro-que-destroi-mensagens-e-nao-deixa-rastros-chega-ao-pc.html> acesso em 05/06/2017.

Item 19 – fl. 456 do Relatório

[11/08/2016]

Thi Sjp: [áudio] Ô, fi! E aí! Ocê vem pra cá? Quando que cê vem? Cê vem já amanhã? Seria bom que fosse amanhã já, véi. Me atrasou, me atrasou aí com essa fita de não vir pra cá.

Leitoff: Vô

Leitoff: Hoje se pah

Leitoff: [áudio] Não tô entendendo que que cê tá querendo que eu vá aí, nós já tamo certo, fi. Qual que é o porém?

Thi Sjp: [áudio] Ô, fi, não faz assim comigo não, rapaz. Lembra que eu já tinha pedido pra você deixar um negócio aqui da outra vez? Daí você falou que voltava na segunda, pá, não sei o que. Eu to esperando pra pegar com você, senão já tinha pego de outro aí.

Leitoff: [áudio] Demorou, demorou! Pode esperar. Tá aí ainda, eu não trouxe ainda, lembra? Tá o ouro aí!

Item 38 - fl. 494 do Relatório

[13/08/2016]

Rafa Serginho Brava: Então mano

Rafa Serginho Brava: Me diz uma coisa

Rafa Serginho Brava: Mais enconta

Rafa Serginho Brava: Não consegue ai

Leitoff: Man

Leitoff: Baixa o negocio q eu te falei

Leitoff: Baixa ai

Leitoff: Eai baixou?

Leitoff: Fiooo

Leitoff: perde 5 min

Leitoff: Baixa o programa pra noix conversa

[17/08/2016]

Leitoff: Eai jovem

Rafa Serginho Brava: Salve

Rafa Serginho Brava: Mano

Leitoff: Entra no outro ali

[19/08/2016]

Leitoff: Kd tu? Q falo q ia aparecer ahahahahhaah

Rafa Serginho Brava: Desculpa mano

Rafa Serginho Brava: Essa semana tá corrido d trampo

Rafa Serginho Brava: Semana passada tinha nada

Rafa Serginho Brava: Mais tenho que ir ai

Rafa Serginho Brava: Sim

Leitoff: Sim jovem

Leitoff: Passa ae hj

Rafa Serginho Brava: Blz

[20/08/2016]

Leitoff: O man

Leitoff: Eai?

Leitoff: Fiquei te esperando

Leitoff: =/

Rafa Serginho Brava: Desculpa mano

Rafa Serginho Brava: Esqueci e nâo tinha toda tua moeda q falto na mão ontem

Rafa Serginho Brava: Por isso q nâo fui

Leitoff: Hahahahahha

Leitoff: Quero conversa contigo fio

Leitoff: Vem aeee

Item 58 – fl. 511/512 do Relatório

[12/08/2016]

Goiano Gu: [áudio] Tô aqui em BC [Balneário Camboriú], tô voltando pra Floripa hoje, queria ver se arranjava uns trenzinho bom.

[21/08/2016]

Goiano Gu: To em balneario

Goiano Gu: Rola de topar? Queria mais 300

Goiano Gu: Reais

Goiano Gu: Achei bom

Goiano Gu: Kkkkkk

Leitoff: Amanha eh noix nao posso

Leitoff: Nao da agora man

Leitoff: Tem umas pessoas aki man visita

Leitoff: Dps man

Leitoff: E nao da pra ficar conversando por aki man

Leitoff: Falamos dps

Goiano Gu: [áudio] Vim lá de Floripa, ajuda nós aí, rapidão. Um minutinho, pô. Passo aqui na portaria aqui, você desce e me dá o...nem precisa subir. Não tá querendo dinheiro não, fi? Trezentos conto.

[23/08/2016]

Leitoff [áudio]: Aí, ô, cê quer que eu bloqueie cê já em dois segundos, o Goiano? Porra! Baixa o outro programa aí pra nós trocar ideia aí, cê falar as merda que cê gosta de falar, fi. Aqui no *WhatsApp* eu falo não. Se ficar falando eu vou bloquear ocê, mano.

Item 66 – fl. 519 do Relatório

[13/08/2016]

Aranha: Tá nas áreas

Aranha: O jovem

Leitoff: Nao to man

Aranha: Vc volta essa semana?

Aranha: Tem aquela picanha no freezer ainda?

Aranha: Voltou jovem?

Leitoff: ainda nao man

[17/08/2016]

Aranha: Tá nas áreas jovem?

Leitoff: Fio

Leitoff: Mais tarde passa em ksa

Item 87 – fl. 532 do Relatório

[18/08/2016]

Gu Novo: Ta ai ainda? Já ta indo pá sua

Leitoff: Daki a pouco

Leitoff: To aki ainda

Leitoff: Vem ae

Gu Novo: Vim aqui no posto pegar uma gelada com ela

Gu Novo: Qnto tempo ia esperar ali na sua, salva eu pra queima um com ela

Leitoff: Ueh vem aki

Leitoff: Tem aki

Gu Novo: E que ela nao vai entrar aí

Gu Novo: E tals

Leitoff: Blza vem entra vc ueh

Item 98 – fls 526/527 do Relatório

"Serginho Marques" combina de passar na casa do acusado

Em abono, despontam as imagens colacionadas às fls. 937, 1962, 2600 e 3200/3201 do relatório, cujo cunho criminoso é patente. Na segunda delas, aliás, o interlocutor se identifica como amigo do "cainho" e pede a "Leitão" (apelido do acusado) deixar separado 50g (cinquenta gramas); na terceira, o interlocutor diz que quer duas e o acusado fornece os dados da sua conta bancária para o depósito do valor (R$ 520,00);

e, na última, o acusado, atuando na condição de intermediário, oferece produto vindo diretamente da Bolivia.

Por fim, as conversas colhidas dos grupos de WhatsApp que o acusado fazia parte, logo após a sua prisão, demonstram cabalmente a sua estreita ligação com o tráfico de drogas. Não à toa, ao saberem das buscas domiciliares (e sem qualquer informação acerca do motivo da diligência), seus amigos já deram como certa a causa da prisão: a mercancia de entorpecentes.

Tanto é verdade que, em um dos grupos, o usuário "Flores Cwb", de pronto, demonstrou dúvida somente no que tange à natureza da droga apreendida e a quantidade. Ademais, revelou que o acusado é experiente na narcotraficância e, inclusive, mal usa o telefone para as transações proscritas.

Confira-se (fls. 431/432 do Relatório):

> Gu Novo: Galera parece que deu um problema com nosso amigo [imagem de porco/leitão]
>
> Gu Novo: [fotografia de viatura da polícia civil]
>
> [...]
>
> Jose Wando: Serio
>
> Gu Novo: Serio
>
> Gu Novo: Agora de manha
>
> Flores Cwb: Vocês têm algum amigo advogado aí em BC?
>
> Cacai: Pqp
>
> Jose Wando: Tem o dobe
>
> Jose Wando: Ja estamos tentando falar com o cara

> Flores Cwb: Criminal não é a minha área. Mas eu to ligando para amigos que atuam nela para pedir orientação.
>
> Jose Wando: Vc axa q adianta ir na delegacia?
>
> Flores Cwb: Mas na real acho que não tem muito o que fazer.
>
> Flores Cwb:Tem que ir pra saber **o que ele caiu e quantidade**
>
> Flores Cwb: Não tem como dar um parecer sem saber **o que e quanto tinha**
>
> Flores Cwb: Para ter sido cedo assim ele estava com a preventiva decretada, isso foi investigação ou denúncia. **Como sabermos que o leitão é macaco velho para cair em investigação, mal usa telefone, só pode ter sido denúncia.**
>
> Flores Cwb:Se for investigação tem um inquérito
>
> Zé Sapia[testemunha arrolada pela defesa] : Eu também acho
>
> Flores Cwb: Preciso saber **o que** acharam com ele, **a quantidade**, se foi decretada a preventiva e se tem autos de inquérito [grifos postos]

Em outro grupo, um vizinho anuncia que está vendo policiais na casa do acusado e, logo em seguida, sugere - e acerta em cheio - que se trata de diligência realizada no bojo da operação deflagrada pela Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul para o combate do tráfico de drogas em cinco estados da Federação.

Segue transcrição:

> Luizinho Vizinho: [áudio] Ô, rapaziada, ô rapaziada. Tem polícia no Leitão, mano. Tem uns cara de bota andando no apartamento dele, velho. Eu to vendo aqui da minha janela. Puts, que merda.
>
> Luizinho Vizinho: [áudio] Tem uma viatura da civil parada ali, mano. To olhando os cara andar de bota dentro do apê dele aqui, ó.
>
> Bruno Medeme: Puta que merda! Jesus

> Luizinho Vizinho: http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/08/operacao-combate-trafico-de-drogas-no-rs-e-em-mais-quatro-estados.html[3]
>
> [...]
>
> Luizinho Vizinho: será que é essa mesma operação ai?

De todo o apanhado, possível extrair não só que as drogas apreendidas destinavam-se à venda, o que fulmina o pedido defensivo de absolvição por ausência de dolo, mas também que o acusado não é traficante de primeira viagem, mas fazia do crime o seu meio de vida.

Importante abrir um parêntese para registrar que há indícios de que a testemunha José Flavio Sapia Monteiro rompeu com o compromisso legal de não faltar com a verdade quando da sua oitiva (p. 266), pois, conforme indica o Relatório da perícia, o acusado não era seu funcionário, aparentemente não possuía ocupação lícita, e a testemunha, além de ser mais próxima do que declarou, possivelmente sabia do envolvimento do seu amigo (e não mero conhecido ou empregado) com drogas (vide, a respeito, fls. 484/488 do Relatório).

Logo, resta sobejamente comprovado que Marco Aurelio Camargo Aguillar, no dia, horário e local descritos na denúncia, guardava 11 comprimidos de *ecstasy,* 48,2g de *skunk*, 7.952,2g de maconha em tabletes e 64,6g de maconha em porções embaladas em plástico, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, cuja destinação era o tráfico.

Referida conduta é dotada de tipicidade, na medida em que se amolda ao preceito do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, a saber:

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer

3 Notícia trata exatamente da operação no bojo da qual o acusado foi preso. Acesso em 05/06/2017.

> consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Como exposto acima, a existência de uma balança de precisão na cena do flagrante e os dados extraídos do aparelho celular apreendido evidenciam que o acusado dedicava-se ao tráfico, de sorte que a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – destinada a beneficiar o autor de fato isolado - é inaplicável à espécie.

A ilicitude é evidente, haja vista que a conduta não é permitida, determinada ou fomentada pelo ordenamento jurídico, bem como ausente qualquer descriminante.

Ao arremate, a culpabilidade também é manifesta, porque o agente, ao tempo dos fatos, era imputável (maior e capaz de se autodeterminar), tinha potencial consciência da ilicitude das ações e dele se exigia conduta diversa, em conformidade com o Direito.

Logo, a imposição da *sanctio juris* é de rigor.

Eis a dosimetria

A **culpabilidade**, entendida como o grau de reprovabilidade da conduta, é exacerbada, tendo em vista que o acusado possui alto grau social (inclusive já residiu fora do País) e de escolaridade (formação em curso superior de engenharia civil), de modo que a escolha pelo caminho criminoso, mesmo com perfeito conhecimento sobre a ilicitude do fato e possuindo diversas outras opções para manter o seu sustento, é sobremaneira censurável. Não registra **antecedentes** desabonadores.

De sua **conduta social** nota-se a contaminação típica do envolvimento severo com o crime. Sua 'roda' de amigos é temperada pela 'roda' de alucinógenos que distribui às escondidas e sob os mais modernos artifícios cibernéticos; para garantir o sucesso da empreitada, inclusive, impunha restrições em suas comunicações, obrigando aos usuários a seguirem suas ordens, remodelando, com isso, suas relações sociais e de trabalho, estas que serviram, na verdade, de esteio para à reiteração delitiva, de sorte que o agir promíscuo contamina, à velocidade da luz, a sociedade que o rodeia; sua **personalidade**, por certo, registra transtornos censuráveis, sendo desnecessário qualquer tipo de laudo técnico para se observar nela a índole de um homem mau, dissimulado; basta analisar o conteúdo de sua fala durante o interrogatório para se constatar torpeza e atitude ignóbil, consubstanciadas numa estória inacreditável de uso recreativo, quase romântico. Nem a oportunidade ofertada pelo Promotor de Justiça - nas perguntas durante o interrogatório - quando da advertência a respeito da posterior análise do conteúdo do laudo pericial de seus equipamentos eletrônicos foi suficiente para que o acusado retirasse a máscara utilizada em juízo de homem descente e trabalhador; de fato, não estava obrigado a confessar, como de fato não fez, mas, sua negativa, revela seu caráter. **Os motivos**, embora escusos, certamente balizados pela busca do lucro fácil às custas de infelizes viciados, são característicos ao delito. As **circunstâncias**, também merecem anotação, senão vejamos: embora a quantidade de droga, por si só, nos termos da jurisprudência consolidada do e. Tribunal Catarinense, servisse à caracterização do crime em análise, é preciso registrar que não fosse o aprofundamento na prova pericial, poucas seriam as informações comprobatórias da mercancia vil, tal a peculiaridade do comércio exercido pelo réu. É evidente que a venda proscrita não se realizada às claras; todavia, as circunstâncias encontradas neste processo demonstram que a rede criada pelo acusado - utilizando

uma aplicativo de mensagens, cuja criptografia torna-o inacessível e de destruição imediata - para distribuir seus produtos é singular e, somente por acaso ou sorte, ele não foi agraciado com a hipótese de uso. Bastava que a quantidade maior (estoque) não tivesse sido encontrada para que o sistema de venda pela internet não fosse descoberto, o que revela, a necessidade de recrudescimento. As consequências também são comuns ao tipo penal. Não há falar em contribuição da vítima. Além da natureza das drogas apreendidas, mereça especial destaque a diversidade (ecstasy, *skunk,* haxixe e maconha) e, sobretudo, a quantidade (mais de 8kg) devem ser sopesadas negativamente. Ante as particularidades do caso e o princípio da individualização da pena, tem-se que as circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade, circunstâncias, conduta social, personalidade, natureza, diversidade e quantidade de drogas, estas últimas preponderantes – art. 42 da Lei n. 11.343/2006) clamam pelo aumento de 4 (quatro) anos da pena-base, que resta fixada, na primeira fase, em 9 (nove) anos de reclusão. A pena de multa, proporcional à privativa de liberdade, perfaz 900 (novecentos) dias-multa.

Na segunda e terceira fases dosimétricas, não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas, tampouco causas, especiais ou genéricas, de aumento ou diminuição da pena, mormente porque, conforme fundamentação acima, não há como se reconhecer a figura do tráfico privilegiado (art. 33,§ 4º, da Lei n. 11.343/2006).

Dessarte, a pena é de ser estabelecida, de forma definitiva, em 9 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias-multa.

Considerando que o excelso STF declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, o regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, tendo em vista o *quantum* fixado, é o fechado (art. 33, § 2º, alínea "a", do CP).

O valor individual da pena de multa, diante profissão do réu e das condições declaradas durante o seu interrogatório, será de 10/30 do salário mínimo.

Bens apreendidos

As drogas devem ser incineradas.

A balança de precisão e os petrechos (rolo de plástico, embalagem com sacos plásticos, esmurrugadores, vaporizado e cachimbo) devem ser perdidos, porque utilizada para o comércio espúrio e uso de drogas, e destruídos, por ser de pequeno valor econômico e imprestáveis.

Considerando que as circunstâncias do caso concreto apontam para a ilicitude do numerário apreendido, outra alternativa não resta senão decretar o seu perdimento em favor da União e transferi-lo ao Funad, conforme art. 63, § 1º, da Lei n. 11.343/2006.

A propósito, entende o e. TJSC:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. ACUSADO JEFERSON. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). CONDENAÇÃO. IMPUTAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTIGO 35, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006) PARA AMBOS OS RÉUS (DOUGLAS E JEFERSON). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. [...] **DECRETAÇÃO DO PERDIMENTO DO VALOR APREENDIDO. VIABILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 63 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 91 DO CP. PERDA DO PRODUTO DO CRIME EM FAVOR DA UNIÃO COMO EFEITO AUTOMÁTICO DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE DEMONSTRAÇÃO DA ORIGEM LÍCITA. ÔNUS DA DEFESA (CPP, ART. 156).**[...]" (Apelação Criminal n. 2012.081069-7, Des. Newton Varella Júnior, j. 27/3/2014 – grifos postos)

O aparelho celular, o notebook e a fatura telefônica, por fim, devem ser devolvidos, porque não há qualquer indício que sejam produtos de crime.

3 - Dispositivo

Ante o exposto e tudo mais que dos autos consta, **julgo procedente** a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia de pp. 1/2 para **condenar Marco Aurélio Camargo Aguillar**, devidamente qualificado nos autos, à pena de **9 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 900 (novecentos) dias-multa**, no valor individual de 10/30 do salário mínimo ao tempo dos fatos, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou concessão de *sursis*, porque a quantidade de pena privativa de liberdade aplicada supera, em muito, 4 (quatro) anos.

Atento ao que dispõe o § 2º do art. 387 do CPP, percebe-se que o tempo de prisão preventiva (inferior a 2/5 da pena fixada) é insuficiente para a fixação de regime prisional mais brando.

Mantenho a prisão preventiva do réu, uma vez que os fundamentos lançados nas decisões de pp. 65/67, 83/85, 144/147 e 352/353 permanecem intocáveis e, inclusive, foram avigorados diante dos fundamentos que sustentam a condenação. Reforço que, diante dos fatos denunciados e comprovados, a segregação provisória se mostra o único instrumento adequado e eficaz para a real proteção da ordem pública, já bastante abalada pela epidemia de drogas que assola a região.

Nos moldes da fundamentação acima: decreto o perdimento do dinheiro apreendido em favor da União e determino seja transferido ao Funad; incinerem-se as drogas e petrechos (rolo de plástico, embalagem com sacos plásticos, esmurrugadores, vaporizado e cachimbo) apreendidos; e devolvam-se o aparelho celular, o notebook e a fatura telefônica.

Custas pelo réu.

Independentemente do trânsito em julgado, faça-se cópia do CD referente à perícia realizada no aparelho celular e mantenha-se arquivada em Cartório.

P.R.I.

Transitada em julgado a presente sentença: (a) lance-se o nome do réu no Rol de Culpados e no cadastro da Corregedoria-Geral da Justiça; (b) anote-se a condenação no sistema eleitoral (CF, art. 15, III); (c) promova-se o cálculo da pena de multa e intime-se para pagamento em 10 (dez) dias, sob pena de execução; (d) dê-se destinação às apreensões conforme indicado acima; e (e) proceda-se à execução da pena.

Por fim, arquive-se.

Itajaí (SC), 06 de junho de 2017

Mauro Ferrandin - Juiz de Direito

Autos n° 0011137-80.2013.8.24.0033
Denunciante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Denunciado: João Tadeu Greboge Almeida e outro

Sentença

I - Relatório:

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, no uso de suas atribuições legais (CRFB/1988, art. 129, I, c/c o CPP, art. 24), ofereceu denúncia contra João Tadeu Greboge Almeida e Gabriel Santos de Souza, devidamente qualificados, imputando-lhes as práticas dos seguintes fatos:

> Segundo consta dos autos, o Denunciado João Tadeu G. Almeida elaborou parecer técnico enganoso no procedimento de concessão de autorização de corte requerido pela empresa Next Village Incorporadora Ltda – Hotel Vivendas Summer Beach.
>
> Infere-se do Parecer Técnico n. JTGA 036/2010/CFI, o qual objetiva relatar informações referentes ao pedido de supressão de vegetação, elaborado pelo Denunciado João, que tratava-se de imóvel situado em área urbana consolidada, apresentando cobertura vegetal denominada "Floresta Ombrófila Densa", constituída por plantas em extratos não definidos, composta predominantemente por árvores de médio porte e arbustos com presença intrusiva de herbáceas, apresentando-se, de maneira geral, num maciço florestal com baixa pressão ecológica e pouca diversidade biológica.
>
> Por sua vez, evidencia-se do Laudo n. 162/2012-SETEC/SR/DPF/SC, Laudo de Perícia Criminal Federal realizado no local na data de 08/12/2011, que o terreno possuía uma formação florestal de Floresta Ombrófila Densa em estágio avançado de regeneração, definido conforme Resolução Conama 04/1994, constando, ainda, do referido laudo, que os vestígios observados no local apontam para o estágio avançado como predominante.

Restou, também, constatada a existência de um local onde aflora naturalmente, mesmo que de forma intermitente, água subterrânea e, ainda, a existência de um curso d'água no interior do imóvel, demonstrativos de área de preservação permanente.

Apesar da existência do parecer da lavra do Denunciado João Tadeu, favorável a emissão de autorização de corte, verifica-se que tal parecer deixou de mencionar itens imprescindíveis de caracterização do imóvel no qual seria realizada a supressão, demonstrando-se como enganoso, uma vez que omite informações essenciais, tal como a caracterização da vegetação de estágio avançado de regeneração.

Destaca-se, ainda, que o parecer técnico lavrado pelo Denunciado João Tadeu, somente faz menção à área total do terreno (6.802,66 m²), tornando inviável a conferência do número de árvores derrubadas, uma vez que menciona o corte de árvores isoladas, demonstrando, desde logo, o propósito enganoso do parecer.

Ademais, ao contrário do afirmado no AuC n. 023/2010/CFI, bem como no Parecer Técnico acima referido, havia no local área caracterizada como de preservação permanente.

Da conduta do Denunciado João Tadeu, pode-se concluir que este, de modo proposital omitiu informações que necessariamente deveriam constar de seu parecer técnico, uma vez que tais informações obstariam a supressão da vegetação no local, omissão esta que tornou enganoso o parecer lavrado.

Quanto à conduta do Denunciado Gabriel Santos de Souza, verifica-se que este ratifica o parecer enganoso lavrado pelo Denunciado João Tadeu, expedindo autorização de corte, ciente da omissão constante no referido parecer e, ainda, ciente das exigências e restrições legais para a supressão da vegetação.

O Denunciado Gabriel estava ciente, de que o laudo lavrado por João Tadeu não retratava a realidade e, mesmo assim, assinou a autorização de corte, expedindo, por conseguinte, autorização em desacordo com as normas ambientais.

O representante ministerial formulou, ao final, os requerimentos de praxe (recebimento da denúncia, citação pessoal dos acusados e regular trâmite processual), com a consequente condenação de João Tadeu Greboge Almeida nas sanções descritas no art. 69-A, caput, e de Gabriel Santos de Souza no preceito secundário do art. 67, ambos os tipos penais previstos na Lei n. 9.605/1998.

A exordial foi recebida em 5/8/2013 (fl. 25).

João Tadeu Greboge Almeida foi citado pessoalmente à fl. 60. Sua resposta à acusação repousa no feito às fls. 36-53. Gabriel Santos de Souza foi citado de forma regular à fl. 64. A respectiva peça de resistência está acostada nos autos às fls. 69-70.

Afastada a possibilidade da absolvição sumária prevista no art. 397 do Código de Processo Penal, realizou-se a audiência de instrução e julgamento, momento no qual os réus foram devidamente interrogados. As testemunhas de acusação e defesa foram ouvidas por meio de Cartas Precatórias às fls. 86-7 e 106.

Sem diligências complementares.

As partes apresentaram alegações finais por memorias. O Ministério Público revisitou os termos alinhavados na inaugural. Gabriel Santos de Souza, às fls. 131-46, pautou-se na absolvição com base na carência de provas acerca da autoria. João Tadeu Greboge Almeida, às fls. 147-63, cingiu-se, em síntese, a aventar o princípio do in dúbio pro réu.

Vieram-me conclusos para sentença.

Simples relato.

Tudo bem visto e ponderado, DECIDO.

II – Fundamentação:

Trata-se de ação penal pública incondicionada calcada em inquérito policial, por meio da qual se apuram as responsabilidades dos réus João Tadeu Greboge Almeida e Gabriel Santos de Souza, sendo o primeiro pela prática do crime contido no art. 69-A, caput, da Lei n. 9.605/1998, e o segundo pela inobservância do tipo penal preconizado no art. 67 do mesmo diploma legislativo.

A materialidade do fato está comprovada nos autos por meio da autorização de corte de fl. 6, do parecer técnico de n. JTGA 036/2010/CFI de fls. 6v e 7, do laudo pericial criminal federal de n. 162/2012-SETEC/SR/DPF/SC de fls. 7v e 14, e dos demais elementos probatórios colhidos durante a instrução do feito.

A autoria é certa.

João Tadeu Greboge Almeida foi interrogado judicialmente por duas vezes (fls. 96 e 119). Na primeira oportunidade, o áudio ficou prejudicado. No segundo momento, o réu confirmou a autorização e a vistoria realizada no imóvel, a ultima, inclusive, feita in loco. Explicou que sua permissão tinha objeto específico, que seria o corte de apenas 11 árvores isoladas. Contou que a autorização indica a área total do imóvel constante da escritura pública, porém sua atuação era restrita ao pedido do requerente – 11 árvores. Não retornou ao empreendimento após a emissão do ato administrativo questionado, por se tratar de procedimento simples. O corréu Gabriel seria o gerente do Órgão ambiental nesta cidade, mas sua atividade era de chancelar os pareceres técnicos dos demais servidores.

Gabriel Santos de Souza, sob o pálio do contraditório à fl. 108, confirmou o relato do corréu João. Narrou que seu cargo era de confiança, ou seja, de livre nomeação e exoneração. Lembrou que a instrução normativa que regulamentava o ato administrativo, à época dos acontecimentos, liberava o corte isolado de até 30 árvores, mas no caso

eram apenas 11 indivíduos devidamente caracterizados. Afirmou que o procedimento de corte era simples. Descreveu que existia processo de licenciamento ambiental anterior. Disse que nunca esteve na área objeto da vistoria, uma vez que essa função não lhe era atribuída, mas sim ao técnico. Relembrou que o responsável pela autorização foi favorável ao corte, de sorte que apenas ratificou.

As testemunhas de acusação, Romão Alberto Trauzynski e Alexandre Bacellar Raupp, ambos peritos da Polícia Federal, ouvidos por meio da deprecata de n. 0036345-62.2014.8.24.0023, cingiram-se em afirmar a confecção do laudo pericial empregado como espelho pelo Ministério Público. No tocante à tipicidade dos fatos, Alexandre narrou que não se ateve a culpabilidade dos autores, mas sim aos quesitos introduzidos pelo Delegado.

De igual modo, Daniele Tironi, testemunha de defesa, inquirida na Carta Precatória de n. 0003237-66.2015.8.24.0036, afirmou que foi a responsável em pleitear a autorização de corte ao órgão ambiental. Como é engenheira florestal, produziu a solicitação indicando as 11 árvores isoladas, que estavam no terreno. Sobre a geografia do local, explicou a existência de uma floresta próxima, mas, no ponto especificado no pedido, não haviam prejuízos para o meio ambiente.

Como se vê, dúvida não há no tocante aos atores do ato debatido na presente ação penal, motivo pelo qual passo a analisar a tipicidade.

Por uma questão de prejudicialidade, iniciarei a deliberação pelo réu João Tadeu Greboge Almeida, uma vez que a não caracterização do delito descrito no art. 69-A, caput, da Lei n. 9.605/1998, torna a infração atribuída ao réu Gabriel Santos de Souza como atípica (art. 67), porquanto os atos estão umbilicalmente ligados.

Pois bem.

Diz a norma proibida do art. 69-A, caput, da Lei de Regência Ambiental.

> Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão.
>
> Pena – reclusão, de 3 a 6 anos, e multa.

No caso dos autos, o representante ministerial, para fins de conformação do fato à norma, tomou como paradigma o laudo pericial emitido pelos peritos da Polícia Federal, que se encontra encartado no feito às fls. 7v-14.

No exame citado, os policiais descreveram com minúcias o imóvel e suas especificidades, sobretudo em razão da delimitação feita pela Autoridade Policial federal, à época dos fatos.

Não obstante, tal parâmetro não pode servir de base para configurar o ato realizado pelo réu Gabriel como típico. Explico o porquê:

De início, anoto que, em matéria ambiental, direito difuso de terceira geração, com ampla proteção impressa na Constituição Federal de 1988 (art. 225) e nas demais legislações infralegais, os trâmites administrativos, para fins de ação humana no contexto ambiental, são por demais regulados, desde o âmbito municipal, estadual e/ou federal (CRFB/1988, art. 23, VI).

Nessa ordem de ideias, breve incursão no sítio da Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina – Fatma, órgão em que os réus exerciam suas funções ao tempo dos acontecimentos, é possível constatar um rol de, pelo menos, 68 Instruções Normativas, atinentes a diversos procedimentos ambientais, como *v. g. IN 01, que dispõe do comércio de combustíveis líquidos e gasosos, IN 03, que trata do parcelamento do solo e IN 22, a qual destaca o manejo florestal sustentado – licença ambiental prévia – LAP.*

Dito isso, para a configuração da tipicidade formal, e também material, faz-se necessário perquirir se o réu João Tadeu, de fato, quando

da emissão de seu parecer técnico, infringiu, ou não, o texto normativo ligado à espécie de licença ambiental requerida – autorização de corte de árvores de forma isolada -, de modo a omitir ou inserir informações enganosas no exercício de seu mister.

A premissa alhures estabelecida, de plano, joga para escanteio o laudo pericial lavrado pelos técnicos da Polícia Federal, que serviram de fundamento para acusação, devendo-se cotejar, para fins de paralelo, a Instrução Normativa IN-57 da Fatma, específica para o deslinde da causa.

A normativa administrativa indicada encontra-se acessível no sítio do Órgão Ambiental[4]. Todavia, deve-se atentar para o fato de que a legislação foi atualizada em 2016, enquanto o tema em debate concretizou-se em 2010. Logo, será levado em consideração essa divergência temporal em favor dos réus.

Trago à baila alguns pontos referentes à Instrução Normativa 57:

> 3 Etapas do Processo de Autorização para corte de árvores isoladas em área urbana antropizada ou área rural com usos agrosilvipastoris.
>
> O procedimento de autorização de corte de árvores isoladas obedecerá às seguintes etapas:
>
> a) Cadastramento do empreendedor e do empreendimento junto ao Sistema de Informações Ambientais – SinFAT.
>
> b) Requerimento de autorização para o corte de árvores isoladas em área urbana antropizada ou área rural com usos agrosilvipastoris, pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos pertinentes.
>
> c) Análise pela FATMA dos documentos apresentados e a realização de vistorias técnicas.

4 http://www.fatma.sc.gov.br/ckfinder/userfiles/arquivos/ins/57/in_57.Pdf, acessado em 7/3/2017.

d) Solicitação de esclarecimentos e complementações pela FATMA, em decorrência da análise dos documentos apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios.

e) Emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico.

f) Deferimento ou indeferimento do pedido de autorização.

4 Instruções Gerais

Sempre que achar necessário, a FATMA solicitará estudos ambientais aplicáveis ao processo, ou informações complementares, tais como: imagens de satélite, fotos aéreas, ortofotocarta da área do empreendimento, entre outros.

• Para emissão de autorização no meio rural, só será exigido o Recibo de Inscrição no Cadastro Ambiental Rural.

• Nas faixas marginais dos corpos d'água existentes na área mapeada para o corte de árvores isoladas em área urbana antropizada ou área rural com usos agrosilvipastoris, deve ser respeitado o afastamento mínimo previsto na legislação vigente.

• Na existência de unidades de conservação que possam ser afetadas no seu interior, zona de amortecimento ou áreas circundantes, a FATMA formalizará requerimento ao responsável pela Unidade de Conservação, nos termos das resoluções CONAMA n°s 428/2010 e 437/2015.

• O procedimento, depois de aprovado, não pode ser alterado sem que as modificações propostas sejam apresentadas e devidamente aprovadas pela FATMA.

• Toda a documentação do processo de licenciamento ambiental, com exceção das plantas, deve ser apresentada em folha formato A4 (210 mm x 297 mm), redigida em português. Os desenhos devem seguir as Normas Brasileiras (ABNT). As unidades adotadas devem ser as do Sistema Interancional de Unidades.

• A FATMA não assumirá qualquer responsabilidade pelo não cumprimento de contratos assinados entre o empreendedor e o projetista, nem aceita como justificativa qualquer problema decorrente desse interrelacionamento.

• A FATMA coloca-se ao dispor dos interessados para dirimir possíveis dúvidas decorrentes desta Instrução Normativa.

• A documentação deve ser apresentada na sequência da listagem da presente Instrução Normativa. O nome dos arquivos digitais deve conter a descrição sucinta e a identificação do empreendedor.

• Os arquivos de texto devem ser redigidos em português, apresentar tamanho de folha A4 (210 mmx 297 mm) e ser entregues em formato pdf texto.

• As informações cartográficas devem ser produzidas em SIRGAS 2000.

• Os arquivos, contendo imagens devem ser entregues em formato jpg ou png.

• Dúvidas ou pedidos de esclarecimentos sobre a presente Instrução Normativa devem ser encaminhadas à FATMA.

5 Instruções Específicas

• Para efeito desta Instrução Normativa, são adotadas as seguintes definições:

Exemplares arbóreos nativos isolados: aqueles situados fora de fisionomias vegetais nativas, cujas copas ou partes aéreas não estejam em contato entre si, destacando-se da paisagem como indivíduos isolados;

Floresta: conjunto de sinúsias dominados por faneróbios de alto porte, apresentando quatro extratos bem definidos: herbáceo, arbustivo, arboreta e arbórea.

• Para fins do pedido de supressão de árvores nativas isoladas deverá ser apresentado levantamento detalhado de todas as árvores isoladas existentes na área de supressão, contendo as seguintes informações:

a) Identificação das espécies, contemplando o nome científico e populas, altura do fuste, diâmetro na altura do peito, quantidade e volume;

b) Marcação das árvores em campo, através de números indicativos, que deverão permanecer marcados até o momento da vistoria;

c) Fotos das árvores solicitadas para o corte, aerofotos ou imagens de satélite com indicação das árvores propostas para supressão;

d) Planta ou croqui com a localização dos exemplares arbóreos, com indicação das coordenadas geográficas de cada árvore, determinadas por aparelho GPS, na projeção UTM, datum SIRGAS 2000;

e) Apresentar comprovante de doação de 10 (dez) mudas da mesma espécie, das árvores cortadas, para a Prefeitura Municipal ou Comitês de bacia Hidrográfica, para recompor áreas degradadas do município, quando a propriedade estiver localizada em área urbana, ou, apresentar relatório descritivo e fotográfico comprovando o plantio, na propriedade, de 10 (dez) mudas da mesma espécie, quando a propriedade estiver localizada em área rural; e

f) A periodicidade para o corte será de no mínimo 5 (cinco) anos, devendo-se considerar que o número de árvores isoladas suprimidas nesse período não ultrapasse os limites/hectare, determinados nesta Instrução Normativa.

! A autorização para a supressão de exemplares arbóreos nativos isolados em áreas urbanas antropizadas ou rurais será concedida para o máximo de 30 (trinta) exemplares por hectare, considerada a área do imóvel ocupada por atividade, obra ou empreendimento.

! Excepcionalmente poderá ser autorizada a supressão de exemplares arbóreos nativos isolados ameaçados de extinção, verificadas as seguintes hipóteses:

a) Ocorrência de exemplares localizados em áreas urbanas consolidadas ou rurais e com atividades/empreendimentos devidamente licenciados, com comprovada inexistência de alternativas e desde que com anuência do município;

b) Realização de pesquisas científicas; e

c) Utilidade Pública.

• Quando a inexistência de alternativa técnica e locacional forem comprovadas e o risco de extinção in situada espécie for descartado mediante justificativa pelo responsável técnico do projeto, poderá ser autorizado o corte excepcional de exemplares isolados de espécies ameaçadas de extinção, não ultrapassando o número de 15 (quinze) exemplares por propriedade, em área urbana antropizada ou rural, devendo ser tomadas as medidas compensatórias abaixo:

a) Realizar coleta prévia de sementes dos indivíduos a serem suprimidos e produzir mudas para execução de plantio na propriedade;

b) Realizar o plantio na propriedade de 50 (cinquenta) mudas da mesma espécie por indivíduo suprimido (50:1). O plantio deverá ser comprovado mediante apresentação de relatório técnico com registro fotográfico ou cadastro do plantio junto ao órgão ambiental.

• Esta Instrução Normativa não se aplica a espécies arbóreas nativas isoladas presentes em formações naturais de campo não antropizadas ou localizadas em borda de fragmentos florestais nativos.

6 Documentação necessária para processo de autorização para corte de árvores isoladas em área urbana antropizada ou área rural com usos agrosilvipastoris.

• Requerimento justificado para corte de árvores isoladas e confirmação da localização do empreendimento segundo suas coordenadas geográficas (latitude/longitude). Ver modelo Anexo 1.

• Procuração para representação do interessado, com firma reconhecida. Ver modelo Anexo 2.

• Quando se tratar de pequeno produtor rural apresentar declaração conforme modelo do Anexo 3.

• Cópia da Ata da Eleição da última diretoria quando se tratar de Sociedade ou do Contrato Social registrado quando se tratar de Sociedade de Quotas de Responsabilidade Limitada.

• Cópia do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) ou do Cadastro de Pessoa Física (CPF).

• Cópia da Transcrição ou Matrícula do cartório de registro de Imóveis atualizada (no máximo 90 dias) ou comprovante de posse.

• Certificado de Inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR), quando de tratar de imóvel rural.

• Certidão da Prefeitura Municipal relativa ao uso do solo e a localização do empreendimento quanto ao ponto de captação de água para abastecimento público (montante ou jusante). Não serão aceitas certidões que não contenham data de expedição, ou com prazo de validade vencido. Certidões sem prazo de validade serão consideradas válidas até 180 (cento e oitenta) dias após data da emissão. Aplicável nos casos de áreas urbanas.

• Croqui de acesso e de localização da propriedade, em escala adequada indicando a Reserva Legal, a hidrografia, o local mapeado para o corte com respectivas coordenadas geográficas (latitude e longitude).

• Levantamento indicando o volume total por espécie, acompanhado de relatório fotográfico datado, com as coordenadas geográficas dos indivíduos a serem suprimidos.

• Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) do profissional habilitado para a elaboração do levantamento técnico. Quando se tratar de pequeno produtor rural, o levantamento técnico exigido poderá ser feito por técnico do órgão oficial de assistência técnica e extensão rural ou de outra instituição cujos atos administrativos tenham comprovada presunção de legalidade. O levantamento deverá estar assinado pelo técnico, devendo informar a matrícula, cargo, e função no órgão do técnico responsável.

• Declaração de que será feito doação de mudas, quando for área urbana ou de que será feito o plantio de mudas, quando for área rural.

Feito os ajustes necessários, e eleito o texto legal a ser cotejado para caracterização, ou não, da tipicidade, percebo que a solução é por confirmar a atipicidade da conduta de João Tadeu Greboge Almeida.

Isso porque, breve incursão nas regras *suso* declinadas, verifica-se a simplicidade do procedimento para viabilizar o corte de árvores isoladas, não sendo necessários requisitos além destes presentes e indicados no documento confeccionado pelo réu João Tadeu Greboge Almeida.

Aliás, cabia ao representante ministerial provar a ausência, omissão ou fraude no relatório do mencionado réu, tendo por espelho os ditames legais da IN 57, da FATMA, ônus que não foi cumprido a tempo e modo.

Ademais, verifico que o réu João Tadeu descreveu a área objeto da vistoria, os elementos climáticos que lhe são inerentes, bem como identificou, de forma individual, as espécimes a serem suprimidas pelo proponente da requisição, consoante exsurge do parecer técnico de fls. 6v-7 *(Nome comum: Figueira (...). Garapuvu (...). Jerivá (...). Tucaneira (...). Aroeira-vermelha (...). Carororoca (...))*.

Com efeito, João Tadeu, ao contrário do que faz crer a peça inaugural, estava amparado por norma permissiva, de modo a revelar, no caso concreto, a chamada tipicidade conglobante, que diz o seguinte:

> Para que ocorra a chamada tipicidade conglobante, devemos verificar se o comportamento formalmente típico praticado pelo agente é: a) antinormativo; b) materialmente típico. A tipicidade conglobante surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta pratica pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material).
>
> Explicando o conceito de antinormatividade, Zaffaroni e Pierangeli, exemplificando com o caso de um oficial de justiça que, cumprindo uma ordem de penhora e sequestro de um quadro, de propriedade de um devedor a quem se executa em processo regular, por seu legítimo credor, para a cobrança de um crédito vencido, aduzem: "A

> lógica mais elementar nos diz que o tipo não pode proibir o que o direito ordena e nem o que ele fomenta. Pode ocorrer que o tipo legal pareça incluir estes casos na tipicidade, como sucede com o do oficial de justiça, e, no entanto, quando penetramos um pouco mais no alcance da norma que está anteposta ao tipo, nos apercebemos que, interpretada como parte da ordem normativa, a conduta que se ajusta ao tipo legal não pode estar proibida, porque a própria ordem normativa a ordena e a incentiva" (GRECO. Rogério. Código Penal Comentado. 2ª Edição, revista, ampliada e atualizada até 1º de janeiro de 2009. Editora Impetus. 2009. Pg. 25-6).

Trocando em miúdos, a tipicidade conglobante envolve dois pressupostos para sua configuração, sendo um relativo a expressa lesão ao bem jurídico e o outro ligado à existência, ou não, de outra norma jurídica no ordenamento pátrio como um todo, por isso a denominação conglobante, que autorize ou fomente a conduta prevista no Código Penal.

Na esteira:

> APELAÇÃO CRIME - EX-PREFEITO E EX-SECRETÁRIOS MUNICIPAIS DE FOZ DO IGUAÇU/PR ABSOLVIDOS SUMARIAMENTE EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - 1. RECURSO DE APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO PERANTE ESTE TRIBUNAL - DIPLOMAÇÃO DE UM DOS RÉUS COMO DEPUTADO ESTADUAL - PRERROGATIVA DE FORO QUE IMPÕE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA PARA O ÓRGÃO ESPECIAL - PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO A PARTIR DO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA, SENDO LEGÍTIMOS OS ATOS ANTERIORMENTE PRATICADOS - 2.MANUTENÇÃO DA UNIDADE DO PROCESSO - JULGAMENTO CONJUNTO - SÚMULA 704 DO STF - CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. 3. DELITO DE NOMEAÇÃO DE SERVIDOR CONTRA EXPRESSA PREVISÃO DE LEI (ART. 1º, INC. XIII, DO DL 201/67) - NÃO CONFIGURAÇÃO - EXISTÊNCIA DE NORMAS MUNICIPAIS AUTORIZADORAS - ART. 37, II E V DA CF QUE NÃO COMPLEMENTA A ELEMENTAR

DO TIPO "EXPRESSA DISPOSIÇÃO DE LEI" - DIREITO PENAL - PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE ESTRITA - CARÁTER SUBISDIÁRIO - HERMENÊUTICA PENAL - PECULIARIDADES - TIPICIDADE CONGLOBANTE - ATIPICIDADE DA CONDUTA EVIDENCIADA - PRECEDENTES DO STJ E DO STF - 4. ORDENAÇÃO DE DESPESA NÃO AUTORIZADA POR LEI (ART. 359-D DO CP) - AFASTAMENTO DO CRIME COMO DECORRÊNCIA LÓGICA DA ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO ANTERIOR - NORMA PENAL EM BRANCO - TIPO PENAL EXIGE QUE A DEMONSTRAÇÃO DA INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS INSCULPIDAS NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO NARRA QUE A DESPESA CONTRARIOU OS NORMATIVOS DA LEI Nº 101/2000 - LEI MUNICIPAL AUTORIZANDO O PAGAMENTO DA VERBA DE REPRESENTAÇÃO - ATIPICIDADE DAS CONDUTAS EVIDENCIADA - 5. DILAÇÃO PROBATÓRIA DESPICIENDA - DECRETO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA MANTIDO - APELAÇÃO DESPROVIDA.1. Incumbe ao Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, nos termos do art. 101, VII, "a", da Constituição Estadual e art.84, II, "a", do RITJPR, processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns e de responsabilidade, os Deputados Estaduais desde o momento em que passam a ter direito a assento na cadeira parlamentar, com a expedição do diploma (art. 53, § 1º, da Constituição Federal aplicado por simetria). Nestes termos, manifestando-se a prerrogativa de foro após a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau e pendente de julgamento o recurso de apelação, passa a causa à jurisdição deste Órgão Especial, para aqui ter seu prosseguimento a partir do estado em que se encontra, legítimos os atos anteriormente nela praticados.2. Nos termos da Súmula n° 704 do STF: "não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados". Desta forma, o julgamento conjunto de todos os apelados é medida que se impõe, pois eventual cisão do feito trará, tão somente, prejuízo à prestação jurisdicional, em detrimento da economia processual, bem como a possibilidade de decisões

contraditórias - situação inexplicável aos olhos dos jurisdicionados e da sociedade em geral. Precedentes do STF.3. Evidenciado que as nomeações realizadas pelos apelados tiveram amparo em normas municipais, cumpre reconhecer a atipicidade da conduta, uma vez que o tipo penal inserto no art. 1.º, inciso XIII, do Decreto-Lei nº 201/67 exige a nomeação, admissão ou designação servidor, contra expressa disposição de lei, o que não ocorreu na espécie.Ainda, o art. 37, incisos II e V, da Constituição Federal não podem servir de complemento à elementar constante do art.1º, inc. XIII, do Decreto-Lei nº 201/67 ("afronta à expressa disposição de lei"), por falta de certeza, o que implicaria em lesão ao princípio da legalidade estrita, e, em que pese tais condutas possam eventualmente caracterizar ilícitos civis ou administrativos, não possuem o condão de tipificar a conduta, pois "não se deve, em nome de exagerado rigorismo formal, atribuir a uma mera irregularidade administrativa o 'status' de crime".1 Outrossim, existe autorização no ordenamento municipal para as nomeações tal como ocorreram, o que as legitima e, segundo a teoria da tipicidade conglobante, afasta-se a tipicidade das condutas.4. Tratando-se o tipo penal do art. 359-D de "Lei Penal em Branco", cuja disciplina integrativa deve ser dada pelas disposições da LC nº 101/2000, cumpria ao órgão ministerial indicar quais as prescrições contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal, notadamente as relativas à autorização legal para a ordenação da despesa (arts. 15, 16 e 17), ou mesmo em outras leis de natureza fiscal, que teriam sido violadas na concessão das verbas de representação, o que não ocorreu na espécie.5. Se os fatos descritos na peça acusatória evidentemente não se amoldam às figuras penais nela capituladas, forçoso é o reconhecimento do acerto do decreto absolutório expedido pelo juízo "*a quo*" com fundamento no art. 397, III, do CPP eis que na espécie afigura-se injustificável a perpetuação do processo penal para fins de desnecessária dilação probatória.1 Denúncia Crime 140899-1, 1ª C.Criminal, Rel. Des. José Mauricio Pinto de Almeida, julg.05.08.2004. Apelação Crime n° 1.379.622-05

(TJPR - Órgão Especial - AC - 1379622-0 - Foz do Iguaçu - Rel.: Luís Carlos Xavier - Unânime - - J. 01.02.2016)

No caso dos autos, repito, o réu João Tadeu pautou-se dos elementos previstos na seara administrativa para fins de autorizar o corte de árvore isolada por parte do requerente da licença, não sendo visível qualquer omissão, supressão ou dado enganoso no parecer técnico n. JTGA 036/2010/CFI.

Se tanto não bastasse, se posteriormente ao ato administrativo emitido por João Tadeu, e em descumprimento aos seus limites, pessoas não identificadas nos autos suprimiram vegetação outra que não a especificada, não cabe ao ao nominado réu ser responsabilizado.

Destarte, presente norma que autorize a conduta do réu João Tadeu Greboge Almeida, fica caracterizada a atipicidade de sua conduta.

No mesmo diapasão da conclusão exposta, e como já apontado em linhas anteriores, resta declarar também a absolvição de Gabriel Santos de Souza, uma vez que constatado que a licença dada pelo corréu seguiu estritamente as balizas normativas.

Assim, ausente a elementar do tipo penal do art. 67 da Lei n. 9.605/1998 – *conceder funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais* -, configurada está a falta de tipicidade da ação realizada por Gabriel Santos de Souza.

III – Dispositivo:

Ante o exposto e tudo mais que dos autos consta, **julgo improcedente** o pedido da denúncia, para **ABSOLVER** João Tadeu Greboge Almeida, das sanções descritas no art. 69-A, *caput*, da Lei n. 9.605/1998, e Gabriel Santos de Souza, das imputações previstas no art. 67 da Lei de Regência Ambiental, o que faço, para ambos, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Custas na forma da Lei.

Com o trânsito, arquive-se.

Publique-se em mãos do Escrivão (CPP, art. 389)

Registre-se.

Intimem-se (sendo os réus pessoalmente).

Itajaí (SC), 13 de março de 2017

Mauro Ferrandin - Juiz de Direito

Autos n° 0015251-04.2009.8.24.0033
Autor e Vítima: Justiça Pública - 2ª PJ e outros
Denunciado e Réu: Marcos Pegoraro e outros

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

O Ministério Público de Santa Catarina, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 129, I, da CRFB/88 e art. 24 do CPP, ofereceu denúncia contra **MARCOS PEGORARO, LUCIANO RIBAS PINTO, VANDERLÉIA APARECIDA BATISTA e DARCI DORIVAL DE SOUZA**, todos devidamente qualificados nos autos, dando-os como incursos nas sanções do art. 15 da Lei n. 10.826/03, c/c art. 29 do Código Penal, pela prática, em tese, dos fatos pormenorizadamente descritos na exordial acusatória, a qual, apesar de não transcrita, em homenagem aos princípios da celeridade e economia processuais, parra a integrar este *decisum*.

A denúncia foi recebida em 21.6.2013 (p. 327).

Citados e intimados, os acusados apresentaram resposta à acusação (VANDERLÉIA citada às pp. 354-5, autodefesa às pp. 356-66; DARCI, citado à p. 376, apresentou defesa às pp. 368-70, por advogado constituído; LUCIANO apresentou defesa às pp. 423-8, por advogado particular). Após saneamento do feito, MARCO PEGORARO, citado, apresentou resposta à acusação à p. 555.

Após manifestação ministerial, as teses preliminares defensivas foram afastadas, bem assim as causas de absolvição sumária.

Sob o crivo do contraditório foram interrogados apenas os réus VANDERLÉIA e MARCOS PEGORARO (O Ministério Público desistiu da oitiva da vítima e os demais acusados foram declarados revéis).

Encerrada a instrução, não houve pedido de diligências.

As partes apresentaram as alegações finais por memoriais. O Ministério Público requereu a condenação dos acusados nos exatos moldes vazados na denúncia. DARCI DORIVAL DE SOUZA, agora representado pela Defensoria Pública, alegou, em preliminar, nulidade, decorrente da inobservância dos requisitos necessários para utilização de interceptação telefônica como prova emprestada. Sucessivamente, arguiu ausência de provas quanto à autoria (que teria base exclusivamente na prova emprestada). Em caso de condenação, requereu a diminuição da pena pela menor participação. Por fim, requereu a substituição da sanção corporal por restritiva de direitos; MARCOS PEGORARO, em suma, arguiu nulidade da prova de interceptação telefônica, porque não observado o contraditório; sucessivamente, ausência de prova de autoria e, em caso de condenação, desclassificação da conduta para o delito de dano; LUCIANO RIBAS PINTO, na sua vez, sustentou a imprestabilidade da prova emprestada (interceptação telefônica), porque ausente a decisão que autorizou a sua realização, e inexistentes as gravações, o auto circunstanciado e referência a qual período se referiam as conversas supostamente transcritas. Em caso de condenação, requereu a substituição da pena corporal por restritivas de direitos; E VANDERLÉIA A. BATISTA, em causa própria, de forma preliminar, alegou a nulidade da prova emprestada e, no mérito, sustentou negativa de autoria, pleiteando, em caso de condenação, pena mínima e regime aberto.

Vieram-me conclusos para sentença.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de ação penal pública incondicionada, por meio da qual se

apura a responsabilidade penal de **MARCOS PEGORARO, LUCIANO RIBAS PINTO, VANDERLÉIA APARECIDA BATISTA e DARCI DORIVAL DE SOUZA**, todos já qualificados, pela suposta prática das condutas descritas na denúncia, capitulada pelo Ministério Público como infração ao preceito do 15 da Lei n. 10.826/03.

Preliminarmente, as defesas técnicas sustentaram a nulidade da interceptação telefônica, questão que se entrelaça com o mérito, doravante examinado.

Em suma, descreve a denúncia que os acusados, MARCOS PEGORARO, LUCIANO RIBAS PINTO, VANDERLÉIA APARECIDA BATISTA e DARCI DORIVAL DE SOUZA, em represália à rígida fiscalização de Carlos Henrique Batista de Barros, auditor fiscal da Receita Estadual de Santa Catarina – no combate à sonegação de tributos derivados da comercialização de combustível, notadamente o álcool -, a fim de dar-lhe um susto, com objetivo de cessar/diminuir sua atuação contra a empresa ARROWS Petróleo do Brasil Ltda., orquestraram um atentado na residência do servidor público, consistente na realização de disparos de arma de fogo contra o patrimônio do ofendido (automóvel), fato que teria sido levado a cabo no dia 12.3.2009, por volta das 22h14min (por meio de três tiros de arma calibre .40).

Segundo a acusação, tais condutas estariam alicerçadas em três elementos de prova, quais sejam: (a) interceptação telefônica dos terminais pertencentes aos acusados; (b) nas palavras da vítima, que teria suspeitado da autoria em razão da fiscalização realizada na empresa ARROWS, no dia anterior ao fato, quando deu parecer desfavorável à reativação da empresa, sendo que os réus possuíam vínculo com a nominada pessoa jurídica (MARCOS era um dos seus representantes legais; LUCIANO atuava como representante comercial na venda de combustíveis; VANDERLEIA, suposta Dra. Val, prestava serviços de advocacia à empresa; e DARCI, vulgo *Mou e Júnior*, contratado como detetive particular

para vigiar os auditores); e (c) no laudo pericial realizado no local dos disparos e no automóvel da vítima, atingido pelos tiros.

Quanto ao primeiro, sabe-se que a CRFB/1988 estampa os direitos individuais à intimidade, vida privada e inviolabilidade do sigilo de correspondência e de comunicações telefônicas (art. 5º, X e XII). Consoante o próprio texto constitucional, a interceptação de comunicações telefônicas somente é cabível mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma estabelecida em lei.

A fim de dar vazão à norma, a Lei n. 9.296/1996 lista os requisitos essenciais para o deferimento da medida, dentre eles a existência de indícios razoáveis de autoria, a imprescindibilidade do meio de prova e que a infração penal perquirida seja apenada com reclusão (art. 2º). Exige, também, que a decisão seja clara, assim como a situação objeto da investigação, e fundamentada em elementos concretos (art. 5º). Ainda, traz regras relacionadas à forma, tanto no que tange ao pedido quanto no tocante à execução e prazo da diligência (arts. 3º e seguintes).

Como se vê, o ordenamento jurídico impõe uma série de exigências para a interceptação de comunicações telefônicas, devidamente justificadas pelo caráter invasivo e excepcional da medida.

No caso dos autos, observa-se que a prova utilizada pela acusação emanou de autorização oriunda de juízo incompetente (Justiça Federal de Joinville), diverso daquele onde a ação principal tramita (nesta 2ª Vara Criminal de Itajaí/SC), o que, no entanto, não tem o condão de macular as escutas, pois, conforme abalizada jurisprudência, a regra do art. 1º da Lei n. 9.296/1996 deve ser interpretada com ponderação, sobretudo quando a concessão ocorrer na fase investigativa.

A respeito:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. QUADRILHA, CORRUPÇÃO ATIVA

> E ESTELIONATO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SUMULA Nº 284/STF. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUTORIZAÇÃO. ALTERAÇÃO SUPERVENIENTE DA COMPETÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE. PRORROGAÇÕES. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE EMBASAMENTO APENAS EM DENÚNCIA ANÔNIMA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, as "interceptações telefônicas eventualmente determinadas por autoridade absolutamente incompetente permanecem válidas e podem ser plenamente ratificadas". (APn 536/BA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, CORTE ESPECIAL, DJe 04/04/2013) 3. É assente neste Tribunal Superior, o entendimento segundo o qual as autorizações subsequentes de interceptações telefônicas, uma vez evidenciada a necessidade das medidas, não se sujeitam a prazo certo, mas ao tempo necessário e razoável para o fim da persecução penal. [...] (STJ, AgRg no REsp 1316912/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j.18/03/2014)

Denota-se, por meio da manifestação do Juiz Federal Substituto na Titularidade da 1ª VF e JEF Criminal de Joinville/SC, juntada (pela metade) às pp. 108-54, que a interceptação telefônica teria sido autorizada, por aquele juízo, com relação a outros fatos (operação da Polícia Federal denominada Carga Pesada II).

Ocorre que aportou neste Juízo tão somente o referido ofício daquela Justiça, assim composto: um despacho, daquele Juízo, autorizando o compartilhamento da prova (p. 109); um ofício (noticiando o envio de cópia integral de inquérito policial) encaminhado pelo Coordenador do Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária ao Promotor de Justiça da 11ª Promotoria de Justiça de Itajaí/SC (p. 110); um resumo, apresentado pela metade, com título MATERIAL DA PF SOBRE ATENTADO, sem data e nem subscrição, iniciando-se na "Página 5 de 53" e encerrando-se na "Página 10 de 53" (pp. 112-8), seguido de trechos de supostas transcrições de possíveis conversas telefônicas que alguns dos acusados teriam participado (pp. 119-54).

Com efeito, sequer há no caderno processual cópia da decisão que deferiu a medida, as respectivas gravações, o relatório circunstanciado completo, isto é, elementos mínimos exigidos pela lei.

Nessa senda, torna-se impossível realizar o controle, seja pela defesa, seja por este Juízo, da legalidade e legitimidade da prova, mormente no que concerne à presença de fundamentação concreta e idônea para a quebra do sigilo, forma de execução da diligência, sua duração, indicação clara do objeto da investigação, qualificação dos investigados, enfim, todos os escopos perseguidos pela Lei n. 9.296/1996.

Grosso modo, as transcrições constantes do feito, inclusive reproduzidas na denúncia, não passam de tinta e papel, destituídas de qualquer força probatória.

Nessa linha, colhe-se da jurisprudência:

> PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, I, LEI 11.343/06. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. FALTA DE ACESSO ÀS DECISÕES DEFERITÓRIAS E AOS ÁUDIOS. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. NULIDADE DA SENTENÇA. [...] Constatado que não foram anexadas aos autos da ação penal ou do inquérito relacionado as decisões que deferiram as interceptações telefônicas e os áudios captados, tendo as defesas acesso somente às transcrições das conversas envolvendo os acusados neste feito, inegável o cerceamento de defesa. [...] (TRF4, ACR 5001422-44.2013.404.7008, Relator SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, j. 01/04/2014)

Dito isso, declaro imprestável a prova emprestada, decorrente de suposta interceptação telefônica autorizada na Justiça Federal, porque realizada ao arrepio da Lei.

Ademais, vale notar que as interceptações telefônicas sucessivamente deferidas por este Juízo (vide pp. 23-7 e 35-7 do procedimento n. 0005425-51.2009.8.24.0033, em apenso) contra os terminais telefônicos

dos acusados, não trouxe nenhum fato relevante ao feito quanto ao caso narrado na denúncia, conforme descrito pelo perito responsável (p. 111 daquele processo).

Outrossim, remanesce o segundo fundamento da acusação, baseado no depoimento da vítima, Carlos Henrique Batista de Barros, cuja versão não fora reproduzida sob o contraditório.

Acerca do terceiro fundamento do órgão acusador, relativo ao laudo pericial, destaco que o exame técnico, que confirma a ocorrência dos disparos e dos danos, não é capaz de resolver a autoria do crime.

Além disso, os réus negaram o cometimento/envolvimento no crime.

Com efeito, com base nos indícios iniciais, em homenagem ao *in dubio pro societate* - imperativo daquela fase -, recebeu-se a denúncia. Porém, a prova não se confirmou sob o contraditório.

Destarte, aplicável ao caso o conteúdo do art. 155 do CPP, que assim dispõe:

> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da **prova produzida em contraditório judicial**, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (destaques pessoais).

Neste sentido:

> (...) DÚVIDAS ACERCA DA MATERIALIDADE DO DELITO - DEPOIMENTO EXTRAJUDICIAL DO AUTOR NÃO CONFIRMADO EM JUÍZO (CPP, ART. 155, CAPUT) - AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO (CF/88, ART. 5º, LIV) - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA. O conjunto probatório originado da etapa inquisitória, notadamente a declaração do investigado, somente terá validade e eficácia na formação da convicção do julgador quando corroborado por outros elementos obtidos

> no decorrer da instrução processual, mormente quando tal prova não for confirmada em juízo. Ademais, 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. **Na hipótese de constarem nos autos elementos de prova que conduzam à incerteza acerca da autoria do delito, sobretudo quando tais foram produzidos na etapa inquisitória, a absolvição é medida que se impõe, em observância ao princípio do in dubio pro reo, bem como ao disposto no art. 155 do CPP** (original sem grifo) (TJSC - Apelação Criminal n. 2009.011659-9, de Lages, rel. Des. Salete Silva Sommariva).

Destarte, ausente qualquer prova de que os disparos de arma de fogo realizados contra o patrimônio da vítima foram praticados pelos acusados ou a mando deles, a absolvição é caminho obrigatório.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto e tudo mais que dos autos consta, **julgo improcedente** a pretensão punitiva deduzida na denúncia e, por conseguinte, **absolvo** os acusados, **MARCOS PEGORARO, LUCIANO RIBAS PINTO, VANDERLÉIA APARECIDA BATISTA e DARCI DORIVAL DE SOUZA,** todos já qualificados nos autos, o que faço com fundamento no art. 386, VII, do CPP.

Sem custas.

Transitada em julgado, arquivem-se.

Com o trânsito em julgado, arquive-se.

Itajaí (SC), 31 de maio de 2017

Mauro Ferrandin – Juiz de Direito

ARTIGOS

A DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DOS ATIVOS FINANCEIROS DO DEVEDOR NO PROCESSO DE EXECUÇÃO.

Jaime Luiz Vicari *

O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 03 2015) em vigência a contar de 16 de março de 2016, trouxe uma série de inovações, benéficas a maioria mas outras que estão a despertar fundadas indagações entre os operadores do Direito, o que é muito natural em toda a mudança.

Pretende-se examinar aqui, à vol d'oiseau, aspecto relevante do processo de execução por título extrajudicial que, do artigo 831 em diante, disciplina a penhora, depósito e avaliação

Pois bem, na subseção V, a contar do artigo 854 o legislador normatizou providência a que denomina da Penhora de Dinheiro em Depósito ou em Aplicação Financeira permitindo ao exequente formular, dentro dos autos do processo de execução, requerimento típico do procedimento previsto nos artigos 813 a 821 do Código revogado, ou seja, algo próximo ou com a mesma natureza que uma demanda cautelar preparatória de arresto.

Sucede que o artigo 854, caput, do Novo Código de Processo Civil assegura ao credor a faculdade de requerer, na inicial da execução, medida prévia destinada a assegurar, sem a oitiva da parte contrária, liminarmente, a decretação pelo juiz da indisponibilidade de dinheiro ou de aplicação financeira pertencentes ao devedor. Importante destacar: trata-se de indisponibilização, ato inicial e não de penhora.

Uma vez deferido o requerimento e tornados indisponíveis os ativos, o executado deverá ser intimado, na pessoa de seu advogado, ou não o tendo, pessoalmente, consoante manda o § 2º do aludido artigo, *verbis*:

"Tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente".

Não há qualquer dúvida sobre o que seja dinheiro. Ele é o valor disponível de imediato, sem necessidade de prazos para resgate. No entanto, o mesmo não ocorre com as demais aplicações financeiras, que tem prazo de resgate e cuja antecipação poderá resultar em deságio de maior ou menor vulto, o que certamente dará ensejo a intensos debates.

Entende-se como aplicação financeira recursos que tem prazo determinado de aplicação e que ao serem resgatados antecipadamente, como dito, sofrerão deságio.

O site do Banco Central do Brasil (https://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/aplica.asp) dá como exemplos de aplicações financeiras a Caderneta de Poupança (CP), a Certidão de Depósito Bancário (CDB), Recibo de Depósito Bancário (RDB) e os Fundos de Investimento mas certamente outros existirão.

Necessário lembrar, ademais, que os valores lançados em Cadernetas de Poupança e inferiores a 40 (quarenta) salários mínimos, são impenhoráveis, nos termos do inciso X do artigo 833 do Código de Ritos.

Pois bem, requerida na inicial, deferida pelo juiz e cumprida a indisponibilidade, como se disse, manda a lei seja o devedor ou seu advogado, intimados do gravame ordenado e concretizado (ressalte-se

que não se trata ainda de penhora), podendo ele, no prazo de cinco dias, consoante o § 3º, impugnar (não embargar) a decisão, desde que o faça com base em um e/ou nos dois dos seguintes fundamentos: i) as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis; ii) há excesso no valor atingido pela indisponibilidade.

Há um aspecto, por assim dizer instigante na determinação desse artigo. Com efeito, a lei manda que o devedor ou seu advogado sejam intimados da indisponibilidade, logo após sua concretização.

Contudo todos esses atos são realizados inaudita altera parte e assim, nos autos não haverá certamente advogado constituído pelo devedor e este, igualmente, não terá ainda sido citado.

Ademais, se a intimação para essa defesa – que não são embargos, repita-se – for realizada na pessoa do devedor, estaremos diante de insólita providência: o executado é intimado para essa defesa, sem haver sido citado. Pelo menos, ainda não citado.

Entretanto a lei lhe assegura, se o desejar, em interpretação literal, antes de ser citado, repita-se, oportunidade para oferecer impugnação, no prazo de cinco dias, contados da ciência da indisponibilidade, irrelevante seja dele ou de seu patrono.

Rejeitada ou não ofertada a impugnação, a indisponibilidade converter-se-á em penhora, na forma do § 5º, sem necessidade de lavratura de termo, com transferência das importâncias para conta do juízo, que a tanto equivale o depósito.

A contar daí é que se procede, nos termos da nova norma de ritos, à citação do devedor, com abertura do prazo de quinze dias para oferecimento de embargos, que, observe-se, nos demais casos podem ser interpostos sem a penhora, como expressamente faculta o artigo 914.

E essa é mais uma peculiaridade a ser examinada. Sucede que nas demais hipóteses de execução por título extrajudicial, consoante o

mencionado artigo 914, não há exigência de penhora para o oferecimento dos embargos muito embora nada impeça que o devedor, não tendo sido realizada a indisponibilidade ou tendo ela sido rejeitada, ofereça embargos, sem penhora.

Por isso, nos aparenta razoável sustentar que o legislador criou, no artigo 854 do Código, uma espécie de arresto interno, a ser realizado nos próprios autos do processo de execução, possibilitando ao credor obter a indisponibilidade de dinheiro e/ou ativos financeiros, e apenas dessa espécie de bens, e ao devedor, de oferecer impugnação a esses atos, tudo antes da penhora e da citação.

Como de todos sabido, o novo Código de Processo Civil não contempla mais a existência de processo cautelar, seja preparatório, seja incidental embora no processo de conhecimento admita o deferimento de antecipação de tutela em razão de urgência ou em razão da evidência.

Pois bem, no artigo 854, processo de execução de título extrajudicial, o legislador criou uma tutela diferenciada, em razão da urgência e da evidência, medida que não existe, pelo menos expressamente, na chamada "fase de execução da sentença", antiga "execução de título judicial" e tampouco nos casos em que o credor não indica ou requer essa espécie de medida.

Relevante afirmar que essa mesma disposição, digamos, cautelar, encontra-se normatizada há mais de quinze anos, no âmbito do executivo fiscal. O artigo 4º, § 1º da Lei n. 8.397, de 06 de janeiro 1992, que rege a concessão da chamada "medida cautelar fiscal", preparatória ou incidental à execução, permite, presentes certos requisitos, a decretação da indisponibilidade de bens do devedor, inclusive ativos financeiros.

Contrariamente ao que ocorre na "medida cautelar fiscal", o artigo 854 do Código de Processo vigente não faz qualquer exigência para o deferimento dessa cautelar interna de arresto senão o simples requerimento do credor, sujeito ativo do processo de execução por título extrajudicial.

Intuitivamente, compreende-se e aplaude-se essa medida. Se o devedor for citado ou de qualquer modo tenha conhecimento do pedido de indisponibilidade de ativos feito pelo devedor, terá três dias para, literalmente, fazer desaparecer esses valores.

A matéria é nova, como tantas outras trazidas pelo Código de Processo Civil vigente e não localizei, em pesquisa rápida, nenhum precedente a respeito, seja no repertório jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, seja em decisões do Superior Tribunal de Justiça, salvo no pertinente ao executivo fiscal.

Hermes Zanetti Jr aborda essa matéria com proficiência em seus Comentários ao Código de Processo Civil (Editora Revista dos Tribunais, Vol. XIV, 2016, páginas 218 e seguintes) mas, data vênia, incorre em equívoco de nominar essa indisponibilidade de ativos financeiros de "penhora de dinheiro", interpretação que se mostra incompatível até mesmo em simples leitura do texto legal.

O festejado processualista Luiz Guilherme Marinoni, embora comente o artigo 854 do NCPC, não o faz no aspecto que aqui se aborda tanto que denomina a providência de indisponibilidade de "penhora eletrônica", posição da qual ousa-se discordar, porque penhora, nos termos da lei, só haverá após o depósito (Marinoni et alii, Novo Código de Processo Civil Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 802).

A mesma e, data vênia, posição adota no ponto, o também festejado Cassio Scarpinella Bueno que denomina o procedimento do artigo 854 de "penhora eletrônica" (Novo Código de Processo Civil Comentado, Saraiva, 2015, p. 520).

Na verdade, poderá a indisponibilidade converter-se em penhora, uma vez rejeitada a impugnação mas o ato inicial, penhora não é.

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Advogado e Professor.

A GARANTIA MATERIAL DA PROPRIEDADE CONSTITUCIONAL

Luiz Antônio Zanini Fornerolli[5]

1. INTROITO RÁPIDO

Antes de tudo, cabe distender, que este artigo trata apenas de um esboço temático a respeito da doutrina fundante do que versa a garantia material de um direito fundamental e, especificamente, do direito de propriedade constitucional. Frente a inexistência no Brasil de uma previsão normativa a respeito do que consiste a tal garantia, é que se debruça sobre a doutrina e jurisprudência espanhola, para o fim de extrair-se as premissas que autorizam o conhecimento exegético do tema.

Dito isso, vamos a questão. Ei-la, pois.

O conteúdo ou núcleo essencial de um direito individual constitui-se de um princípio constitucional que se destina a impedir o esvaziamento do conteúdo material do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais que possam ser realizadas pelo legislador.

É um ambiente de proteção constitucional contra lei e medidas administrativas que vão além do limite considerado como razoável ao conteúdo substancial dos direitos fundamentais aos órgãos de Estado que exercitem a função legislativa e sua atribuição de regulamentar.

5 Juiz de Direito de Segundo Grau do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *Master* e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilha, Espanha.

A matriz constitucional serve de figa mestra sobre a validação do rol dos direitos fundamentais estampados no catálogo constitucional. O compromisso de sua fundamentação jurídico-constitucional está afeito a indefectível compreensão a respeito do esgaçamento, em face da extensão, conteúdo e validade das cláusulas tidas como pétreas distendidas no texto constitucional. E isso faz sentido, na medida em que cláusulas imutáveis do Texto Maior apresentam-se como apropriados obstáculos instraponíveis contra a atuação estatal de conformação e realização da norma constitucional, resguardando a salvo conteúdo mínimo inexpugnável a respeito de direitos e bens tutelados pela própria constituição, impedindo a desdensificação desses, indo além do limite do aceitável para a não desfiguração da regra garantida.

O Direito Constitucional brasileiro não contemplou expressa e diretamente a defesa da substância medular do direito fundamental, por isso, tal como referido no ordenamento Alemão, Português e Espanhol, desconhece essa figura jurídica – conteúdo essencial –, porém isso não quer dizer que a Constituição Federal não edificou para os direitos fundamentais cláusula de barreira para uma injusta e indevida atividade legislativa sobre a conteúdo-valor dos direitos individuais que reconhece.[6]

E a embasar e fortificar esse obstáculo constitucional está a história nacional recente. Observe-se que o Brasil de 1988 ressurgia

6 A Constituição espanhola, no n. 1 do art. 53, traz que os direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo Segundo do Título Um vinculam todos os poderes públicos, enfatizando que somente por lei, que em todo o caso deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá se regularizar o exercício de tais direitos e liberdades, que se tutelarão de acordo com o previsto no art. 161.1.a. Por sua vez, a Constituição portuguesa também se refere ao conteúdo essencial no n. 3 do art. 18, expressando que "as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais". Ambas são moldadas na precursora Lei Fundamental de Bonn, que, no art. 19.2, estabelece que em nenhum caso um direito fundamental possa ser afetado em sua essência.

democraticamente, pois sucedia um Estado que operava restrições de liberdades, em que os direitos civis estavam encapsulados aos interesses do Estado ditatorial.

Esse paredismo constitucional é guiado por uma justificação histórica e de direito que é disposta como uma resposta à violência perpetrada pelo Estado contra seus concidadãos, que, a partir da década de 60 do século passado, enveredou em solapar direitos civis da população brasileira. Nesse período, não foram poucas as aventuras legislativas que violaram as liberdades públicas dos nacionais, postando de lado os direitos e garantias fundamentais dos brasileiros.

A consistência da garantia limitadora do conteúdo mínimo contemplada pela Constituição é voltada no sentido de que esse mecanismo de conservação do texto sirva de bloqueio para que, no futuro, o Estado brasileiro estivesse a salvo de momentos políticos pouco felizes, nos quais fossem possíveis investidas legislativas com o desiderato de excluir ou mesmo mitigar as cláusulas de perpetuidade.

Aliás, esse enredo histórico também deu nascedouro ao último reduto defesa dos direitos fundamentais à Alemanha pós-guerra. Pois, inspirado no acontecido com a Constituição de Weimar, onde o plexo de garantismo dos direitos fundamentais foi esvaziado pela atuação marcadamente violadora do legislador do Estado Nazista, submetendo a conformação da legislação infraconstitucional a certa inutilidade, reduzindo significativamente a eficácia de realização constitucional, desnaturando a ideia de componente nuclear, observando à necessidade de se ditar cláusulas de enfraquecimento contra a possibilidade atividade legislativa ir além do que justificaria à atuação legislador.

2. A defesa do conteúdo material do direito fundamental na Constituição Federal

A blindagem constitucional brasileira em defesa do conteúdo material do direito fundamental é erigida por meio do preceito extraído do inc. IV do § 4º do art. 60 da Carta da República, o qual expressamente prevê que não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais.[7]

A disposição contida nesse preceito estabelece a ideia de que a própria Constituição, ao reger o plexo dos direitos fundamentais, reservou, paralelamente a eles, uma garantia imanente, que impossibilita qualquer atividade legislativa que tenha por cunho desfigurar ou descaracterizar um direito individual reconhecido, além do que protege contra as regulamentações administrativas a despeito do exercício do direito.[8]

Isso conduz à conclusão de que o texto constitucional estipulou uma limitação da intervenção legislativa de ordem orgânica sobre a saúde dos institutos jurídicos descritos no rol dos direitos fundamentais. O intento é de preservação de um conteúdo mínimo; é garantir a

7 A doutrina brasileira trata essa imutabilidade de conteúdo do texto constitucional como limitação material explícita (por exemplo: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*..., p. 200; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*..., p. 26; e SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*..., p. 66). Luís Roberto Barroso sustenta que essa limitação material ou cláusula pétrea constitui-se como marco de intangibilidade, no qual são inscritas as matérias que ficam fora do alcance do constituinte derivado. Aliás, desempenham um "papel mais amplo do que o de balizar e conter o poder de reforma constitucional. Por condensarem as decisões políticas essenciais e os valores mais elevados de determinada ordem jurídica, funcionam também como princípios fundamentais que irão orientar a interpretação constitucional, dando unidade e harmonia ao sistema" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo..., p. 159).

8 Nesse sentido, Rafael Colina Garea. Diz ele que o conteúdo nuclear do Direito desenvolve seu objetivo não só como uma barreira frente às limitações ou restrições legislativas dos direitos fundamentais, mas também frente à regulamentação de seu exercício (COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*..., p. 351).

idoneidade do direito reconhecido, sob pena de perda da proteção jurídica constitucional.

O que se mira com a intangibilidade, é o reconhecimento da necessária constitucionalidade da obra sobre o espírito reformador, conformador ou regulamentador, no escopo de evitar-se o reducionismo do direito consagrado no texto constitucional, desnaturando seu conteúdo intrínseco a ponto de se verificar a desintegração das características que identificam o instituto jurídico como direito previstos no catálogo constitucional.

Os direitos fundamentais encontram-se submetidos a uma proteção de intangibilidade e a vulneração. Essa cápsula que serve de carapaça envolve os direitos fundamentais exercendo dupla função: uma negativa e outra positiva. No desempenho da primeira função – a negativa –, manifesta-se impedindo que o legislador adote determinadas medidas ou comportamentos. Na ordem positiva, estabelece ao legislador uma vinculação ativa.

Isso quer dizer que a limitação atua em dupla face de forma sincronizada e simultânea. Num primeiro momento, inibe atuações legislativas que impeçam o exercício e mitiguem a substância do direito; e, num segundo, impele ao legislador que adote medidas necessárias para assegurar a efetividade do direito a que se refere, pois não é desconhecido que os direitos fundamentais podem ser violados, não necessariamente só por ação, mas sim também por omissão.[9]

Fique claro aqui que esse mínimo não tem relação com a quantidade, e sim com a qualidade da substância que deve ser preservada. Portanto, a garantia não se preocupa com a extensão do direito individual posto como inviolável. A preocupação é baseada na profundidade desse direito,

9*Ibidem*, p. 351-352.

com a idoneidade de sua garantia, no sentido de salvaguardar a qualidade do direito reconhecido pela Constituição para que ele possa produzir efeitos.[10]

A ideia de preservação de um mínimo é traduzida na impossibilidade de violação pelo legislador. Ainda que se tratasse de situações em que o legislador esteja constitucionalmente autorizado a editar normas de cunho restritivo, ele continua vinculado a colocar a salvo o conteúdo medular de essencialidade desse direito restringido.[11] Esse limite de ordem interna e inseparável da figuração jurídica reconhecida ao direito na Constituição é trazido pela doutrina constitucional como "limite dos limites".[12]

A ideia aqui não é analisar a saciedade e a amiúde do que seja conteúdo ou núcleo essencial do direito de propriedade, e sim emoldurar esse direito diante da necessidade de preservação de um mínimo no sentido de refletir no que consistem sua garantia material e sua contextualização

10 Javier Barnes Vázquez assinala que, quando o constituinte impõe ao legislador que respeite o conteúdo essencial, não lhe está indicando a indisponibilidade sobre uma maior ou menor quantidade do direito, mas sim, pelo contrário, exige-lhe a salvaguarda da substância, conceito este não suscetível de medição quantitativa. Concluindo que por isso o adjetivo "essencial" não pode se traduzir como "mínimo", no sentido de que a substância ou essência de uma coisa - neste caso, o direito - é a parte mais nobre ou principal, o esqueleto ou elemento arquitetural, o permanente (BARNES VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional*: el estatuto jurídico del suelo agrario..., p. 251).

11 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*..., p. 458.

12 MENDES, Gilmar Ferreira *et al. Curso de direito constitucional*..., p. 314-315. Javier Barnes Vázquez lembra que o conteúdo essencial dos direitos e liberdades guarda parentesco com a teoria dos limites, posto que, não em vão, nasceu em Bonn com a pretendida intenção de frear a onipotência legislativa, estabelecendo para esses direitos e liberdades um núcleo indisponível, que quer dizer, um limite à lei "limitadora" das liberdades (BARNES VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional*: el estatuto jurídico del suelo agrario..., p. 225).

com a função social que cabe a ela desempenhar.

A garantia ao direito de propriedade apresenta-se como norma constitucional definidora de direito regiamente prevista no catálogo de reconhecimento dos direitos fundamentais dissertados na Constituição Federal. Como elemento integrante de uma norma constitucional material, está-lhe reservado engessamento no sentido de preservação de uma substância mínima, com o fim de se evitar investidas que possam desnaturar o instituto jurídico.

É nesse sentido que se cria em favor do instituto jurídico da propriedade, antes essencialmente privado, agora de idoneidade pública, uma aura de garantia que visa a seu resguardo. Daí a preocupação do constituinte originário de estabelecer para o reconhecimento desse direito, como também para os outros tidos como fundamentais, uma armadura que inibe o início do processo de reforma constitucional (CRFB, art. 60, § 4º).

3. O objetivo da defesa do mínimo inviolável

Entretanto, essa inibição deve ser entendida de forma extensiva. Se a Constituição Federal cria uma cláusula obstativa que impede o início do processo de reforma para abolir o que considera o cerne da Constituição, muito mais sentido haverá para que se interprete se uma norma infraconstitucional de algum modo conspurcou algum conteúdo do direito protegido, de conseguinte, descaracterizando-o.

A salvaguarda de um mínimo inviolável está diretamente unida à mantença hígida do que pretendeu o constituinte originário preservar. A inibição sobreleva o respeito da existência de uma parcela nuclear do direito fundamental, substância que se constitui como intangível para o

fim de se manter o instituto jurídico garantido eficazmente e autêntico.[13]

Porém, alcançar essa célula de identidade do instituto jurídico do direito fundamental garantido não é questão singela.[14] Por maior que seja a tendência de fidelidade que possa manifestar o legislador ao

13 Vale advertir que, no Brasil, a orientação que se consolida no STF, a intangibilidade da cláusula pétrea não é dirigida apenas à parcela estrita da Constituição, inserta geograficamente no seio dos direitos e garantias individuais, que corresponde ao Capítulo I do Título II, ou seja, especificamente, o art. 5º da Carta Republicana. O entendimento é nutrido por uma interpretação extensiva, auspiciada por uma construção histórica das liberdades públicas, no qual a localização de sua previsão no texto constitucional pouco importa. A relevância para se imprimir a imutabilidade é presa à substância do direito fundamental reconhecido, e não apenas levando-se em consideração a topografia da Carta (MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*..., p. 235-238). Nesse sentido de extensão da fórmula aparentemente inflexível da rotulação constitucional, Paulo Bonavides lança seu magistério a dar outros contornos ao perfil de imutabilidade, assinalando, em suma, que a uma leitura retrógrada da Constituição poder-se-ia compreender que a parte estanque seja somente aquela afeita aos direitos fundamentais provinda da primeira onda dos direitos fundamentais, quando, na realidade, isso não é verdadeiro. A densidade de conteúdo vai além, sob pena de amesquinhar as outras dimensões dos direitos fundamentais, que, por sua vez, foram também contempladas na CRFB, ainda que localizadas em posição diversa da alusão restritiva do inc. IV do § 4º do art. 60. Assim, independentemente da alocação no terreno do texto constitucional, o que importa é o conteúdo do direito fundamental reconhecido (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*..., p. 588-599; no mesmo sentido também: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*..., p. 112-113). Dimitri Dimoulis, por sua vez, não entende assim. Em sua opinião, essa tese do expansionismo da cláusula pétrea é politicamente progressista e não resiste a uma argumentação jurídica. No seu entendimento, a reserva do art. 60 da Carta Constitucional trata de um subgrupo de direitos "superfundamentais" que constituem as cláusulas pétreas; os demais, sem a garantia da imutabilidade, são os "direitos fundamentais constitucionalmente garantidos" (DIMOULIS, Dimitri. *Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais*..., p. 105).

14 Aliás, como ressalta Pérez Royo, definir conteúdo mínimo de um direito fundamental é uma tarefa impossível (PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*..., p. 459).

descrever o direito, é inescapável, em face da arte humana, a possibilidade de afastamento do conteúdo que a tradição jurídica costumeiramente reserva para aquele direito.

A questão é atingir o sentido autêntico do direito, com o fim de conferir-lhe a identidade que a tradição jurídica lhe forjou, contextualizando com o momento jurídico-político-econômico. Assim, sob essa rotulação que impregna o conteúdo mínimo, deve-se verificar qual a essência que o constituinte quis colocar a salvo, criando uma teia de proteção contra ingerências inautênticas.[15]

A substância mínima do Direito acaba se transformando num limite à atividade limitadora da lei. Dita uma fronteira na qual não se mostra possível o legislador exercer sua ação limitadora sobre as liberdades e direitos constitucionais.[16]

Notadamente, é imprescindível que fique firmado até onde o legislador pode ir para o fim de não atentar contra o conteúdo material presente no instituto jurídico reconhecido, como também o que pode fazer para torná-lo efetivo. Há uma base impenetrável que visa a impedir a descaracterização do direito.[17] O escudo tem o fito de sublimar um

15 Convém referir, aliás, como adverte Javier Barnes Vázquez, que o legislador ordinário está legitimado não só para preservar o bem que a Constituição coloca a salvo, mas sim para estabelecer os limites justificados ou razoáveis - a seu juízo - para a proteção do resto do ordenamento constitucional, isto é, outros bens ou valores (BARNES VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional*: el estatuto jurídico del suelo agrario..., p. 230).

16 Nas palavras de López y López, o núcleo mínimo constitui-se num limite ou barreira para o legislador ordinário, que não pode ultrapassar na hora de regular o exercício de direitos e liberdades (LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. *La disciplina constitucional da propiedad privada*..., p. 44).

17 A reserva, segundo Javier Barnes Vázquez, é que o núcleo essencial estabelece um mínimo no qual assinala para o legislador um limite para a possibilidade de limitar, por meio da atividade legislativa, os direitos constitucionalmente assegurados (BARNES VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional*: el estatuto jurídico del suelo agrario..., p. 235).

limite mínimo para tornar o direito fundamental a salvo das intempéries políticas.[18]

À guisa de norte orientador, a jurisprudência constitucional espanhola, consolidada a partir do FJ 8 da STC 11/1981, e a doutrina sobre o conteúdo essencial ressaltam dois critérios que permitem uma aproximação de no que consiste esse mínimo nuclear do direito fundamental. Trata-se do critério do reconhecimento e do critério do interesse juridicamente protegido.[19]

Segundo o primeiro desses critérios, deve-se verificar a natureza jurídica do direito individual protegido, busca-se investigar a relação existente entre a linguagem utilizada na redação legislativa e a linguagem genérica utilizada pelos operadores e estudiosos do Direito.[20]

18 López y López sublinha que o elemento nuclear do direito deve estar presente na atividade legislativa como instrumento que ponha limite à intervenção do legislador ordinário, na sua função de delimitar os direitos e liberdades, estabelecendo um núcleo de indisponibilidade para ele, que evite assim que sua ação, sempre determinada por mutáveis conjunturas, repetidas no tempo e variáveis em sua orientação, venha solapar uma peça essencial, os direitos e liberdades, da Constituição como norma suprema e alheia às mudanças casuais da fortuna eleitoral das diversas forças democráticas (LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. *La disciplina constitucional da propiedad privada*..., p. 138).

19 Segundo a STC 11/1981, FJ 8, são critérios de aproximação com a delimitação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Doutrinariamente, admitindo esses mesmos critérios: PÉREZ ROYO, J. *Curso de derecho constitucional...,* p. 459; LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. *La disciplina constitucional da propiedad privada*..., p. 138 e segs.; LEGUINA VILLA, Jesús. *El régimen constitucional de la propiedad privada*..., p. 20 e 21; MONTES PENADÉS, Vicente. L. *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*..., p. 63-64.

20 Javier Pérez Royo resume bem esse critério. Diz ele que se constitui na manifestação do procedimento clássico, ou seja, ir do abstrato ao concreto. Definido um tipo abstrato pela ciência jurídica, comprova-se se o ato concreto do legislador se encaixa no mesmo,

Após a configuração normativa do direito, e visualizado o plasma jurídico que encarna, no sentido é atinar racionalmente a relação existente entre o vocabulário normativo e a "metalinguagem" ou ideias generalizadas e convicções que de forma geral são admitidas no seio dos operadores do Direito ou no mundo acadêmico.[21]

Por sua parte, o critério dos interesses juridicamente protegidos consiste em examinar se a configuração legislativa do Direito é suficiente para garantir a satisfação dos interesses subjetivos que a Constituição, com o reconhecimento de cada direito, persegue proteger.

Diante dessa análise, estão dispostos dois caminhos para que se alcance a parcela essencial do direito para o fim de mantê-lo íntegro e operacional. Nada obstante, essas duas vias não podem ser entendidas como alternativas ou mesmo antitéticas. Muito pelo contrário, na verdade, são complementares, sempre na vertente de se identificar com maior primor o conteúdo mínimo indevassável.[22]

Nessa esteira, percebe-se que o essencial inabalável não serve

se é reconhecível a decisão concreta na definição abstrata (PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*..., p. 459). Rafael Colina Garea assevera que trata de verificar se um direito específico regulado pelo legislador apresenta-se subsumido ou pode se ajustar ao tipo abstrato dominial (COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*..., p. 362).

21 Segundo Javier Pérez Royo, trata-se do que se chama jurisprudência de interesse. O sentido é comprovar se o ato do legislador desconhece ou não os interesses suscetíveis de proteção pelo direito fundamental (PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*..., p. 459).

22 Não escapa à reflexão que, em se tratando de um conteúdo essencial, a jurisprudência constitucional espanhola não buscou definir o que é o núcleo mínimo do direito subjetivo. Apenas reconheceu que se pode alcançá-lo por meio do emprego de uma série de métodos concatenados que demonstram a essência de cada direito em cada caso específico. No rigor das palavras de López y López, são critérios para a determinação da essencialidade do conteúdo, segundo a hipótese em análise (LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. *La disciplina constitucional da propiedad privada*..., p. 44).

para definir o Direito. Como partícula mínima, sua função é estrutural, estando amoldada para servir de linde para o legislador, para que este, na materialização de sua arte, não sobrepasse ou invada esse alicerce, desfigurando-o. A célula se mantém como elemento fronteiriço, levantando uma barreira com o condão de coibir a invasão.

Mas isso, ainda que justificante, não fornece ao intérprete o que seja considerado como conteúdo essencial da propriedade. Essa nada mais é do que uma técnica que auxilia a intelecção, porém não declama qual seja o conteúdo mínimo que é reservado à propriedade.[23]

No entanto, não basta essa operação para se alcançar o mínimo impenetrável do Direito para o fim de mantê-lo idôneo e eficaz. Vai-se além: há que investigar se a alteração incidiu sobre o âmago do Direito, que é justamente a parte de escol, que justifica o interesse juridicamente protegido.

Está se tratando agora da própria alma do direito subjetivo. Elemento mínimo no qual mantém suportando toda a construção jurídica a respeito da inteligência do direito protegido. É a medula, órgão vital, absolutamente necessária, para que os interesses juridicamente protegidos, que dão vida ao Direito, resultem real, concreta e efetivamente protegidos.[24]

4. O conteúdo essencial do direito de propriedade

Amparado nesse contexto, tem-se que o conteúdo essencial de

23 A Constituição não estabelece qual é o conteúdo mínimo de cada direito (SERRANO ALBERCA, José Manuel. *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2003. p. 80), pois o que a Constituição coloca indisponível é um mecanismo de proteção ou garantia (MONTES PENADÉS, Vicente. L. *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*..., p. 215).

24 Tribunal Constitucional da Espanha, STC 11/1981, FJ 8.

cada direito ou liberdade serve como proteção de um núcleo que deve ser preservado para não se apresentar debilitado ante a intervenção legislativa infraconstitucional, e para o direito de propriedade isso não deixa de ser verdade.[25]

Tratando-se do direito de propriedade diante de sua capilaridade na sociedade e sua presente ideia de exercício de liberdade, rentabilidade econômica e segurança financeira, a questão torna-se ainda mais traumática. Daí constituir-se o firmamento de um núcleo mínimo indevassável questão delicada, uma vez que se tem que identificar dentro do instituto jurídico do direito os rasgos característicos de sua substância.[26]

A propriedade constitui-se de um termo jurídico de domínio público utilizado desde época remota. Portanto, precede a descrição jurídica do nosso tempo.[27] Em razão de sua importância para o ser humano, de seus reflexos no tecido social e de sua presença na organização política do

25 Segundo Álvarez Caperochipi, a jurisprudência constitucional espanhola cunhou o termo "conteúdo essencial da propriedade" para assinalar um limite no qual o legislador não pode restringir o direito sem desnaturalizá-lo (ÁLVAREZ CAPEROCHI, José Antonio. *Curso de derecho reales*: propiedad y derecho reales. T. 1. Granda: Comares, 2005. p.4).

26 Vicente L. Montes Penadés, no intento de encontrar a resposta a essa situação difícil, pergunta se, diante da pluralidade de tipos ou figuras dominicais, existe uma única instituição, ou seja, um mínimo de propriedade, que se constitui num máximo comum divisor de todos esses tipos ou figuras. Vai além, questiona onde se encontra regulado e em que poderes e faculdades se traduzem (MONTES PENADÉS, Vicente. L. *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*..., p. 183).

27 PIPES, Richard. *Propriedade & liberdade*..., p. 23-33. Muito a propósito, Washington de Barros Monteiro, citando argumentações de Planiol, assevera que a propriedade é um fato histórico, que remonta a mais alta antiguidade e que preexiste às leis que a regulam presentemente (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das coisas..., p. 80). Porém, é no Direito romano que se vai encontrar a raiz histórica da propriedade (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das coisas..., p. 105).

Estado, a relação do proprietário com a coisa, como fato jurígeno, restou conformada pelas normas e pela doutrina jurídica, de acordo com as circunstâncias próprias de cada momento histórico.[28]

Como já verificado, a Constituição não reserva expressamente teor material para o que seja a propriedade nem seu mínimo inacessível que põe a salvo da atuação do legislador. Por esta razão, a jurisprudência e a doutrina servem-se dos critérios do reconhecimento e do interesse juridicamente protegidos para deduzir o conteúdo essencial deste direito. Nessa quadra, não se mostra inoportuno recolher da doutrina clássica do Direito e consagrada no Direito Civil a base para determinar as faculdades que integram o conteúdo essencial do direito de propriedade.[29]

---

28 Alinha Rogel Vide que o conteúdo essencial ou mínimo da propriedade privada é identificado, de efeito, com o reconhecimento de cada tipo de direito de propriedade em um momento histórico e com a praticabilidade ou possibilidade razoável que possa corresponder ao proprietário, com a compatibilidade, enfim, dos limites impostos à propriedade com a utilização tradicional e consolidada dos prédios objetos da mesma (ROGEL VIDE, Carlos. *Derechos de cosas*..., p. 117).

29 Martínez López-Muñiz assinala que, habitualmente, a noção provinda do CC a respeito do direito de propriedade encontra-se superada e deslocada, em razão do progresso jurídico e social motivado pela admissão do que hoje se entende por Estado Social de Direito. Sustenta que a formulação disposta na lei civil segue sendo correta e plenamente válida. Poder-se-ia dizer - diz ele -, se os termos "gozar" e "dispor" são mais ou menos perfeitamente adequados que outros, como é o caso de "usar", mas a fórmula acerta em qualquer caso a pôr em relevo e a determinar o essencial ao direito de propriedade, o que faz com que este realmente seja reconhecido como tal. Acrescenta que a propriedade, no século XIX e hoje, é o direito sobre os bens que a permite exercer, mediante o uso, desfrute e possibilidade de disposição, num âmbito de liberdade e autodeterminação pessoal. A propriedade é essencialmente um direito de uso, de gozo e de disposição sobre um bem que se exerce com liberdade e independência, sem outras limitações que não as assinaladas por lei. E conclui: nada muda as coisas em face das limitações estabelecidas nas leis, sejam mais ou menos rigorosas, desde que sempre respeitem o núcleo de livre gozo e disposição (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. El derecho de propiedad y proyectos de ley de reforma de la ley del suelo. *Derecho urbanístico local*. Madrid: Civitas, 1992. p. 72). Javier Barnes Vázquez refere que a lei

Sabidamente, o direito de propriedade caracteriza-se pela faculdade de seu titular usar, gozar e dispor da coisa sem consulta a ninguém. E é justamente preso a essa gama de faculdades dispostas em favor do titular do domínio que consiste a sede do conteúdo mínimo do direito de propriedade,[30] cabendo, todavia, ao Poder Público, através de lei, regular o uso e o desfrute sobre cada tipo de bem.[31]

---

civil, ao dispor sobre o exercício das faculdades do domínio (uso, gozo e disposição), não sofreu um esvaziamento, e permite concluir a existência do reconhecimento do direito de propriedade com uma ideia geral e abstrata que em cada tempo e lugar possuem os especialistas de Direito (BARNES VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional*: el estatuto jurídico del suelo agrario..., p. 316).

30 Nesse sentido é a lição de Díez-Picazo e de Serrano Alberca. O primeiro diz que não se pode configurar uma propriedade com privação do *ius fruendi* e do *ius disponendi*, não se podendo converter a propriedade privada em uma concessão enfitêutica ou em uma concessão administrativa (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *El derecho de propiedad privada en la constitución*..., p. 1.257 e segs.). Já o segundo expressamente averba que tais faculdades de gozo e de disposição é que constituem o mínimo inderrogável do direito de propriedade (SERRANO ALBERCA, José Manuel. *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*..., p. 81). Nesse sentido também: LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. *La disciplina constitucional da propiedad privada*..., p. 148 e MEDINA DE LEMUS, Manuel. *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*..., p. 83. Porém, esse não é o posicionamento de Rafael Colina Garea. Assenta ele que a dificuldade para delimitar a essência do domínio se deve em parte da dificuldade que existe para já se delimitar o conteúdo normal da propriedade. Para os clássicos, entende ele, o conteúdo da propriedade privada se identificava com a soma das faculdades que compreendia o *ius utendi, ius fruendi, ius disponendi* e *ius vindicandi*. Contudo, essa concepção se mostra totalmente superada, sendo hoje unanimemente aceito que o conteúdo dominial não se integra pela soma, mas sim por uma síntese de faculdades, um poder unitário que se traduz em indeterminadas possibilidades de atuação, as quais variam historicamente a respeito do mesmo direito, dependendo da evolução das circunstâncias sociais, políticas e econômicas, ou em relação aos diferentes direitos dominicais, segundo a categoria de bens que constituem seu objeto (COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*..., p. 358).

31 BARNES VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional*: el estatuto jurídico del suelo agrario..., p. 351. Desse posicionamento não comunga José Manuel Serrano

O uso, gozo e disposição caracterizam-se, conforme tradicional doutrina civilista, como os elementos distintivos ou essenciais do direito de propriedade. Por isso são inseparáveis do que se entende pelo signo propriedade. A bem da verdade, quando se refere à propriedade, cada um desses elementos, obrigatória e inseparavelmente, tem que estar presente.[32] Como elementos constitutivos do rótulo domínio, representam também os interesses juridicamente protegidos pela norma jurídica.[33]

As faculdades do uso e gozo, em essência, são a possibilidade de colocar a coisa a serviço de seu titular, em proveito próprio ou alheio, sem alterar sua substância, extraindo dela os benefícios e vantagens que ela pode propiciar. Admite, sobretudo, a exploração econômica do bem

Alberca. Esse autor ressalta que as faculdades de gozo e disposição não se constituiriam de nada se não fosse uma faculdade concreta para cultivar, caçar, edificar etc. Essa vontade concreta é justamente o mínimo essencial do direito de propriedade, que é antecedente à lei. Na verdade, essas faculdades são inerentes ao próprio direito e à função social, e se estabelecem como limite frente à lei, podendo ela restringir ou modelar seu exercício, não podendo, todavia, eliminá-lo ou desconhecê-lo (SERRANO ALBERCA, José Manuel. *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*..., p. 85).

32 Confere lembrar que a observância em face da função social não pode anular ou aniquilar o exercício dos poderes do titular da propriedade, esvaziando, assim, o feixe de faculdades que historicamente lhes são próprias (STC 37/1987, FJ 2).

33 A respeito dos elementos constitutivos do direito de propriedade e, de consequência, os interesses juridicamente protegidos, Rafael Colina Garea pensa diferente. Sustenta que o uso, gozo, disposição e a possibilidade de reivindicar, como elementos identificadores da propriedade, encontram-se superados, e por isso, com base nessas faculdades, tentar atingir o conteúdo do direito de propriedade jamais se verá acabado. Por isso, sustenta ele, é que a doutrina entende que o proprietário pode fazer com a coisa que lhe pertence tudo o que é possível, menos aquilo que é expressamente proibido. Alinha ainda que, em decorrência dessa realidade, não é possível delimitar positivamente o conteúdo do direito de propriedade, apoiando-se somente nas faculdades que são inseparáveis do domínio, daí por que prefere optar por uma aproximação negativa. Isso quer dizer que primeiro se determina o que o proprietário não pode fazer, para depois, abstraindo isso, pelo critério de descarte, sustentar o que está autorizado a fazer, e por isso constitui-se o conteúdo do Direito Dominial (COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*..., p. 358-359).

com a percepção de colher os frutos, naturais ou civis, que a coisa pode lhe ofertar.[34]

Por seu turno, a disposição se apresenta como a faculdade de o titular do domínio poder consumir o bem, alterar sua substância, alienálo ou gravá-lo, e ainda submetê-lo a serviço de outras pessoas. Trata-se da mais envolvente das faculdades, uma vez que abarca as demais faculdades, pois quem pode dispor da coisa pode igualmente usar e gozar do domínio – quem pode mais pode menos.

Cabe assinalar que não é vedado ao legislador dar um tratamento diferenciado para cada tipo de bem. Muito pelo contrário. O legislador reflete sua eficácia no mundo jurídico não apenas no marco abstrato, mas sim também em concreto, observando a plasticidade dos bens, pois a regulação singular, ante a essa mesma plasticidade, tende a ser justificada em razão da natureza própria dos bens e em atenção a características gerais deles.[35]

Inexpugnavelmente, isso traz a conclusão de que a função social, que também se vê incorporada ao núcleo essencial do direito de propriedade, não apresentando regra única ou uniforme. Considerando,

34 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das coisas..., p. 114; MEDINA DE LEMUS, Manuel. *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*..., p. 86; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito das coisas..., p. 87; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 4..., p. 90-91; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: direito das coisas..., p. 94. Ressalta Javier Barnes Vázquez, muito apropriadamente, que a Constituição, com sua regulação do direito de propriedade, não garante uma determinada amplitude de gozo, mas sim parece proteger uma faculdade qualitativamente superior dos demais direitos de gozo (BARNES VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional*: el estatuto jurídico del suelo agrario..., p. 328). Dito de outra forma: a eleição de utilização do bem atendendo aos fins ressaltados na Constituição para a propriedade apresenta-se qualitativamente superior às diversas outras formas de gozo.

35 Tribunal Constitucional da Espanha, STC 149/1991, FJ 8.

pois, que, em face da plasticidade, são vários os bens, várias podem ser também as funções que esses podem se desincumbir.

Assim, na atual conjuntura constitucional, considerando a inserção da observância da função social como incorporada à estrutura da propriedade, pode o Poder Público, baseado em lei, ditar regras a despeito das faculdades de uso, gozo e disposição (utilidades provindas do interesse individual). Porém, antes mesmo do Poder Público, a tarefa é direcionada ao legislador, que haverá de cristalizar o que abstratamente restou firmado na Constituição.

Vale conferir que a Norma Fundamental em momento algum veio a traçar o perfil, especificando a forma de disposição e o modo de fazê-la; tampouco deixou patente se há algum nível de graduação, levando em conta a espécie de bem ou outra variante, para o fim de toldar ou incentivar o exercício da disposição.

É de se advertir que todas as faculdades que integram o conteúdo essencial do direito de propriedade se apresentam aptas ao exercício da vontade do titular do domínio e manifestam interesses juridicamente protegidos pela Constituição. Não há como apontar uma faculdade que se constitua como a mais importante.

Nada obstante, observando o acento da função social como peça esquelética da propriedade, diagnostica-se uma que atua com maior atividade: o gozo, que, como gênero, abarca uso. É nessa faculdade que a função social, sobremaneira, incide. Observe-se que é no exercício dessa faculdade que o proprietário elege, atento à lei, o específico gozo e os possíveis destinos que visa dar ao bem.[36]

Ademais, a faculdade de disposição é a que se encontra vinculada de maneira mais direta ao titular do direito de propriedade, já que as

36 BARNES VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional*: el estatuto jurídico del suelo agrario..., p. 339.

outras duas, como sói ser, podem ser exercidas por outras pessoas que não necessariamente sejam o titular do direito de propriedade. Porém, a faculdade da disposição só pode ser desempenhada pelo proprietário.[37]

Efetuada a conformação do direito de propriedade reconhecido pela Constituição,[38] cabe indagar se o conteúdo da lei, ao concretizar e desenvolver o direito de propriedade de acordo com os interesses sociais, identifica-se com dita conformação e se não houve violação da parcela estanque do direito fundamental.

Convém recordar que se recorrer à consciência social ou jurídica generalizada para determinar o núcleo do direito de propriedade não se supõe que se faça baseado em conceitos fundados em Direito alheio ou preexistente

37 Vicente L. Montes Penadés não pensa assim. Para ele, a disposição representa um elemento normal, e não essencial, do direito de propriedade, uma vez que todos os direitos subjetivos, menos os da personalidade, permitem a realização do valor econômico quando da transmissão da mesma situação jurídica a outro sujeito (MONTES PENADÉS, Vicente. L. *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*..., p. 250 e segs.). Javier Barnes Vázquez, por sua vez, dispõe que a propriedade constitucional admite o poder de transferência, inclusive sobre o seu sentido funcional ou de causalidade, no âmago do domínio, no contexto do afã de satisfazer o interesse social. Diz mais, que esta faculdade torna-se imprescindível porque, se o alcance técnico jurídico da função social da propriedade constitucional se traduz e se articula na eficácia difusiva de seu exercício, ou em fazer acessíveis as diversas formas de propriedade, há de se convir que a faculdade de disposição constitui-se como elemento essencial da propriedade, uma vez que é impensável que o particular possa facilitar o desfrute econômico do bem sem a possibilidade de dispor do próprio direito. Contudo, o conteúdo dessa disposição estará delimitado pelo legislador ordinário, e os poderes públicos decidirão o destino da disposição (BARNES VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional*: el estatuto jurídico del suelo agrario..., p. 343 e segs.).

38 Serrano Alberca registra que, por causa da garantia de conteúdo mínimo reconhecido pela Constituição, não se mostra mais possível se relegar à lei ordinária a delimitação desse direito (SERRANO ALBERCA, José Manuel. *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*..., p. 79). Logo, a conformação legal deve respeitar a garantia medular colocada a salvo pelo constituinte.

à Constituição. Necessariamente, há que existir a correspondência do plano constitucional com o social, sem deixar de prestar atenção no momento político e econômico vivenciado, o qual demonstra uma realidade em que o legislador não pode deixar de se socorrer ou mesmo se apresentar distante.[39]

Nessa atividade conformadora, o legislador deve estar atento ao conteúdo clássico do Direito; contudo, não pode olvidar da necessária contextualização com movimento histórico, político e econômico em que se vive, sem, contudo, deixar de vaticinar que a concreção não pode descaracterizar o direito.[40]

E para isso cumpre verificar se as faculdades ou possibilidades de

39 BARNES VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional*: el estatuto jurídico del suelo agrario..., p. 243; e, COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*..., p. 363.

40 Inicialmente, vale recordar que "o estudo jurídico da propriedade pressupõe o conhecimento de sua evolução histórica. Todavia, para recordá-la, como necessário, basta aludir às transformações fundamentais que sofreu no curso dos tempos, registrando as formas próprias que tomou, em sucessivos regimes econômicos, coincidentes com os períodos históricos em que se costuma dividir a história da civilização" (GOMES, Orlando. *Direitos reais*..., p. 115). Há que se observar, assim, a necessidade de uma leitura histórica, para fim de verificar se a alteração constitucional ou legislativa se compraz com a contextualização da norma com o seu tempo econômico-político, sem, no entanto, estar amarrado a concepções antigas a respeito do direito. À mira disso, Rafael Colina Garea defende que a constitucionalidade das leis que delimitam o conteúdo normal do direito de propriedade deve ser apreciada conforme a imagem que geralmente se tem desse direito. Contudo, essa imagem deve ser harmônica com o momento atual, compatibilizando-se com a Constituição, e não presa a momentos históricos passados que se encontram ultrapassados (COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*..., p. 363). Considerando isso, parece com razão Carlos Rogel Vide quando explana que o núcleo mínimo da propriedade é identificado por meio do reconhecimento de cada tipo de direito dominial num momento histórico de que se trate e com a praticabilidade ou possibilidade efetiva de realização do mesmo (ROGEL VIDE, Carlos. *Derechos de cosas*..., p. 117).

atuação necessárias para que o direito seja reconhecível como elemento integrante do tipo descrito, e sem as quais deixa de pertencer a esse tipo, são reconhecíveis na lei. Nessa ordem de ideia, toda e qualquer norma legislativa que limite, quer direcionada direta ou obliquamente, o direito fundamental de propriedades, que venha a submetê-lo a alterações, não pode reduzi-lo ao impraticável, desfigurando-o a ponto de dificultar o exercício do direito além do razoável.[41]

5. A função social como integrante do conteúdo essencial do direito de propriedade

Como já verificado, o proprietário não tem mais o poder absoluto sobre a coisa que detém.[42] A observância da função social dentro do contexto da propriedade constitucionaliza que o exercício das faculdades próprias do domínio não mais se dirige a cumprir a satisfação egoísta do titular,[43] mas sim está voltada para, além disso, atender à satisfação do interesse social.[44]

Esse interesse social reflete as exigências tidas como gerais para o exercício do direito de propriedade diante de determinadas situações concretas. O titular do domínio deixa de exercer as faculdades próprias

41 Tribunal Constitucional da Espanha, STC 37/1987, FJ 2.

42 SERRANO ALBERCA, José Manuel. *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*..., p. 86.

43 Atente-se, pois, em face da circunstância de que a função social passa a fazer parte do que se entende por propriedade privada, que o interesse juridicamente protegido pela norma restou ampliado, uma vez que o objetivo não visa só a proteger o interesse individual do titular do domínio, e sim tem que se observar que a defesa jurídica alcança também o interesse social da coletividade (COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*..., p. 366).

44 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *El derecho de propiedad y proyectos de ley de reforma de la ley del suelo*..., p. 197.

dele, de forma incondicionada, para encontrar parede nos limites previstos em lei.

Na conformação, o legislador está autorizado a levar em consideração o interesse social frente ao individual na armadura da lei, impondo limites e deveres à propriedade,[45] determinando que esse entrecruzamento de interesses passe a fazer parte do conteúdo mínimo da propriedade.[46]

Essa atividade legislativa deve ser desenvolvida com respeito ao núcleo essencial e voltada a direcionar para cada espécie de bem o objetivo inseparável de cumprir uma determinada função social.[47]

45 De acordo com Fernando Rey Martínez, que, como parte integrante do conteúdo nuclear da propriedade constitucional é, precisamente, a obrigação para o legislador de utilizar o critério da função social. E, nessa perspectiva, esse critério é, junto com a ideia de utilidade privada, a clave do inteiro regime constitucional da propriedade (REY MARTÍNEZ, Fernando. *La propiedad privada en la Constitución española*..., p. 347).

46 O sentido é que o direito de propriedade que se outorga ao proprietário está direcionado para algo; essa é a "causa" que, por vezes, transcende seu próprio interesse, porém se dispõe a satisfazer um interesse público determinado (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *El derecho de propiedad y proyectos de ley de reforma de la ley del suelo*..., p. 204).

47 É de se atentar ao que a doutrina e a jurisprudência constitucional ressaltaram a respeito da "flexibilidade ou plasticidade" da propriedade (STC 37/1987 e STC 112/2006). Por sinal, essa compreensão está presente também na STC 89/114, na qual o Tribunal Constitucional da Espanha entendeu que corresponde ao legislador delimitar o conteúdo do direito de propriedade em relação a cada tipo de bem, respeitando sempre o elemento nuclear do Direito Dominial no momento histórico com a possibilidade efetiva de realização desse direito. Por oportuno, lembra Martínez López-Muñiz que, mesmo havendo o entendimento de que a propriedade constitui-se caracterizada por plasticidade, não se pode afirmar que não exista uma noção unitária de propriedade, já que a referência constitucional a respeito e salvaguarda do conteúdo mínimo do direito de propriedade como instituição dá pé para admitir um denominador comum, ao tempo que a sobrevivência de um conteúdo substantivo, inquebrantável, inclusive, ao legislador ordinário, resulta perfeitamente compatível com os diversos estatutos jurídicos da propriedade, porque parece claro que um poder individual que tem por objeto bens

É de se observar que há um núcleo mínimo indisponível que, independentemente da história e do momento político e socioeconômico vivido, remete ao titular do domínio a noção de liberdade, ou seja, que o ser humano pode fazer com seus bens o que bem quiser.[48] Essa base medular, efetivamente, é concretizada nas faculdades de uso, gozo e disposição.

Notadamente, essa liberdade não se apresenta irrestrita. A propriedade não é mais governada baseada na conveniência pessoal do proprietário. A lei atuará como instrumento de contenção para o exercício das faculdades inerentes ao domínio. Na compreensão negativa do que se pode entender por propriedade, encontra-se o lastro de que o proprietário pode fazer com a coisa o que bem lhe caiba, desde que não seja proibido por lei.

A lei, porém, deverá respeitar um conteúdo mínimo que é antecedente a ela.[49] E esse mínimo indevassável deve estar alimentado

específicos e determinados tenha que modalizar-se, por obra da função social, ao aplicar-se a cada destino ou modo de exploração daqueles (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *El derecho de propiedad y proyectos de ley de reforma de la ley del suelo*..., p. 76).

48 SERRANO ALBERCA, José Manuel. *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*..., p. 83.

49 Rafael Colina Garea expressa que o conteúdo mínimo é algo que já se encontra formado e definido em um momento prévio ao desenvolvimento da ação normativa e que se apresenta à frente do legislador, que, em sua função delimitadora, deve respeitar esse conteúdo nuclear quando conformar o conteúdo normal do direito de propriedade privada (COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*..., p. 375). Essa também é a posição defendida por José Manuel Serrano Alberca, quando assinala que a teoria do conteúdo mínimo parte da ideia da existência desse conteúdo nuclear, que é apriorístico ou prévio ao direito de propriedade (SERRANO ALBERCA, José Manuel. *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*..., p.79). Segundo Rodríguez de Santiago, a função social delimitaria o conteúdo da propriedade, porém não formaria parte do seu conteúdo essencial. Para este autor, o conteúdo essencial do direito de propriedade é o limite que não pode ultrapassar o legislador invocando exigências da função social. Haveria um paredismo que se configuraria num limite dos limites. É fundamental que reste

com a observância do contexto social a par e passo com o individual. Afinal, a função social faz parte do arquétipo da propriedade, desafiando uma atividade limitadora interna do próprio Direito.[50]

Isso conduz à conclusão de que a função social, como parte integrante da propriedade constitucional, é garantida nuclearmente, constituindo-se como elemento estrutural da propriedade, sendo fato determinante da delimitação legal de seu conteúdo.[51]

---

cristalizado, para preservação do instituto jurídico, um mínimo de utilidade meramente individual que autorize a compreensão de que esse mesmo instituto se segue chamando propriedade e continua sendo reconhecível como tal (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española*..., p. 177).

50 LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. *La disciplina constitucional da propiedad privada*..., p. 143. O conteúdo dominial, segundo Rafael Colina Garea, não deve reduzir-se somente a um conjunto de faculdades ou possibilidades de atuação, mas sim também a uma série de deveres e obrigações que são fruto da função social que, na atualidade, deve desempenhar a propriedade privada em seu exercício. A incorporação desse conjunto de deveres e obrigações não produz unicamente uma alteração formal na composição do conteúdo do direito de propriedade, no sentido de que se venha agregar agora a seus elementos tradicionais uns novos componentes que anteriormente não eram considerados em seu contexto. Pelo contrário, a modificação que se produz é de natureza material e substantiva, já que os deveres e obrigações de talante social, ao penetrarem no conteúdo do domínio, não se apresentam em compartimento estanque ou isolado em comparação com as outras faculdades inerentes ao domínio, mas sim, antes disso, projetam diretamente toda sua influência sobre seu exercício, condicionando-o, modalizando-o, limitando-o etc. (COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*..., p. 360). Por essa razão que Fernando Rey Martínez defende, com apoio na doutrina patrocinada pelo italiano Rodotá, que a propriedade é conformada pela função social, não sendo ela vinculada por essa, uma vez que a propriedade é função social (REY MARTÍNEZ, Fernando. *La propiedad privada en la Constitución española*..., p. 360).

51 A jurisprudência constitucional espanhola firmou posicionamento de que a Constituição reconhece um direito à propriedade, reservando ao titular do domínio o exercício das faculdades inerentes sobre a coisa. No entanto, ao mesmo tempo, reconhece o texto constitucional que o proprietário tem que observar um conjunto de deveres

Aliás, o Tribunal Constitucional espanhol, junto ao FJ 2 da STC 37/1987, além de especificar que a Constituição reconhece o direito de propriedade privada,[52] estabelece que o conteúdo essencial da propriedade privada não pode guiar-se exclusivamente pela consideração subjetiva do direito ou dos interesses individuais que sejam subjacentes, mas sim que deve incluir-se igualmente a necessária referência à função social, entendida essa não como mero limite externo a sua definição ou a seu exercício, mas como parte integrante do direito mesmo. Isso quer dizer que a utilidade individual e a função social definem o conteúdo do direito de propriedade sobre cada categoria ou tipo de bens.

Em face da mudança do que se entende por propriedade, a própria garantia material do direito de propriedade restou alterada. Se se admite que a função social passou a ser conteúdo integrante do direito de propriedade reconhecido pela Constituição, há de se entender também que a função social passou a fazer parte do núcleo do respectivo direito.[53]

---

e obrigações estabelecidos de acordo com as leis, em atenção a valores ou interesses da coletividade. Isso quer dizer que deve haver justa adequação entre o exercício da liberdade individual e a finalidade ou utilidade social intrínseca que cada categoria de bens objetos do domínio esteja chamada a cumprir (STC 37/1987, FJ 2).

52 Que se configura e protege como um feixe de faculdades individuais sobre a coisa, mas, ao mesmo tempo, amarra que essa propriedade enverga um conjunto de obrigações estabelecidas de acordo com as leis, em atenção a valores ou interesses da comunidade, que é o mesmo que a finalidade ou utilidade social que cada categoria de bens objeto do domínio esteja chamado a cumprir (STC 37/1987, FJ 2).

53 Nas palavras de López y López, a função social da propriedade não só não atenta ao necessário respeito ao conteúdo mínimo, mas sim que esse não é concebível sem a inserção daquele (LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. *La disciplina constitucional da propiedad privada*..., p. 143). Na doutrina brasileira, José Afonso da Silva alude que o inc. XXII do art. 5º da CF se apresenta como um conteúdo mínimo essencial do direito de propriedade (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*..., p. 273). Como se vê, não é bem assim: a garantia material do direito de propriedade está no consórcio dos incs. XXII e XXIII, que dispõem que a propriedade atenderá a sua função social. Na raiz do substrato do direito de propriedade, encontra-se também instalado o viés social em perfeito equilíbrio harmônico com o exercício da liberdade individual. E,

Portanto, disso conclui-se que, na intelecção do que se compreende como peça medular do direito de propriedade, há que se observar o enlace da finalidade ou utilidade social que cada bem deve desempenhar com o interesse subjetivo do titular do domínio.[54]

A função social, no seio do conteúdo essencial do direito de propriedade, não produz uma nova faculdade ao conhecido feixe de faculdades inerentes ao domínio (uso, gozo e disposição). Mas sim, serve como uma modulação para interpretarem-se essas conhecidas faculdades. Na realidade, a função social ergue-se como um instrumento que permite ao legislador funcionalizar as faculdades próprias do conteúdo essencial do direito de propriedade.

Porém, as incorporações que vestem a exigência de atenção social devem ser adotadas em observância restrita a princípios ditados e interesses descritos na própria Constituição. Em razão disso, corresponde ao legislador delimitar o conteúdo do direito de propriedade em relação a cada tipo de bens, respeitando sempre as faculdades subjetivas que integram o conteúdo essencial do direito. Incumbe, assim, ao legislador, com os limites assinalados, a competência para delimitar o conteúdo

---

neste aspecto, calha sua ajustada ponderação de que, "embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*. Se é assim, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele princípio" (*Ibidem*, p. 270).

54 Essa é a conclusão expressada no FJ 2 da STC 37/1987, o qual cristalizou que, na fixação do núcleo mínimo da propriedade privada, não se pode atentar para a exclusiva consideração subjetiva do direito ou dos interesses individuais, mas sim incluir igualmente a necessária referência à função social, entendida essa não como mero limite externo a sua definição ou a seu exercício, mas também como parte integrante do próprio direito. Utilidade individual e função social definem, portanto, indissociavelmente, o conteúdo do direito de propriedade sobre cada categoria ou tipo de bem.

dos direitos dominiais,[55] significa dizer, para precisar cada tipo de direito dominial no momento histórico de que se trate e dotá-lo de possibilidades efetivas de realização.

Chegados a este ponto, é conveniente precisar um detalhe: esse amálgama provindo da incorporação das exigências sociais ao conteúdo do direito de propriedade privada, conforme modelo constitucional, não remove ou anula o exercício das faculdades inerentes ao domínio, simplesmente as condiciona.[56] Isso quer dizer que o reconhecimento da função social no conteúdo substancial do domínio não retira o caráter de individual do exercício do direito, que, em cada caso, deve ser analisado

55 Tribunal Constitucional da Espanha, STC 89/1994, FJ 4.

56 A propósito, Montes Penadés acentua que a relação entre função social e conteúdo essencial do domínio deve partir de uma ideia central: que a intervenção legislativa deve ser direcionada a assegurar a conexão entre o interesse público e o interesse do proprietário, porém não pode anular a propriedade privada, ideia que deve ser completada com a constatação de que a propriedade privada, como situação jurídica, consiste na tipificação operada pelo ordenamento de uma relação econômica de gozo e desfrute, ou de simplesmente utilização dos bens. Em tal caso, se o elemento estrutural radica no interesse do proprietário no gozo, desfrute ou utilização avaliável economicamente, a função social poderá se submeter à dita compreensão, ou poderá dirigi-lo, tipificá-lo, porém não suprimi-lo (MONTES PENADÉS, Vicente. L. *La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo*..., p. 204). Na mesma senda são as palavras de Rafael Colina Garea que, seguindo a toada do Tribunal Constitucional, dita que parece deduzir-se que, se a limitação dominial imposta pela lei vai tão longe que os particulares não possam de nenhuma forma satisfazer a realização prática dos interesses juridicamente protegidos pelo Direito, não há dúvidas de que se tenha vulnerado o conteúdo essencial da propriedade privada, incorrendo, portanto, em inconstitucionalidade (COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*..., p. 369). Convém lembrar Gomes Canotilho, o qual pondera que "a proteção do núcleo essencial não pode abdicar da dimensão subjectiva dos direitos fundamentais e daí a necessidade de evitar restrições conducentes à aniquilação de um direito subjectivo individual" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*..., p. 459).

com as normas legais regedoras.[57]

A função social não esgota a possibilidade de o titular do domínio destinar a coisa à parcela de seu interesse pessoal. Mesmo que se leve em consideração o interesse coletivo, sempre tem que restar para o proprietário algum tipo de utilidade, que normalmente se traduz em termos de rentabilidade.[58]

A rentabilidade econômica e o aproveitamento pessoal[59] constituem-se também como componentes inseparáveis do contexto mínimo do domínio: o primeiro representado pela possibilidade de exploração dos bens, sem a necessidade de intermediário algum, alcançado de tal modo que se faça acessível a todos o melhor desfrute dos bens econômicos; e o segundo por meio da conveniência pessoal do proprietário que permita a exploração dos bens e de suas utilidades.[60]

Com o reconhecimento da função social como elemento integrante do conteúdo constitucional do direito de propriedade, trata-se, portanto,

57 Nada obstante, conforme se colhe de López y López, pautado no FJ 2 da STC 37/1987, quanto à admissão da função social dentro da moldura da propriedade, fica sedimentado o entendimento de que há um rechaço para que se conduza a propriedade exclusivamente ao tipo abstrato clássico do direito de propriedade, conforme a tradição liberal (LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. *La disciplina constitucional da propiedad privada*..., p. 144).

58 COLINA GAREA, Rafael. *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*..., p. 368.

59 BARNES VÁZQUEZ, Javier. *La propiedad constitucional*: el estatuto jurídico del suelo agrario..., p. 291 e 306.

60 A respeito, Manuel Medina de Lemus complementa: rentabilidade econômica e rendimento social, fim individual e utilidade social, quer dizer, aproveitamento econômico exercido com eficácia social difusiva. Em suma, o direito de propriedade reconhecido pela Constituição reserva ao titular que realize a exploração ou aproveitamento (urbanístico ou agrário) no sentido que mais convenha à inteira coletividade (MEDINA DE LEMUS, Manuel. *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*..., p. 85-86).

de permitir ao legislador dirigir o exercício das faculdades que compõem o conteúdo essencial do direito de propriedade a determinados fins, com o objetivo de deixar compatível o direito de propriedade com o interesse social.

O entendimento da migração da função social, não só para o conteúdo do direito de propriedade, mas, sobretudo, para o interior de seu conteúdo mínimo, exige que se tenha em conta a que bem se refere em cada caso, pois cada bem, por sua própria especificidade, está proposto a cumprir uma função específica, e a lei deverá, em sua redação, atentar para a delimitação social de cada qual.[61]

Na garantia material do direito de propriedade, no firmamento de seu mínimo, é fundamental que se enxergue o objetivo com que a lei se dirige segundo o momento histórico de que se trata, como também a possibilidade de se verificar a praticabilidade efetiva da realização do exercício desse direito, uma vez que, como curial, as limitações e os deveres sociais que se imponham ao proprietário não devem ir além do razoável.

Isso não quer dizer que o legislador não possa dar um tratamento diferenciado para cada tipo de bem. Muito pelo contrário. Ao legislador é dada a possibilidade de estabelecer regulamentações distintas para a propriedade, justificadas em razão da natureza própria dos bens e da atenção às características gerais desses.[62]

É dizer que a função social da propriedade não tem regra única ou uniforme. Se vários são os tipos de bens, várias serão as funções que cada bem tem que cumprir. Assim, múltiplos são os resultados que devem ser

61 Na STC 149/1991, FJ 37, o Tribunal Constitucional expressou que a compreensão do que é a função social de cada bem não reflete sua eficácia no mundo jurídico apenas em um marco abstrato, mas sim também em concreto, observando a plasticidade dos bens.

62 Tribunal Constitucional da Espanha, STC 149/1991, FJ 8.

alcançados com o exercício da propriedade pelo titular do domínio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ CAPEROCHI, José Antonio. Curso de derecho reales: propiedad y derecho reales. T. 1. Granada: Comares, 2005.

BARNES VÁZQUEZ, Javier. La propiedad constitucional: el estatuto jurídico del suelo agrario. Madrid: Civitas, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2009

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COLINA GAREA, Rafael. La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978. Barcelona: José María Bosch, 1997.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. El derecho de propiedad privada en la Constitución. Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Sebastián Martín-Retortillo (Coord.). Madrid: Civitas, 1991.

DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. Revista da Ajuris, a. XXXIII, n. 102, jun. 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas.

v. 4. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. Direitos reais. 19. ed. atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEGUINA VILLA, Jesús. El régimen constitucional de la propiedad privada. Derecho privado y Constitución, n. 3, mayo-agosto 1994.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. La disciplina constitucional da propiedad privada. Madrid: Tecnos, 1988.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. El derecho de propiedad y proyectos de ley de reforma de la ley del suelo. Derecho urbanístico local. Madrid: Civitas, 1992.

MEDINA DE LEMUS, Manuel. La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico. Madrid: Colégio de Registradores y Mercantiles de España, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito das coisas. v. III. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTES PENADÉS, V. L. La propiedad privada en el sistema del derecho civil contemporáneo. Madrid: Civitas, 1980.

PÉREZ ROYO, Javier. Curso de derecho constitucional. 12. ed. rev. y puesta al día por Manuel Carrasco Durán. Madrid: Marcial Pons, 2010.

PIPES, Richard. Propriedade & liberdade. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001.

REY MARTÍNEZ, Fernando. La propiedad privada en la Constitución

española. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos fundamentais na constituição de 1988. Revista dos tribunais: caderno de direito constitucional e ciência política, São Paulo, v. 25, out./dez. 1998.

ROGEL VIDE, Carlos. Derechos de cosas. Barcelona: Bosch, 1999.

SERRANO ALBERCA, José Manuel. El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

A COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO FRENTE A ESTRATÉGIAS DA POLÍTICA JURÍDICA - UM ESTUDO SOB O ENFOQUE CONSTITUCIONAL PARA O SÉCULO XXI E DA FUNÇÃO DA TUTELA PROCESSUAL PENAL PARA O ESTADO CONTEMPORÂNEO

Doutorando Júlio César M. Ferreira de Melo[63]

Resumo

Este trabalho busca analisar aspectos constitucionais, legais e doutrinários acerca do instituto da delação premiada frente a estratégias

63 Juiz de Direito de Segundo Grau do TJSC. Graduado em Direito pela UFSC (1988). Mestre em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Hermenêutica e Principiologia Constitucional – 2010) e Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Endereço lates: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/busca.do;jsessionid=E4708D601D5A5EA7DD4BD1ED4C2394A7.jb_buscacv_218 – email: julio.ferreiramelo@gmail.com.

da política jurídica sob o enfoque constitucional e da função da tutela processual penal para a sustentabilidade. Para tanto, ao longo do trabalho, identificou-se que o Instituto da Delação Premiada está em perfeita consonância com princípios basilares da Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Lei. Princípios Constitucionais. Delação Premiada. Política Jurídica. Processo Penal. Estado Contemporâneo.

Introdução

Após o início dos trabalhos da Operação Lava Jato[64], o Instituto da Delação[65] Premiada ganhou destaque nacional, provocando inúmeros debates entre os que apoiam e criticam referido Instituto.

A Delação Premiada não é recente no brasil, mas ao contrário, remonta o Brasil Colônia (Ordenações Filipinas). Como as penas eram muito pesadas (degredo e pena de morte), permitia-se ao delator o perdão ou até privilégios monetários como recompensa. O Instituto estava previsto no Livro V, das Ordenações Filipinas.

Para tanto, conceituaremos doutrinariamente a delação premiada e sua correlação com a política jurídica e a função da tutela processual penal para o Estado Contemporâneo. Uma rápida leitura sobre o sistema adotado pelo Código de Processo Penal (acusatório misto) não passará desapercebida, concluindo-se então para a constitucionalidade da Instituto.

1 – Política Jurídica, norma e o Instituto da Delação Premiada

64 O nome do caso, "Lava Jato", decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. Embora a investigação tenha avançado para outras organizações criminosas, o nome inicial se consagrou (disponível em http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso. Acesso: 14 jun. 2016.

65 A Lei 12.850 de 2013 refere-se à colaboração premiada, e não delação. No entanto, como o Instituto é amplamente conhecido inclusive no meio jurídico como "delação" premiada, doravante vamos nos referir como Instituto da Delação Premiada.

Abordaremos, a seguir, os aspectos doutrinários da Política Jurídica e sua correlação com a norma. Para tanto, vamos utilizar parte do que escrevemos na Obra A Prova no Processo Penal Frente a Estratégias da Política Jurídica Segundo Osvaldo Melo[66].

Hans Kelsen, ao formular sua Teoria Pura do Direito[67], alicerçou seu postulado no sentido de demonstrar a Ciência do Direito como sendo o ser e dever ser. O adjetivo pura deriva de seu postulado metodológico: não fazer quaisquer considerações que não sejam estritamente jurídicas, nem tomar nada como objeto de estudo senão as normas jurídicas.

Kelsen afirmava que à Ciência do Direito não caberia a busca de qualquer conteúdo axiológico, material, político ou ideológico da norma jurídica. Pretendia, desta forma, construir uma ciência jurídica objetiva e clara, que se abstivesse de julgar a mesma segundo quaisquer critérios de justiça, buscando tão somente descrevê-la e explicá-la. Se o direito posto é justo, ou injusto, não interessa à validade da norma. Kelsen distinguiu o direito da moral, da justiça e de outras ciências sociais, como a sociologia do direito.

Melo, ao tecer comentários sobre o normativismo de Kelsen, salienta que esse Autor, de forma surpreendente, sem emitir qualquer observação capaz de arbitrar valor ou desvalor, admitiu a validade material das normas jurídicas como um Direito que deva ser, questão que estaria a cargo da Política Jurídica[68]. A observância dos critérios de competência, de hierarquia no sistema, de determinação do momento, constituiria a

66 FERREIRA DE MELO, Júlio César. A Prova no Processo Penal Frente a Estratégias da Política Jurídica Segundo Osvaldo Melo. Florianópolis; Conceito Editorial, 2014, 116p.

67 Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito.6ª ed.Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Armênio Armado Editor.1984

68 MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris/CPGDUFSC, 1994. p. 34

chamada validade formal, a única do interesse da Ciência do Direito.

A Teoria Pura do Direito, efetivamente, revolucionou o estudo do direito no século XX. Porém, não obstante sua importância referida teoria é alvo de duras críticas, haja vista o formalismo excessivo e a tentativa equivocada de desvincular o estudo do direito da sociologia e da moral.

Segundo o pensamento de Melo, o Direito não é constituído somente de normas jurídicas genéricas, mas de outras fontes. Cabe ao intérprete do direito, mormente aos juízes, por meio da própria produção normativa, dar-lhes corpo, através de normas jurídicas individuais que considerem todas as fontes do direito, tanto as formais como as materiais, realizando, no caso concreto, como afirmado por Sérgio Baasch Luz, os ideais do Direito, que são a Justiça, Utilidade Social e a Segurança Jurídica, postas em harmonia com valores coexistentes da Ética-Jurídica[69].

Ao discutirmos a colaboração premiada (ou deleção, como preferem alguns doutrinadores) imprescindível correlacionarmos a Política Jurídica com o instituto sob enfoque, já que o Direito não mais se amolda aos ditames preconizados pela Escola Clássica, formadores de grande parte dos operados jurídicos, pelo menos até a década de 80.

Osvaldo Melo deixou assentado, em sua Obra, que para que a Política Jurídica cumpra sua função epistemológica (muito bem lembrado por Paulo Brandão[70]) em suas duas atividades, haverá que rever a doutrina tradicional das fontes de Direito para privilegiar aquelas que realmente possam alimentar um Direito novo, desejável, criativo, libertador, racional e socialmente consequente[71].

69 Palestra proferida no dia 04 de junho, na UNIVALI, Itajaí, por ocasião do lançamento do livro Política Jurídica e Pós-Modernidade, dos autores Maria da Graça dos Santos Dias, Moacyr Motta da Silva e Osvaldo Ferreira de Melo.

70 Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.05.01/08 - www.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp – Paulo de Tarso Brandao.

71 MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica. Porto Alegre: Sergio

Para Melo[72], Política Jurídica (ou Política do Direito), é a disciplina que tem como o objeto o Direito que deve ser e como deva ser, em oposição funcional à dogmática jurídica, que trata tão somente da interpretação e aplicação do direito que é, ou seja, do direito vigente.

Se legislador e juízes participam da dinâmica do direito, havendo entre ambos apenas diferença de grau, como seria possível para a ciência jurídica estabelecer juízo restritivo acerca das decisões judiciais, já que ambos criam "direito novo"? Kelsen mesmo reconhece não ser possível.

Segundo se depreende, pelo texto adiante citado, a Política Jurídica procura equilibrar a norma com o que a Sociedade almeja. Realiza a justiça sem abandonar a segurança jurídica. Melo defende a aplicação de uma justiça útil e legítima, que atenda aos anseios sociais, ao afirmar:

> Se realmente não desejamos conviver com um pluralismo jurídico que causa perturbação ao instituído e desconforto ao juiz, por sentir-se o princípio da segurança jurídica em perigo, então será o caso de rever a norma contestada e dar-lhe a função social reclamada. O erro existirá tanto em propor o alternativo como uma certeza do bom e do permanente como em manter a norma injusta em nome do princípio da legalidade[73].

Melo defende a maior possibilidade de interações da Dogmática com a proposta jurídico-política de obter um sistema de normas e conceitos que, além de prover a segurança, garanta outros valores básicos da convivência humana[74].

Antônio Fabris/CPGDUFSC, 1994, p. 131.

72 MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de Política Jurídica, p. 77.

73 MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da política jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 68.

74 MELO, Osvaldo Ferreira de. Temas atuais de política do direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 72.

A aceitação da "pureza do direito" inibe o juiz quanto à possibilidade de interpretar a norma, ou mesmo contestar o direito "posto", mantendo desta forma o "status quo", que não interesse aos anseios sociais. A atividade jurisdicional assume papel de importância vital, exigindo do juiz posição de independência e vanguarda, cujo objetivo deve ser o de proteger a Sociedade. A Política Jurídica, como disciplina do dever ser, revela importante instrumento para a consecução dos objetivos analisados, do legislador ao aplicador do direito.

A função da política jurídica, na visão de vanguarda de Osvaldo Ferreira de Melo, consiste na busca do direito que deve ser, objetivando a melhor forma de convivência pacífica em Sociedade.

2 – O juiz, a política jurídica e o direito que deve ser

Alguns estudiosos (como Percival de Souza) afirmam que, se segurança (latu senso) é um estado de garantia (o estado seguro de riscos e perigos), e direito penal é o direito que é (e não o direito que deve ser), é preciso encarar de frente a nossa realidade criminal e os recursos de que dispomos, em todos os sentidos, para enfrentá-la[75], outros, como Osvaldo Ferreira de Melo, Paulo César Busato, preferem captar em critérios objetivos de Justiça, Utilidade e Legitimidade suporte social para uma crítica do direito vigente, desde uma perspectiva ótima da norma. Ora, o objetivo é exatamente visualizar o direito a partir de uma visão crítica, com vistas a sua correção através dos princípios, que por seu turno iluminam a regra jurídica.

Osvaldo Ferreira de Melo[76] salienta que é justamente no termo

75 SOUZA, Percival. Reflexões: Crime Organizado. IBGF. Disponível em ttp://www.ibgf.org.br/index.php?data%5Bid_secao%5D=7&data%5Bid_materia%5D=19. Acesso em: 06 jun. 2016.

76Melo afirma que "Se realmente não desejamos conviver com um pluralismo jurídico que causa perturbação ao instituído e desconforto ao juiz, por sentir-se o princípio da

médio da polaridade entre a norma estática e intocável e a revolução dos parâmetros anarquistas que reside à ideia de permanente revisão dos cânones normativos.

Portanto, a primeira tarefa da Política Jurídica, consistente na confrontação dos paradigmas com critérios objetivos de Justiça, Utilidade e Legitimidade para apontar no sentido da necessidade de mudança.

No que se refere à conduta política do juiz, aqui considerado o papel do juiz como político do direito, sua participação no processo penal e processual penal, é revestido de capital importância. O juiz, no exercício do Poder Judicial atribuído pelo Estado, é o responsável pela tomada de decisões legais. Detém a jurisdição, devendo se utilizar da instrumentalidade do processo para a solução de conflitos de interesses.

Nosso Código de Processo Penal condiciona o juiz à prova constante nos autos, referente aos fatos e circunstâncias pertinentes à lide. Estas provas são requeridas pelas partes ou determinadas pelo julgador, como pode ser observado pelo disposto nos arts. 155 e 156 do Código de Processo Penal Brasileiro. A Delação Premiada não escapa à regra, já que prevista como meio de prova[77].

---

segurança jurídica em perigo, então será o caso de rever a norma contestada e dar-lhe a função social reclamada. O erro existirá tanto em propor o alternativo como uma certeza do bom e do permanente como em manter a norma injusta em nome do princípio da legalidade". MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica. Cit., p. 68.

77 "Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil". (BRASIL. Código de Processo Penal (texto compilado). Presidência da República: Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 06 jun. 2016).

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao

Abordaremos, a seguir, o direito processual moderno e a necessária análise das normas reguladoras do Processo Penal Brasileiro no que se refere à prova, abordando-se criticamente a legislação processual penal à luz da Política Jurídica, com enfoque constitucional para o século XXI e da função da tutela processual penal para o Estado Contemporâneo.

3 - Direito Processual Moderno Brasileiro: Crítica das normas reguladoras do Processo Penal no que se refere à prova.

O Instituto da Delação Premiada foi alçado à condição de prova no Processo Penal, abarcando, conforme anteriormente analisado, todos os princípios constitucionais que norteiam à ampla defesa, o contraditório e inclusive o direito ao silencio, já que o colaborador não está, por óbvio, obrigado a falar. Acrescenta-se, ainda, que o delator estará, sempre, acompanhado de seu defensor, em todas as etapas da delação premiada.

A prova é associada às formas através das quais obtêm-se o conhecimento de algo. Sob à luz do Código de Processo Penal, visa a reconstrução histórica dos fatos, através das partes ou mesmo pelo próprio juiz. Os meios de prova e os meios de busca de prova não podem ser, desta forma, confundidos. Os meios de prova constituem os

---

juiz de ofício: (

I – Ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – Determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. ". (BRASIL. Código de Processo Penal (texto compilado). Presidência da República: Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 06 jun. 2016).

instrumentos "que levam ao conhecimento dos sujeitos processuais os fatos (documentos, depoimentos, exames periciais etc.)[78]". Quanto aos meios de busca de prova, são as provas medidas tendentes à busca, coleta e obtenção da mesma, como por exemplo a busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico e fiscal, inspeções judiciais, dentre outras. O Instituto da Delação Premiada, repise-se, enquadra-se nos meios de busca de prova no Processo Penal.

E não se fala aqui do poder/dever que possui o magistrado na produção da prova no que se refere à Delação Premiada. Esta, por si só, não apenas permite sua produção como prova, como igualmente indica e determinação a forma como os atos processuais irão se desenrolar par atinja seu desiderato.

Sem embargo dos respeitáveis entendimentos no sentido de que para o processo penal o réu é um objeto e o juiz é mero coadjuvante do Órgão acusador parece demasiadamente simplista. Como simplista e ingênua é a assertiva de que prisões cautelares, delação premiada, interrogatório e comparecimento obrigatório do réu ao processo implica em grave distorção ao que entendemos como "mecanismos não democráticos".

Relacionar o incremento dos poderes do juiz no campo probatório com regimes autoritários parece equivocado. Estados liberais permitem dotar juízes de poderes instrutórios, podendo determinar a produção de provas de ofício, como ocorre com a Suíça, França e outros Países[79]. Portanto, inegável a existência de ordenamentos jurídicos, inclusive o Brasileiro, fundados no respeito à autonomia e à liberdade das partes, assegurando ao cidadão julgamento imparcial e com respeito integral aos

78 ZILI. Marcos Alexandre Coelho. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2003, p. 34. 182.

79 Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahi. Ônus da Prova no Processo Penal. Ed. Revista dos Tribunais, SP, 2003, pág. 107.

princípios da ampla defesa, contraditório, publicidade dentre outros, e permitindo ao juiz poderes para determinar, de ofício, a produção de provas.

4 - Fins do processo penal, justiça material função da tutela processual penal para o Estado Contemporâneo

Pondera-se, inicialmente e por oportuno, que "a verdade dos fatos" não passa de mera ficção, apenas uma convenção. As provas não têm a aptidão para conduzir seguramente à verdade sobre o fato ocorrido. Mostram apenas elementos de como, provavelmente, o fato ocorreu; são um indicativo, mas que não necessariamente levam à caracterização absoluta do fato, tal como efetivamente ocorreu. Sobre a prova mais difundida em nossos dias (a prova testemunhal), lembra VOLTAIRE que "aquele que ouviu dizer a coisa de doze mil testemunhas oculares não tem mais que doze mil probabilidades, iguais a uma forte probabilidade, a qual não é igual à certeza[80]". Nas palavras de Sérgio Arenhart, "tem-se, assim, ser impossível atingir-se a verdade sobre certo evento histórico. Pode-se ter uma elevada probabilidade sobre como o mesmo se passou, mas nunca a certeza da obtenção de verdade[81]".

Como visto, se todo o processo penal deve vir estruturado de forma regular e justa, "natural que a iniciativa instrutória a carga do julgador também seja informada por regras orientadoras e limitadoras, todas tendentes à concretização do ideal do Estado Democrático de Direito[82].

80 Dicionário Filosófico. Voltaire. Ridendo Castigat Mores. eBookLibris. Disponível em: http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/filosofico.html. Acesso em: 06 jun. 2016.

81 **ARENHART. Sérgio Cruz**. A Verdade e a prova no Processo Civil. Centro Nacional de Cultura da Justiça – CENAJUS. Disponível em http://www.cenajus.org.br/moodle/mod/forum/discuss.php?d=224. Acesso: 14 jun. 2016.

82 ZILLI. Marcos Alexandre Coelho. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal.

Impende a análise de problema que tem gerado embates na doutrina, qual seja, o fato das delações premiadas ocorrerem após a prisão dos delatores. Ao estudar o conceito moderno de liberdade sob a ótica de John Stuart Mill (*On Liberty* - 1859) que desenvolveu uma ideia de liberdade como princípio de legitimação estatal fundamentado para além da lei, observa-se que a justificativa a legitimar eventual restrição da liberdade, seria para evitar que os indivíduos causem danos uns aos outros.[83] Nesse sentido, qualquer norma que deixe de ter como foco principal evitar que os indivíduos causem danos uns aos outros seria ilegítima.

Sem pretender incursão sobre constrição de liberdade e sua correlação com a ética ou moral, denota observar que Ética é palavra que deriva do grego ethos, entendida como o resultado da compilação ordenada pelos usos e costumes adotados por uma determinada sociedade, cujo objetivo consiste em evitar o uso da força e a busca da satisfação pelas próprias mãos. Difere, obviamente, da moral (ou do pecado, como queiram), que é pessoal, subjetivo e independe da vontade do Estado, ou seja, cada ser humano possui a sua própria moral, que pode ou não ser compartilhada com o próximo, tanto faz. A ética, ao contrário, vem de dentro, é iluminada pela razão e "fomentada pela prática da virtude".[84]

Afastados no momento conceitos de ética ou moral, tendentes ao exercício da crítica no que se refere à liberdade e à delação premiada, aponta-se três exemplos que poderiam justificar a limitação da autonomia pessoal, tendo-se em mente possíveis "desacordos morais" por parte da sociedade: proibição de pornografia infantil (sem uma criança real envolvida) e a interdição do incesto. Temas como pena de morte, aborto,

---

Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2003, p. 34.

83 Tem-se aí o chamado *princípio do dano*, que traduz um critério de intervenção estatal na liberdade relativamente simples, mas poderoso.

84 Frei Betto. Alteridade. Adital. Disponível em http://www.adital.com.br/site/noticia2.asp?lang=PT&cod=7063. Acesso: 14 jun. 2016.

uniões homoafetivas serão sempre controvertidas.

Barroso, ao discorrer sobre a limitação da autonomia pessoal, sustenta o que segue:

> "O risco de causar danos aos outros normalmente – embora nem sempre – constitui uma base razoável para a limitação da autonomia pessoal. É amplamente reconhecido, nos dias de hoje, que o uso da formulação de Mill sobre o princípio do dano como a única justificativa para a interferência estatal na liberdade do indivíduo "pode ser excessivamente simplista85" e que "uma variedade de critérios86" vai determinar quando a liberdade pode ser restringida".87

O Estado guarda importante papel, inclusive quanto a intepretação dos valores da Sociedade, escolhendo aqueles que são mais genuinamente compartilhados (segundo Barroso evitando, sempre que possível, escolher lados em disputas moralmente divisivas, impedindo que um grupo imponha suas concepções morais sobre outro grupo, em afronta ao princípio de que todos os indivíduos são livres e iguais).

Tal interpretação por certo não atinge questões políticas controversas. Estas deverão ser definidas pela maioria – proteção ambiental, desenvolvimento econômico, energia nuclear e ações afirmativas.

Para o instituto da delação premiada, pouco importa tenha ou não havido constrição pessoal. É claro, e não podemos nos furtar ao reconhecimento, que o fato do indivíduo se encontrar preso facilita a

85 No original o autor cita como nota de rodapé: "H.L.A. Hart, Morality and the Law, 1971, p. 51".

86 No original o autor cita como nota de rodapé: "H.L.A. Hart, Morality and the Law, 1971, p. 51".

87 BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3.reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pág. 96.

delação. Por outro lado, a prisão cautelar, desde que preenchidos todos os requisitos constitucionalmente e legalmente exigidos, é medida salutar imposta pelo Estado, justamente para segregar do meio social indivíduos que não se amoldam às regras de convivência que são impostas pelo próprio Estado.

Uma vez legalmente preso o cidadão, o Estado está amplamente legitimado ao oferecimento dos benefícios da delação premiada ao delator, e seus consequentes benefícios à própria Sociedade, não se podendo em cogitar acerca de eventual "agir antiético" por parte do próprio Estado.

Portanto, reafirma-se, a posição do juiz no processo penal brasileiro não deve, e não pode ser inerte, como se mero espectador fosse. A posição adotada de cautela na determinação de provas, com fundamento na política jurídica, atende satisfatoriamente aos fins do processo penal moderno.

Discute-se Política Jurídica voltada aos operadores do direito para que estes, principalmente os juízes, posam produzir decisões judiciais cada vez mais úteis e justas, satisfazendo aos anseios e interesses da maioria.

Assim, um sistema de justiça penal eficiente, capaz de combater o crime dentro do quadro do Estado de direito e do devido processo legal, é um instrumento indispensável à proteção dos direitos humanos, tanto dos acusados quanto das vítimas.

A delação premiada veio exatamente compensar a desvantagem que a Sociedade tem em face (detrimento) de grupos organizados, verdadeiras quadrilhas, que assaltam os cofres públicos. Sabe-se que grupos criminosos trabalham à margem da lei, infiltrando-se em órgãos do Estado, como foi o caso da Petrobrás (dentre tantos outros). Uma vez fixados seus tentáculos, passam a dilapidar, silenciosamente e durante décadas, os cofres das instituições que deveriam proteger e zelar, ocasionando irreparável prejuízo a toda coletividade, já que os

desvios, muitas vezes na cifra de bilhões, impedem o desenvolvimento e a manutenção de serviços básicos, como a Saúde, ensino e a necessária proteção ao meio ambiente.

Muito mais do que apostar-se em uma justiça cumulativa ou distributiva, as atenções voltam-se para uma justiça social baseada na igualdade e na solidariedade entre todos os seres humanos.

Paulo Brandão e Ildete Regina Vale da Silva, ao discorrerem sobre a interpretação da Constituição Brasileira, assentaram:

> "A Fraternidade é o fundamento que antecipa o sentido da Constituição Brasileira, sendo seu texto um projeto cultural pelo qual se deve começar a interpretação. O sentido do texto da Constituição exsurgirá de acordo com as condições criadas, para dar ao intérprete possibilidades de compreendê-lo e, por ter compreendido o sentido, o intérprete poderá explicitar a aplicação de forma a tomar decisões de vida que deem sentido à existência do humano e à continuidade dela, no tempo e espaço da biosfera e, dessa forma, construir uma Sociedade fraterna"[88] (p.177)

E o interesse, aqui protegido, é o da sociedade, externado por institutos como a delação espontânea que, como instrumento de prova, possibilita não apenas a indicação quanto a autoria dos fatos criminosos, mas igualmente e não menos importante a recuperação de valores extraviados ou o confisco de bens auferidos pela prática delituosa para que sejam convertidos em prol da própria Sociedade.

Mais importante do que a diferença de conceitos entre a fraternidade e a solidariedade, é a definição dos interesses envolvidos na aplicação

88 SILVA, Ildete Regina Vale da Silva e BRANDÃO, Paulo de Tarso. Constituição e Fraternidade: o Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. Curitiba: Juruá, 2015. p. 46.

desse princípio, quer seja chamado de princípio da solidariedade ou da fraternidade.

Podemos observar que a Constituição almeja também a Fraternidade e, nesse sentido, ele coloca a sociedade fraterna como um interesse jurídico a ser tutelado através de um Estado Democrático de Direito.

Para isso, e em função desse déficit constatado, é necessário dar um passo adiante, esse passo é o reconhecimento da necessidade de um novo paradigma para a justiça e o direito, sem olvidarmos de princípios constitucionais fundamentais à convivência humana, como a solidariedade.

6 - A delação premiada sob o enfoque constitucional para o século XXI – Função Social do Estado Contemporâneo.

Em recente artigo que publicamos, quando tratamos do impeachment, discorremos sobre a Obra do Professor César Pasold, intitulada Função Social do Estado Contemporâneo[89]. A obra foi fundamental para que, definidamente, pudesse defender a constitucionalidade da delação premiada. Ao propor componentes iniciais para a caracterização do Estado, Pasold arrola alguns a saber:

> "A) a relação sistêmica que a vida do Estado pode conter, envolvendo segurança, ordem, justiça, força, Poder, autoridade45; 90
>
> b) a diferenciação na teoria e na prática, entre o Poder social e a função governamental;

89 PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. ebook http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx

90 No original como número 45 da nota de rodapé *verbis* "Sobre Força, Autoridade e Poder, vide: FARIA, José Eduardo. Poder e Legitimidade. Uma introdução à Política do Direito. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 69- 76.

> c) o Estado realizando a coerção da conduta humana num contexto organizado, submetido a uma conformação judicia"91

Como função primordial do Estado, esclarece o Mestre Pasold, "no século XXI que se inicia, a necessária relação entre Estado e Sociedade é, sem dúvida, a de um instrumento que deve ser utilizado para servir a sua mantenedora, ou seja, a própria Sociedade".[92]

A crise que se instalou no Brasil, com o início da Operação Lava Jato (sem olvidar de operações antecedentes que levaram à cadeia diversos empresários e políticos), escancarou em plena luz do dia e sem que seus autores ficassem ao menos "vexados", a hipótese de que o Estado deixou de servir a sua mantenedora, qual seja a Sociedade. No nosso entender, esse foi um dos motivos que gerou a derrocada política de Governos atuais e antecedentes.

O Estado, representado no âmbito Federal pelo Chefe de Estado, deixou de servir à Sociedade, quando, no mínimo, foi omisso e leniente com todo o lamaçal de iniquidades e ilegalidades levados à efeito por seus agentes políticos.

A Operação Lava Jato, portanto, demonstrou uma vez mais o descompasso entre a Função Social do Estado Contemporâneo e a crise do modelo político vivenciado.

O Estado, lamentavelmente, deixou de atender à Sociedade, quando permitiu o desvio de bilhões de reais dos cofres públicos para as mãos de meia dúzia de larápios engravatados, buscando a manutenção de

91 PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. ebook http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx. Acesso: 14 jun. 2016. p. 22.

92 PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. ebook http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx. Acesso: 14 jun. 2016. p. 23.

um projeto de poder aético e discutível, gerando não apenas insatisfação política, mas grave e irreparável prejuízo para o próprio Estado, que a toda evidência foi criado para servir, nas palavras abalizadas de César Pasold, à sua mantenedora – a Sociedade!

Pasold esclarece a questão, ao fazer referência ao postulado de Maritain:

> "Merece referência, aqui, a postulação de MARITAIN(49)93 quando propõe que, as mais altas funções do Estado sejam as de garantir a lei e as de facilitar o desenvolvimento livre do corpo político. Contudo, a situação do mundo, leva-o a caracterizar como "dever mais urgente" das Democracias, o de desenvolver a Justiça Social, porque a "verdadeira dignidade" do Estado provém do exercício da Justiça. Para esse Autor, o fim último do Estado é o Bem Comum da Sociedade política, sendo precedido pela manutenção da ordem pública que é o fim imediato do Estado. Este, "é unicamente à parte do corpo político que se refere especialmente à manutenção da lei, ao fomento do Bem Comum e da ordem pública e à administração dos negócios públicos". Nesta concepção, ele é "uma parte que especializa no interesse do todo ...", "em suma, um instrumento ao serviço do Homem".94

O compromisso intrínseco do Estado com o Bem Comum ou Interesse Coletivo perdeu-se quando nossos Governantes, de forma comissiva ou mesmo omissiva, permitiram ou deixaram permitir que seus próprios Agentes assaltassem a Petrobrás, gerando um prejuízo direto de pelo menos (o valor pode ser muito maior) de 19 bilhões de reais aos cofres da Empresa.

93 No original a nota de rodapé recebeu o número 49, *verbis*: MARITAIN, Jacques. O Homem e o Estado, p. 22-23, 29 e 35.

94 PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. ebook http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx. Acesso: 14 jun. 2016. p. 23..

Trago, novamente à colação, pois imprescindível para o exato delineamento do assunto até aqui abordado, considerações do Professor César Pasold acerca do compromisso intrínseco do Estado com o Bem Comum:

> "Acredito que não há sentido na criação e na existência continuada do Estado, senão na condição – inarredável – de instrumento em favor do Bem Comum ou Interesse Coletivo.
>
> Deve haver, por parte desta criatura da Sociedade, um compromisso com a sua criadora, sob pena de perda de substância e de razão de ser do ato criativo. Tal compromisso configura-se, de forma concreta, na dedicação do Estado à consecução do Bem Comum ou Interesse Coletivo. O Bem comum não é a soma dos bens individuais ou dos desejos isolados.
>
> Em MELLO5595, repito, encontra-se registrado um sentido para Bem Comum, conforme o qual ele é constituído "dos fatores propiciados pelo Estado com vistas ao bem-estar coletivo formando o patrimônio social e configurando o objetivo máximo da nação".96

FREIRE DA FONSECA argumenta que "basta enumerar as atribuições conferidas pela Constituição ao Poder executivo para se ter a impressão exata das suas responsabilidades e da relevância do seu papel na marcha da administração".[97]

---

95 No original a nota de rodapé recebeu o número 55, *verbis*: MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de Direito Político. Rio de Janeiro: Forense, 1978 e Dicionário de Política Jurídica. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000.

96 PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. ebook http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx. Acesso: 14 jun. 2016. p. 26.

97 FREIRE DA FONSECA, Annibal. O Poder Executivo na República Brasileira. Brasília: Editora UnB, 1981. p. 27.

O problema comum é aquele muito bem descrito por Dalmo de Abreu Dallari, no trecho a seguir: "Eis aí o conflito patenteado: de um lado, há novas exigências que tornam imperativo o aperfeiçoamento do Executivo, sua maior liberdade de ação, e seu consequente fortalecimento; de outro lado, há o temor do arbítrio e dos abusos que poderão decorrer do excesso de força e de independência".[98]

Pasold, ao arremate, assevera que:

> Somente a associação de corretas noções de Liberdade Igualdade – na sua condição de Valores Fundamentais – permitirá a esperança de que o Poder Executivo atue sob o princípio da Legitimidade e, assim, cumpra de modo efetivo sua importante missão no Estado Contemporâneo.
>
> O estímulo a esta associação há de vir de uma Sociedade consciente da sua condição de Fonte Exclusiva de todo o Poder Estatal.99

A partir do momento em que o Estado, nas pessoas de seus Agentes, passou a favorecer empreiteiras do esquema de propinas, feriu princípios da administração pública, como a impessoalidade, a moralidade e eficiência/economicidade, ou seja, os interesses políticos e de particulares estavam acima da Administração Pública).

E não se pode, aqui, quando o assunto aborda a função social do Estado Contemporâneo, deixar de assinalar aspecto fundamental relacionado a dignidade da pessoa humana, já que o Estado, quando permite que seus agentes atentem contra a própria norma constitucional, solapam a dignidade do cidadão, já que não se cuida, nas palavras de

98 Dallari, Dalmo de Abreu. Nem presidencialismo nem parlamentarismo. In: Revista de Cilncia PoIItica, Rio de Janeiro. FGV. 1967. p. 37.

99 PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. ebook http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx. Acesso: 14 jun. 2016. p. 46.

Ingo Sarlet, apenas de aspectos específicos da vida humana, mas sim uma qualidade inerente a todos e qualquer ser humano. O desvio de bilhões de uma empresa estatal, para favorecer interesses pessoais e/ou de partidos, atingem de forma direta à dignidade de todo e qualquer cidadão (Sociedade) que procura no Estado não apenas a salvaguarda de seus direitos, mas igualmente a consecução de políticas públicas, que são afetadas diretamente pela corrupção endêmica.

Vejamos como Ingo Sarlet trata o assunto:

> "Uma das principais dificuldades, todavia — e aqui recolhemos a lição de Michael Sachs - , reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente ou, como preferem outros, atribuída a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade — como já restou evidenciado — passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa".[100] (p. 49)

A dignidade da pessoa humana é qualidade tida como inerente e, portanto, valor próprio que identifica o ser humano.

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu plena normatividade à dignidade da pessoa humana, projetando-a para todo o sistema jurídico, político e social, tornando-a o alicerce principal da República

100 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.10.ed.rev.atual.amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pág. 49.

e do Estado Democrático de Direito e permitindo que possua proeminência axiológica-normativa sobre os demais princípios.

Flademir Jerônimo Belinati Martins, ao citar Carmen Lúcia Antunes Rocha esclareceu que "A positivação do princípio como fundamento do Estado do Brasil quer significar, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja seus fins: que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado".[101]

O Instituto da Delação Premiada vem ao encontro dos anseios da sociedade, quando permite resposta rápida e eficaz, ao possibilitar a devolução e repatriação de dinheiro público indevidamente nas mãos de particulares, bem como possibilitando a aplicação da Lei Penal para cada caso concreto.

Um pouco da dignidade subtraída parece retornar para cada cidadão quando observa que, de certa forma, o Estado serve para lhe proteger e garantir sua permanência no seio da sociedade livre de pessoas que, destituídas de qualquer senso ético, aproveitam-se de sua própria posição para solapar os cofres públicos.

O quadro de corrupção sistémica que acabou sendo desvelado pelo esquema bilionário de desvio de dinheiro da Petrobrás revelou o lado mais sombrio de pessoas que estavam investidas em cargos e funções públicas. A dignidade de cada um de nós restou abalada, a partir do momento em que sentimos vergonha quando nos olhamos no espelho ou quando a imprensa internacional aponta o Brasil como um dos Países mais corruptos do mundo.

A corrupção causa estragos, pelo visto, não apenas ao "bolso" do país, mas a dignidade de cada pessoa fortemente atingida pelo

101 MARTINS, F.J.B. Dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2003, p. 78.

lamaçal de desvios e desmandos capitaneados por agentes públicos e privados. Os chamados "crimes de colarinho branco", além de provocar estragos em políticas públicas, tiram do empresário honesto a confiança quanto à concorrência justa e a lisura no trato com os Órgãos Estatais.

Considerações finais:

À guisa de conclusão, e a par de inúmeras críticas quanto ao instituto da delação premiada, como por exemplo sua inconstitucionalidade "por ter sido alicerçado sobre bases contrárias, sobretudo, ao arcabouço principiológico constitucional, consubstanciado na traição entre dos homens, gesto rechaçado pela humanidade",[102] efetivamente não ganha corpo e passa ao largo do presente estudo, a uma porque não se pode traduzir mandamentos de índole humanista com o instituto da delação premiada e, a duas, porque não observamos o fomento à traição e ao egoísmo.

Possibilita, ao contrário, que o Estado possa punir com severidade autores dos chamados "crimes de colarinho branco", além de estancar a corrupção endêmica que assola o Brasil, devolvendo aos cofres públicos ao menos parte do que foi ilegalmente retirado por ações de criminosos, estes sim, destituídos de qualquer sentimento ético.

A delação premiada é meio de prova, em qualquer das hipóteses previstas na legislação pátria, e como tal será tratada, mesmo considerando-se sua anomalia, e assim nos referimos porque não encontra semelhança em nenhuma outra (testemunhal por exemplo).

O Instituto tem constituído meio de prova eficaz para que se localize e decifre a contabilidade paralela existente na criminalidade

102 SÃO PEDRO, Bruno Lessa Pedreira. A Inconstitucionalidade da Delação Premiada. Âmbito Jurídico. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11731. Acesso: 14 jun. 2016.

econômica organizada. "Apenas quem conviveu como integrante da teia criminosa" nas palavras abalizadas Arthur Pinto de Lemos Jr. "sabe indicar qual a verdadeira cabeça do esquema ilícito e por onde penetram seus tentáculos. Mais que isso. A Colaboração Premiada tem sido a chave de abertura dos codinomes ocultos em documentos secretos de grandes escritórios dos senhores de colarinhos brancos, estes os verdadeiros chefes do crime organizado brasileiro".[103]

Referência das Fontes Citadas

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahi. Ônus da Prova no Processo Penal. Ed. Revista dos Tribunais, SP, 2003, pág. 107.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3.reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. Código Penal (texto compilado). Presidência da República: Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.

BRASIL. Código de Processo Penal (texto compilado). Presidência da República: Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 06 jun. 2016.

103 LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. Colaboração (delação) Premiada: passo a passo. Carta Forense. Disponível em http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/colaboracao-delacao-premiada-passo-a-passo/16399. Acesso: 14 jun. 2016.

BRASIL. Lei 8.072 de 1990. Presidência da República: Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Lei 7.242 de 1986. Presidência da República: Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Lei 8.137 de 1990. Presidência da República: Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Lei 9.269 de 1996. Presidência da República: Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9269.htm. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Lei 9.613 de 1998. Presidência da República: Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Lei 11.343 de 2006. Presidência da República: Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Lei 12.850 de 2013. Presidência da República: Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 10 jun. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Nem presidencialismo nem parlamentarismo. In: Revista de Ciência Política, Rio de Janeiro: FGV. 1967.

FERREIRA DE MELO, Júlio César. A Prova no Processo Penal Frente a Estratégias da Política Jurídica Segundo Osvaldo Melo. Florianópolis; Conceito Editorial, 2014, 116p.

FARIA, José Eduardo. Poder e Legitimidade. Uma introdução à Política do Direito. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FREIRE DA FONSECA, Annibal. O Poder Executivo na República Brasileira. Brasília: Editora UnB, 1981.

FERREIRA DE MELO, Osvaldo. Dicionário de Política Jurídica. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2000.

FERREIRA DE MELO, Osvaldo. Fundamentos da Política Jurídica. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris/CPGDUFSC, 1994.

FERREIRA DE MELO, Osvaldo. Temas atuais de política do direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. p. 70-71.

FERREIRA de MELO, Osvaldo. Jus strictum x jus aequum: um dilema a ser resolvido. Novos Estudos Jurídicos. Ano V. n. 9. setembro 1999.

Frei Betto. Alteridade. Adital. Disponível em http://www.adital.com.br/site/noticia2.asp?lang=PT&cod=7063. Acesso: 14 jun. 2016.

GRECO FILHO, Vicente. Tutela Constitucional das Liberdades. São Paulo: Saraiva, 1991.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Batista Machado. 6 ed. Coimbra: Armênio Armado Editor, 1984.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. Colaboração (delação) Premiada: passo a passo. Carta Forense. Disponível em http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/colaboracao-delacao-premiada-passo-a-passo/16399.

MARTINS, F.J.B. Dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 4

ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. ebook Disponível em: http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx

PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil – Evolução Histórica. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. RECJ.05.01/08 - www.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp – Paulo de Tarso Brandao.

SÃO PEDRO, Bruno Lessa Pedreira. A Inconstitucionalidade da Delação Premiada. Âmbito Jurídico. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11731.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.10.ed.rev.atual.amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHMITZ, Sérgio Antônio. Uma Visão sobre o Papel do Político Jurídico como Operador do Direito: Transformador das Utopias. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 05 de fev. de 2010. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6716/Uma_Visao_sobre_o_Papel_do_Politico_Juridico_como_Operador_do_Direito_Transformador_das_Utopias >. Acesso em: 14 de jun. de 2016.

SILVA, Ildete Regina Vale da Silva e BRANDÃO, Paulo de Tarso. Constituição e Fraternidade: o Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. Curitiba: Juruá, 2015.

SOUZA, Percival. Reflexões: Crime Organizado. IBGF. Disponível em ttp://www.ibgf.org.br/index.php?data%5Bid_secao%5D=7&data%5Bid_materia%5D=19. Acesso em: 06 jun. 2016.

VALLE, Gabriel. Dicionário latim-português. São Paulo: IOB-Thomson, 2004.

ZILI. Marcos Alexandre Coelho. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

A BUSCA POR MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: A FERRAMENTA DIGITAL "CONSUMIDOR.GOV.BR".

Desembargador Janio Machado

A extinção do processo a partir da compreensão do que seja lide resistida e falta de interesse de agir mostra-se a providência necessária num momento em que o Judiciário Brasileiro se vê às voltas com um número infindável de demandas propostas e que, a despeito do enorme esforço humano e do volume imenso de recursos financeiros

despendidos, não se consegue dar atendimento às cobranças, cada vez maiores, da sociedade (dados estatísticos indicam a existência de mais de 110.000.000 de processos em tramitação do país, o que corresponde a aproximadamente um processo para cada duas pessoas, sendo que 30% tem natureza consumerista).

Dito de outro modo: a arcaica e ultrapassada visão do processo como o direito absoluto e incontestável do litigante encontra-se superada. Afinal, os interesses da coletividade sobrepõem-se e exigem uma tomada de decisão, notadamente porque houve, nos últimos anos, excepcional evolução legislativa, tudo feito na medida para que o juiz encontrasse meios – dentro do sistema – para atender os anseios da sociedade.

A busca de soluções alternativas para os conflitos individuais decorre da constatação de que o Judiciário Brasileiro não tem conseguido superar as dificuldades para uma pronta e satisfatória resposta aos jurisdicionados, de modo a que se dê pleno atendimento ao que agora é princípio de natureza constitucional: razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (inciso LXXVIII do artigo 6º da Constituição Federal).

Não por acaso o Conselho Nacional de Justiça tem-se debruçado sobre o tema, e nesta tarefa tem oferecido alternativas aos litigantes, estas que não passam, necessariamente, pela apreciação e decisão por um juiz. Isto é, a clássica solução – sentença – agora dá lugar a outras soluções, estas que passam pelo auxílio de terceiros e da própria parte litigante.

A propósito, recorda-se o teor da Resolução n. 125, de 29.11.2010, do Conselho Nacional de Justiça, que dispôs sobre a "Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário" e, no parágrafo único do artigo 1º, estabeleceu diretriz que não pode ser ignorada:

> "As órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante

> sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.".

Afirma-se, de modo expresso, que a "solução adjudicada mediante sentença" não é o único meio de solução de conflitos, devendo outros serem buscados, com referência explícita à mediação e à conciliação.

E se é do CNJ a atribuição de "organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação" (artigo 4º da Resolução n. 125), o que seria implementado "com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras" (art. 5º), como pode o juiz ignorar a ferramenta digital "consumidor.gov.br"?

A plataforma digital "consumidor.gov.br" é uma iniciativa do Ministério da Justiça, "provido e mantido pelo Estado", constituindo "um serviço público para solução alternativa de conflitos de consumo via internet", e que permite "a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução de conflitos de consumo pela internet" (disponível em:<http://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?14951127258893>").

A eficácia da plataforma digital está, sim, comprovada. Afinal, "80% das reclamações registradas no Consumidor.gov.br são solucionadas pelas empresas, que respondem as demandas dos consumidores em um prazo médio de 7 dias", conforme o que se lê na página antes referida e que é secundada por fartos e detalhados dados estatísticos.

O índice e o prazo anunciados a título de resultado obtido e de prazo médio para a resolução dos conflitos não podem ser ignorados pelo Judiciário, sob pena de sua completa desmoralização.

O atual Código de Processo Civil, caminhando em igual sentido, dispôs que "O Estado promoverá, sempre que possível, a solução

consensual dos conflitos", com o estímulo, por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, ainda que em curso processo judicial, da conciliação, da mediação e de "outros métodos de solução consensual de conflitos" (artigo 3º, §§ 2º e 3º).

O uso da ferramenta digital conhecida por "consumidor.gov" tem-se mostrado de extrema valia, servindo com um dos meios para se combater a morosidade do Judiciário Brasileiro e, dessa forma, abreviar-se o tempo de duração de uma demanda. A necessidade de esgotamento dos meios extraprocessuais disponibilizados aos litigantes, conforme notícia publicada na página eletrônica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina de 20.4.2017, tem sido exigida por magistrados catarinenses que, em procedimento de vanguarda, a adotaram em suas respectivas unidades jurisdicionais, e o resultado obtido merece os maiores elogios:

> "Juízes de Joinville imprimem celeridade aos feitos com o uso do consumidor.gov
>
> Duas unidades jurisdicionais da comarca de Joinville têm se destacado pela obtenção de resultados significativos em acordos por meio da utilização do "consumidor.gov", ferramenta digital criada pelo Governo federal que aproxima empresas e pessoas físicas para resolverem seus conflitos nas relações de consumo. Desde o final de 2015, mediante convênio firmado entre o Tribunal de Justiça e a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor, órgãos do Ministério da Justiça, os juízes catarinenses passaram a ter disponível este meio alternativo de resolução de conflitos.
>
> Titular da 1ª Vara de Direito Bancário, o juiz Yhon Tostes faz uso do sistema desde o início de 2016, especialmente nas ações de revisão de contrato. Para ele, a utilização do consumidor.gov prestigia a cultura da conciliação ao estimular advogados a buscar todos os meios disponíveis para solucionar o litígio de forma extrajudicial. 'É triste ver muitas vezes o uso predatório do sistema judicial, com pedidos irregulares de justiça gratuita que oneram toda a coletividade e sobrecarregam o sistema, e com lides frívolas que minam a eficiência da Justiça, a qual deve atender

aos consumidores que efetivamente necessitam de atenção judicial de forma justa e célere', afirma o magistrado.

Tostes ainda destaca que, através da ferramenta, consegue-se delimitar melhor o conflito judicial, pois com ela o consumidor pode demonstrar que tentou negociar seus débitos, assim como a instituição financeira tem a possibilidade de demonstrar o acerto de sua conduta. A utilização do consumidor.gov tem solucionado cerca de 20% das ações que ingressam na 1ª Vara de Direito Bancário. Tostes afirma que, mesmo quando não há acordo, as instituições financeiras apresentam suas razões para a cobrança de juros ou aplicação de determinadas taxas bancárias, com base nas resoluções do Banco Central e no entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

O juiz Gustavo Marcos de Farias, que atualmente responde pelo 2º Juizado Especial Cível de Joinville, estima que o novo procedimento conseguiu diminuir cerca de 40% das audiências. De acordo com o magistrado, a partir do ajuizamento da ação é verificado se a empresa em questão está cadastrada no sistema e, em caso positivo, o imbróglio é resolvido pela ferramenta. Apenas os casos em que há pedido de danos morais não são passíveis de resolução pelo sistema. Esses processos têm continuidade da maneira formal para solucionar a questão. 'Utilizo o sistema como audiência de conciliação virtual, pois tentamos solucionar lá o que poderia ser feito na sala de audiências', explica Farias.

Segundo o magistrado, as empresas tendem a acordar melhor pelo sistema, pois tal disposição é recompensada por índices positivos por ele mesmo anunciados. Para o juiz, trata-se de uma ferramenta ágil, simples e gratuita, capaz de atender as partes em suas várias necessidades, além de melhorar e agilizar a prestação jurisdicional sem onerar o sistema de Justiça. Farias destaca que a utilização do consumidor.gov não significa a conferência de maior formalidade ao procedimento mas, pelo contrário, garante a amplitude do alcance da Justiça, principalmente para aqueles que, após tentar as mais diversas vias de resolução extrajudicial, não obtiveram retorno em suas demandas. Quem tiver interesse em conhecer a ferramenta de perto pode acessá-la através do banner localizado à direita no site do Tribunal de Justiça; se preferir, clique aqui."

Se é certo que o acesso à justiça é garantia constitucional (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), mais certa é a necessidade de se garantir a efetividade da atividade jurisdicional, o que se tem conseguido com a exigência de prévio esgotamento da via extraprocessual.

Então, se a pretensão do litigante é a revisão de cláusulas do contrato de financiamento de veículo celebrado com instituição financeira, a ferramenta digital, que é gratuita e de acesso irrestrito, apresenta-se como a solução capaz de resolver o conflito por um meio que não passa, necessariamente, pela prolação de sentença.

Insiste-se: o direito ao acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não fica inviabilizado se a pretensão da parte pode ser atendida, com igual eficiência, por "outro método de solução de conflito".

O Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça brasileiro (CPJus) do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) realizou uma pesquisa sobre a gestão dos recursos públicos nos tribunais, tendo concluído que "em 2013, o custo médio do processo era de R$ 2.369,73. A Justiça Estadual conseguiu os melhores resultados: um custo de R$ 1.795,71. Na Justiça Federal, os gastos por processo foram de R$ 2.063,39. A Justiça do Trabalho, apresentou o valor mais elevado: R$ 3.250,08." (conforme a consulta realizada na seguinte página eletrônica: https://jota.info/justica/que-tribunal-gasta-mais-dinheiro-para-julgar-um-processo-30062015).

Assim, em observância ao princípio da utilidade da atividade jurisdicional, é certo que o ajuizamento de uma ação não justifica o alto custo social necessário para a efetivação da pretensão, notadamente porque, por meio diverso e sem qualquer outro custo monetário, pode-se obter igual resultado.

A propósito, Humberto Theodoro Júnior leciona:

"Interesse (ou interesse de agir) é a necessidade que a parte tem de usar

> o processo para sanar o prejuízo já ocorrido ou para afastar o perigo da ameaça de lesão. Compreende também a adequação do remédio processual escolhido à pretensão da parte." (Código de processo civil anotado. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 86).
>
> E, Misael Montenegro Filho, acrescenta:
>
> "(...) o interesse processual está atrelado à aplicação do binômio necessidade + utilidade, devendo o autor demonstrar, quando exercita o direito de ação, que necessita da atuação jurisdicional (de representante do Estado) para solucionar o conflito de interesses.
>
> A necessidade é da ação e, consequentemente, do processo, e não impositivamente do reconhecimento do direito material (interesse substancial), considerando o fato de o direito de ação ser abstrato, não se confundindo com o direito material de que o autor afirma ser titular.
>
> (...) o autor deve fazer uso do instrumento processual adequado para solucionar o conflito, utilizando a ação prevista em lei como indicada para eliminar a lide, mediante a atuação de representante do Poder Judiciário." (Curso de direito processual civil: de acordo com o novo CPC. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 147-148).

O Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a existência de repercussão geral, firmou a tese de que "a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal", sendo que "para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo":

> "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.
>
> 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.
>
> 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes

de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.

3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.

6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito;

(ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.

7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo.

Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e

> proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.
>
> 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.
>
> 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir." (recurso extraordinário n. 631.240, de Minas Gerais, Plenário, relator o ministro Roberto Barroso, j. em 3.9.2014).

Se o litigante não tem necessidade de ir a juízo porque a ferramenta digital "consumidor.gov.br" tem-se mostrado útil e eficiente, afirma-se que uma das condições da ação não se faz presente.

Recorde-se que em momento posterior ao julgamento da repercussão geral acima referida, a mesma Corte de Justiça reafirmou sua orientação, agora em relação à cobrança do seguro DPVAT:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. GARANTIA DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO. EXIGÊNCIA DE REQUERIMENTO PRÉVIO. CARACTERIZAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 5º, INC. XXXV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO DE COBRANÇA DO SEGURO DPVAT. REQUERIMENTO

INEXISTENTE MAS DESNECESSÁRIO PORQUE ATENDIDA REGRA DE TRANSIÇÃO PELA CONTESTAÇÃO DE MÉRITO DA SEGURADORA (RE 631.240). AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO." (agravo regimental no recurso extraordinário n. 824.712, do Maranhão, Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, relatora a ministra Cármen Lúcia, j. em 19.5.2015).

Do mesmo modo, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido ao rito do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, agora em relação à ferramenta "scoring de pontuação", assim concluiu:

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CREDISCORE. INTERESSE DE AGIR. DEMONSTRAÇÃO DE QUE A RECUSA DE CRÉDITO OCORREU EM RAZÃO DA FERRAMENTA DE SCORING, ALÉM DE PROVA DO REQUERIMENTO PERANTE A INSTITUIÇÃO RESPONSÁVEL E SUA NEGATIVA OU OMISSÃO.
>
> 1. A Segunda Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.419.697/RS, submetido ao regime dos recursos repetitivos, definiu que, no tocante ao sistema scoring de pontuação, 'apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas' (REsp 1419697/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/11/2014).
>
> 2. Assim, há interesse de agir para a exibição de documentos sempre que o autor pretender conhecer e fiscalizar documentos próprios ou comuns de seu interesse, notadamente referentes a sua pessoa e que estejam em poder de terceiro, sendo que 'passou a ser relevante para a exibitória não mais a alegação de ser comum o documento, e sim a afirmação de ter o requerente interesse comum em seu conteúdo' (SILVA, Ovídio A. Batista da. Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 2009, fl. 376).

> 3. Nessa perspectiva, vem a jurisprudência exigindo, sob o aspecto da necessidade no interesse de agir, a imprescindibilidade de uma postura ativa do interessado em obter determinado direito (informação ou benefício), antes do ajuizamento da ação pretendida.
>
> 4. Destarte, para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: 'Em relação ao sistema credit scoring, o interesse de agir para a propositura da ação cautelar de exibição de documentos exige, no mínimo, a prova de: i) requerimento para obtenção dos dados ou, ao menos, a tentativa de fazê-lo à instituição responsável pelo sistema de pontuação, com a fixação de prazo razoável para atendimento; e ii) que a recusa do crédito almejado ocorreu em razão da pontuação que lhe foi atribuída pelo sistema Scoring'.

5. Recurso especial a que se nega provimento. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008." (recurso especial n. 1.304.736, do Rio Grande do Sul, relator o ministro Luis Felipe Salomão, j. em 24.2.2016).

Posteriormente, e uma vez mais, reiterou-se a mesma orientação, agora em relação às ações envolvendo os serviços de telefonia:

> "AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PEDIDO INCIDENTAL DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA COM CLÁUSULA DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. SÚMULA Nº 389/STJ. INCIDÊNCIA. ÔNUS PROBATÓRIO. ART. 333, INCISO I, DO CPC/1973.
>
> 1. É firme na jurisprudência de ambas as Turmas integrantes da Segunda Seção o entendimento de que a Súmula nº 389/STJ é aplicável aos pedidos de exibição incidental dos chamados contratos de prestação de telefonia com cláusula de participação financeira.
>
> 2. A não comprovação da prévia existência de requerimento formal

> apresentado pelo autor da demanda visando obter os contratos de prestação de serviços de telefonia com cláusula de participação financeira revela sua falta de interesse de agir, impondo a extinção do feito sem resolução meritória. A determinação de exibição incidental desses documentos nessa hipótese (de não comprovação da apresentação do imprescindível requerimento prévio) constitui verdadeira ofensa ao art. 333, inciso I, do CPC/1973. Precedentes.

3. Agravo interno não provido." (agravo interno no recurso especial n. 1.331.352, do Rio de Janeiro, Terceira Turma, relator o ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 22.11.2016).

Em julgado que mereceu ampla divulgação, o ilustre magistrado Alexandre Morais da Rosa, com pertinência, trata da "distinção entre acesso à justiça autêntico do inautêntico", e os fundamentos lá postos para a rejeição ao benefício da assistência judiciária podem ser aproveitados ao caso em exame:

"MANDADO DE SEGURANÇA – INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU A JUSTIÇA GRATUITA – EXIGÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROVADORES – AUSÊNCIA OU INSUFICIÊNCIA – DISTINÇÃO ENTRE ACESSO À JUSTIÇA AUTÊNTICO DO INAUTÊNTICO - INDEFERIMENTO DA INICIAL

Por mais que discorde parcialmente (MORAIS DA ROSA, Alexandre: AROSO LINHARES, José Manuel. Diálogos com a Law & Economics. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011) da base teórica lançada por Flávio Galdino (GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005), não se pode negar que o exercício do direito de demandar em Juízo 'não nasce em árvore.' O manejo de tal direito pressupõe um Poder Judiciário que dará movimentação ao pleito, com custos alarmantes e questões sociais sérias emperradas pela banalização do direito de ação. O exercício do direito de ação, sem custos,

deve, para o fim de se acolher pretensões meramente patrimoniais, deve se dar pela via da Tragédia dos Comuns. A Tragédia dos Comuns é um tipo de armadilha social de fundo econômico, a qual envolve o paradoxo entre os interesses individuais ilimitados e o uso de recursos finitos. Por ela, se declara que o livre acesso e a demanda irrestrita de um recurso finito(Jurisdição) terminam por condenar estruturalmente o recurso por conta de sua superexploração. Em face dos limitados recursos do Poder Judiciário e de sua capacidade de assimilação, a propositura de ações abusivas, frívolas ou de cunho meramente patrimonial e repetitivas, sem custo, pode gerar o excesso de litigância (abusivo ou frívolo). O custo de um processo é assimilado pela coletividade e pelos demais usuários na forma de uma externalidade negativa.

Lição de Júlio Cesar Marcellino Jr.: 'A atual situação de inefetividade do Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito à celeridade nas respostas às demandas judiciais, se dá, entre outras razões, pelo imenso acúmulo de ações judiciais que não podem ser assimiladas pelo sistema judiciário. Esse ponto específico do excesso de ações judiciais para uma estrutura limitada no tocante a recursos financeiros e humanos, deve ser analisado por um viés não convencional, no sentido de compreender que uma avaliação de cunho econômico, do tipo custo-benefício, pode, ao contrário do que eventualmente se pense, ampliar o acesso à justiça através da efetividade dos serviços judiciários. É preciso partir da dedução de que há manifesta abusividade na propositura de uma parcela das demandas judiciais. Em um primeiro olhar, pode até parecer contraditório defender-se uma ampliação de acesso à justiça por meio de uma limitação administrativa de ingresso de ações judiciais. Mas a contradição é só aparente. Basta que se veja a questão a partir de um ângulo diferente para se compreender que o acesso ilimitado ao Poder Judiciário acarreta, em verdade, um 'inautêntico acesso', pois o simples fato de poder ingressar com uma demanda não é garantia de acesso pleno.'" (mandado de segurança n. 4000041-62.2013.8.24.9001, de São

João Batista, Primeira Turma de Recursos Cíveis e Criminais, relator o juiz Alexandre Morais da Rosa, j. em 6.3.2014).

O juiz que age mecanicamente e ignora a sua realidade não faz por merecer a confiança em si depositada pelo legislador constitucional. Afinal, o direito de ação e de acesso à Justiça tem merecido enfoques variados, mas sempre prevalecendo a compreensão de que o meio menos oneroso à sociedade é que deve ser prestigiado, em detrimento da vontade isolada do cidadão.

DISCURSOS

DISCURSO PROFERIDO PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DESEMBARGADOR TORRES MARQUES, PARA SAUDAR OS NOVOS DESEMBARGADORES EMPOSSADOS

"Hoje é uma noite de alegria e comemoração pelas conquistas dos que estão sendo empossados.

Entretanto, não posso deixar de consignar com pesar o falecimento do Desembargador Nauro Luiz Guimarães Collaço, que ocupou os cargos de Vice-Presidente e Corregedor-Geral da Justiça neste Tribunal, e presidiu a nossa querida Associação dos Magistrados Catarinenses.

Aqueles que tiveram a oportunidade de conhecer o Desembargador Nauro, vivenciaram o carinho e o respeito com os quais tratava a todos, algo pelo qual era admirado. Certamente permanecerá em nossas lembranças e em nossos corações.

É uma responsabilidade revestida de imensa honra recepcionar os caríssimos novos desembargadores para, daqui para frente, ombrearem com este Colegiado na missão de trabalharmos unidos pela materialização da Justiça.

O Poder Judiciário, por caminhar lado a lado com a própria história do país, passou por diversos marcos evolutivos, em face dos acontecimentos sociais que alteraram a sua organização e funcionamento.

Muitos foram os avanços até que este Poder se revestisse das características que possui atualmente.

Há 28 anos, iniciou-se no Brasil uma nova era. Sob a égide da Constituição Federal de 1988, a nação despertou para a democracia e o Estado de Direito, que seguem fortalecidos, inobstante as constantes intercorrências sociais, políticas e econômicas.

Desde então, as soluções para os embates que a sociedade submete aos tribunais devem ser concebidas a partir dos marcos da Carta Cidadã.

O Judiciário, como guardião e operador das leis, é um pilar da estabilidade social, e pode-se afirmar que tem feito sua parte para a manutenção da imprescindível normalidade institucional.

Ao cumprir os preceitos do Estado de Direito, cabe aos tribunais a composição de uma jurisprudência que consagre os valores constitucionais e realize os avanços normativos necessários à cidadania.

Por isso, há muito este deixou de ser um Poder distanciado da realidade do povo, para tornar-se um efetivo partícipe da construção dos destinos da República.

Nesta Casa, decidem-se conflitos sobre todos os aspectos das relações humanas: a liberdade individual dos cidadãos, patrimônio, família, sucessões, entre tantos outros.

Exige-se do magistrado a habilidade de amalgamar os ofícios de operador do direito e conciliador de conflitos sociais.

Ao exercermos este encargo, participamos de forma proativa para a formação da identidade da sociedade em que vivemos, no intento de concorrer para que seja livre, justa, solidária e pluralista.

Desta forma, a missão do julgador não se esgota nos autos de um processo, mas compreende também, mais do que nunca antes em nossa história, a defesa do regime democrático.

A prestação jurisdicional deve ser exercida como instrumento de pacificação e afirmação da cidadania. Nos tempos atuais, deve ir além dos limites das funções jurídica e técnica, realizando papel ativo e inovador da ordem social, visto que contribui para conferir real concretude ao exercício de direitos.

Vivemos tempos de revolução da forma de fazer justiça. Lidamos com a reengenharia do processo, decorrente dos avanços da tecnologia.

Presenciamos a modificação estrutural e funcional do próprio Poder Judiciário, a fim de adequar-se a uma sociedade que avança a passos largos e exige qualidade nos serviços públicos.

Essa é uma missão que não finda. Representa um trabalho em permanente execução, que requer planejamento estratégico de ações, tanto no primeiro quanto no segundo grau de jurisdição.

Por essa razão, este tribunal acolhe os novos desembargadores com entusiasmo e certeza de estar se qualificando ainda mais para cumprir sua missão com primazia.

Vossas Excelências, após percorrerem há muito os caminhos da magistratura, hoje ingressam nesta Corte, trazendo consigo, além da vasta experiência como operadores do direito, a sabedoria de que esse mister requer muito mais que o domínio da letra da lei.

Os tempos presentes acolhem uma renovada deontologia da magistratura, em que o julgador, cônscio dos efeitos concretos de suas decisões, vai além de seu papel de aplicador do direito positivado, para atuar no sentido de realizar o justo.

O magistrado contemporâneo, no cumprimento de sua competência constitucional, é um agente de transformações aprimoradoras de sua própria missão e não apenas um expectador passivo das revoluções sociais.

Julgar não é apenas um ato de ciência, mas também de consciência, pois, emprestando as palavras do jurista Erich Danz:

"A vida não está a serviço dos conceitos, mas estes é que estão a serviço da vida".

O desempenho da judicatura requer uma vida profissional norteada por virtudes éticas e morais, com vistas à prestação jurisdicional isenta e leal aos princípios que sustentam o Estado de Direito. Integridade,

coragem e independência são ingredientes de cada dia da trajetória do magistrado.

É um caminho marcado por experiências desafiadoras, porém enriquecedoras. Cada avanço na carreira traz consigo novas nuances de um cotidiano plural: diferentes regiões, variadas áreas do direito e novas problemáticas a serem enfrentadas.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina abre as portas para seis novos desembargadores e os convida a vivenciar mais uma singular experiência: a de compartilhar com seus pares a responsabilidade, por vezes antes solitária, de proferir decisões.

A deliberação colegiada representa uma forma democrática de intercâmbio de entendimentos, que ao convergirem para o desfecho dos embates, contribuirão para a formação de uma identidade representativa deste Colegiado.

Estou certo de que cada uma de Vossas Excelências, a seu particular modo, trará valioso aporte para o enriquecimento deste Sodalício, consolidando o modelo atual e futuro do Poder Judiciário que a sociedade deseja.

Deixo consignado o registro de minha confiança plena de que os desembargadores que hoje chegam para ladear conosco realizarão uma profícua magistratura e contribuirão para reafirmar a legitimidade do poder decisório no segundo grau de jurisdição.

Ilustres Empossados, parabenizo Vossas Excelências e estendo minhas saudações aos entes queridos aqui presentes, os quais acompanharam de perto o caminho trilhado, que hoje culmina com o coroamento de uma carreira de reconhecido triunfo.

O Tribunal, inquestionavelmente, ganha novo fôlego e qualifica-se ainda mais ao recebê-los.

Sejam bem-vindos!".

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR FRANCISCO DE OLIVEIRA NETO, QUANDO DA RAZÃO DA POSSE DOS NOVOS DESEMBARGADORES

Por indicação de nosso Presidente, Des. Torres Marques, prontamente aceita pelos colegas que, assim como eu, hoje assumem o cargo de Desembargador, coube-me a difícil tarefa de falar em nome de todos.

Difícil porque a missão consiste em traduzir – em uma única voz – toda a emoção que o presente momento representa.

Cada um de nós chega até aqui trazendo consigo todas as marcas e as lembranças que podem existir naqueles que percorream o caminho em busca do sonho, levando a extremos a constatação de Ortega y Gasset, e que explica que cada um de nós é o que é com as nossas circunstâncias.

Afinal, viver é tratar com o mundo, é estar no mundo e com ele interagir.

E por isso mesmo é que não há como desconsiderar que cada um de nós transpira de modo intenso nossas circunstâncias, nossas tristezas, nossas frustrações, nossas faltas, nossos erros, mas também nossos acertos, nossas alegrias, nossas realizações, nossos sentimentos mais puros e construtivos de uma sociedade livre, justa e harmônica.

E é exatamente nesse ponto que a difícil missão há pouco descrita – de em uma única voz externar o sentimento de cada um – se torna fácil e simples.

É que apesar de cada um ter uma história diferente, de cada um ter vivenciado momentos únicos, acompanhados – repito – de suas alegrias e de suas tristezas, temos em comum o fato de que, na comarca

mais distante ou na mais próxima; na mais confortável, ou na mais desconfortável; no trato com o mais humilde, ou com o mais arrogante; na solução do caso mais simples, ou do caso mais complexo, sempre atuamos com a mesma vontade e dedicação em todos eles.

Seja na advocacia, seja na magistratura, seja no Ministério Público, cada um de nós exerceu sua atividade com respeito, com dedicação e com o proósito de bem servir à sociedade catarinense.

Isso já provamos e foi reconhecido por todos aqueles que participaram do processo de escolha para o cargo que hoje nós assumimos, de modo que, não só o caminho percorrido, mas também o que foi realizado ao longo dele, nos credencia para a difícil tarefa que se apresenta.

Mas não é só.

É preciso dizer mais.

É preciso destacar que – se por uma lado reconhecemos que fomos distinguidos com a escolha, também enxergamos o momento como próprio e adequado para reassumir o compromisso de seguir com o mesmo empenho daquele primeiro dia da história profissional de cada um de nós, do primeiro dia da caminhada de cada um de nós e que nos trouxe a esse plenário na data de hoje.

E é com esse espírito que aqui nos apresentamos, senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, Sras e Srs. Desembargadores, e convidados.

Com a esperança renovada, com a certeza de que iremos somart nossas diferentes formas de ver o mundo (nossas circunstâncias) às diferentes formas de ver o mundo daqueles que já compõem este colegiado – e dos que aqui igualmente já estiveram – sempre com o objetivo de produzir decisões a uma só voz, visando sempre a necessidade de respeito ao Estado Democrático de Direito com tudo que essa feliz

expressão pode representar: compromisso com os direitos fundamentais, com os princípios republicanos, com a separação de poderes, com a legalidade e com a segurança jurídica.

Vivemos um período de transformações.

O poder se fragmenta e, em decorrência disso, o Estado aparenta perder sua centralidade.

Cada vez mais surgem espaços onde o poder estatal é questionado e, por vezes, posto de lado.

Mas é justamente nessa hora que não podemos deixar de olhar o passado: o que justificou a criação do Estado, e seus posteriores aperfeiçoamentos, foi exatamente a necessidade de controle do poder como mecanismo de fuga da barbárie, rumo ao processo civilizatório.

E aqui reside uma das missões mais complexas delegadas ao poder judiciário: buscar respeito à Constituição, documento que nos torna uma nação unida em uma série de princípios que, em última razão, busca assegirar a dignidade da pessoa humana.

Por fim, e não desimportante, mas justamente pelo contrário, para destacar o mais puro e profundo sentimento de afeto e gratidão, uma palavra aos familiares e amigos, que tomo emprestada de Mário Quintana:

Não desças os degraus dos sonhos

Para não despertar os monstros.

Não subas aos sótãos – onde

Os deuses, por trás das suas máscaras,

Ocultam o próprio enigma.

Não desças, não subas, fica.
O mistério está é na tua vida!
E é um sonho louco este nosso mundo...

Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é o motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A mágica presença das estrelas!

Vocês foram as estrelas nessa longa jornada. Muito obrigado.

RELAÇÃO DAS COMARCAS

DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Fórum da Comarca de Abelardo Luz
Av. Padre João Smedt, 1667 – Centro
CEP: 89830-000 — Abelardo Luz
Telefone: (49) 3445-8100

Fórum da Comarca de Anchieta
Av. Anchieta, 722 – Centro
CEP: 89970-000 – Anchieta
Telefone: (49) 3653-3000

Fórum da Comarca de Anita Garibaldi
Rua Vidal Ramos Júnior, s/n – Centro
CEP: 88590-000 – Anita Garibaldi
Telefone: (49) 3543-5300

Fórum da Comarca de Araquari
Rua Antonio Ramos Alvim, 500 – Centro
CEP: 89245-000 – Araquari
Telefone: (47) 3447-7500

Fórum da Comarca de Araranguá
Rua Cel. João Fernandes, 195 – Centro
CEP: 88900-000 – Araranguá
Telefone: (48) 3521-6000

Fórum da Comarca de Armazém
Rua Luiz Gonzaga Westrupp, 85 – Centro
CEP: 88740-000 – Armazém
Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra
Rua Benjamin Constant, 1097 – Centro
CEP: 89138-000 – Ascurra
Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú
Av. das Flores, s/n – Bairro dos Estados
CEP: 88339-900 – Balneário Camboriú
Telefone: (47) 3261-1700

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 Salete
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 Curitibanos
Rua Antônio Rossa, 241 – Centro
CEP: 89520-000 – Curitibanos
Telefone: (49) 3245-4500

Fórum da Comarca de Descanso
Rua Thomaz Koproski, 615 – Centro
CEP: 89910-000 – Descanso
Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira
Av. Washington Luís, 670 – Centro
CEP: 89950-000 – Dionísio Cerqueira
Telefone: (49) 3644-6200

Fórum da Comarca de Forquilhinha
Rua Ivo Manoel Menezzi, 44 – Centro
CEP: 88850-000 – Forquilhinha
Telefone: (48) 3463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo
Av. Curitibanos, 375 – Centro
CEP: 89580-000 – Fraiburgo
Telefone: (49) 3256-2100

Fórum da Comarca de Garopaba
Rua Santa Rita, 100 – Centro
CEP: 88495-000 – Garopaba
Telefone: (48) 3254-8300

Fórum da Comarca de Garuva
Av. Celso Ramos, 1226 – 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 — Saguaçu
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, 1.570 – Centro
CEP: 89180-000 – Rio do Oeste
Telefone: (47) 3543-9300

Fórum da Comarca de Rio do Sul
Rua Dom Bosco, 820 – Jardim América
CEP: 89160-000 – Rio do Sul
Telefone: (47) 3531-4700

Fórum da Comarca de Rio Negrinho
Rua Carlos Hantschel, 425 – Bela Vista
CEP: 89295-000 – Rio Negrinho
Telefone: (47) 3646-1700

Fórum da Comarca de Santa Cecília
Avenida XV de Novembro, s/n – Centro
CEP: 89540-000 – Santa Cecília
Telefone: (49) 3244-6505

Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul
Rua Raul José dos Santos, 120 – Centro
CEP: 88965-000 – Santa Rosa do Sul
Telefone: (48) 3534-8200

Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz
Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 – Centro
CEP: 88140-000 – Santo Amaro da Imperatriz
Telefone: (48) 3245-4000

Fórum da Comarca de São Bento do Sul
Av. São Bento, 401 – Rio Negro
CEP: 89290-000 – São Bento do Sul
Telefone: (47) 3631-1900

Fórum da Comarca de São Carlos
Rua La Salle, 243 – Centro
CEP: 89885-000 – São Carlos
Telefone: (49) 3325-1000

Fórum da Comarca de São Domingos
Rua Brasil, 285 – Centro
CEP: 89835-000 – São Domingos
Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul
Rua Coronel Oliveira, 289 – Centro
CEP: 89240-000 – São Francisco do Sul
Telefone: (47) 3471-1500

Fórum da Comarca de São João Batista
Rua Otaviano Dadam, 201 – Centro
CEP: 88240-000 – São João Batista
Telefone: (48) 3265-6300

Fórum da Comarca de São Joaquim
Rua Domingos Martorano, 302 – Centro
CEP: 88600-000 – São Joaquim
Telefone: (49) 3233-6000

Fórum da Comarca de São José
Rua Domingos André Zanini, 380 – Barreiros
CEP: 88117-905 – São José
Telefone: (48) 3287-5200

Fórum da Comarca de São José do Cedro
Rua Padre Aurélio, 235 – Centro
CEP: 89930-000 – São José do Cedro
Telefone: (49) 3643-6600

Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste
Rua Rui Barbosa, 446 – Perpétuo Socorro
CEP: 89990-000 – São Lourenço do Oeste
Telefone: (49) 3344-8200

Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste
Rua Marcílio Dias, 2070 – Centro
CEP: 89900-000 – São Miguel do Oeste
Telefone: (49) 3631-1500

Fórum da Comarca de Seara
Rua do Comércio, 171 – Centro
CEP: 89770-000 – Seara
Telefone: (49) 3452-8700

Fórum da Comarca de Sombrio
Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 – Centro
CEP: 88960-000 – Sombrio
Telefone: (48) 3533-6700

Fórum da Comarca de Taió
Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 – Centro
CEP: 89190-000 – Taió
Telefone: (47) 3562-8000

Fórum da Comarca de Tangará
Rua Luís Menoncin, 10 – Centro
CEP: 89642-000 – Tangará
Telefone: (49) 3532-7500

Fórum da Comarca de Tijucas
Rua Florianópolis, 130 – Centro
CEP: 88200-000 – Tijucas
Telefone: (48) 3263-8000

Fórum da Comarca de Timbó
Av. Getúlio Vargas, 736 – Centro
CEP: 89120-000 – Timbó
Telefone: (47) 3281-1700

Fórum da Comarca de Trombudo Central
Rua Emílio Graubner, 300 – Vila Nova
CEP: 89176-000 – Trombudo Central
Telefone: (47) 3544-8100

Fórum da Comarca de Tubarão
Rua Wenceslau Braz, 560 – Vila Moema
CEP: 88705-069 – Tubarão
Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo
Rua Nereu Ramos, 609 – Centro
CEP: 88930-000 – Turvo
Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da Comarca de Urubici
Rua Nereu Ramos, n. 200 – Centro
CEP: 88650-000 – Urubici
Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da Comarca de Urussanga
Rua Barão do Rio Branco, 115 – Centro
CEP: 88840-000 – Urussanga
Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da Comarca de Videira
Av. Manoel Roque, 268 – Alvorada
CEP: 89560-000 – Videira
Telefone: (49) 3533-4700

Fórum da Comarca de Xanxerê
Rua Victor Konder, 898 – Centro
CEP: 89820-000 – Xanxerê
Telefone: (49) 3441-7100

Fórum da Comarca de Xaxim
Rua Rui Barbosa, 385 – Centro
CEP: 89825-000 – Xaxim
Telefone: (49) 3353-9600

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

9143624-86.2015.8.24.0000 Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....179
9143618-79.2015.8.24.0000 Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....193
9130641-55.2015.8.24.0000 Caçador.....202

AÇÃO RESCISÓRIA

0140595-84.2015.8.24.0000 Laguna.....695

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL

0003265-65.2016.8.24.0079 Videira.....932

AGRAVO INTERNO

8000008-02.2017.8.24.0000/50000 Itajaí.....214

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

0144964-24.2015.8.24.0000 Santo Amaro da Imperatriz.....269
0025174-12.2016.8.24.0000 Itapema.....294
0033388-89.2016.8.24.0000 Lages.....378
0144238-50.2015.8.24.0000 Capital.....591
0150280-52.2014.8.24.0000 Criciúma.....637
0032990-45.2016.8.24.0000 Pomerode.....768

AGRAVOS REGIMENTAIS

5.875 (STF) Distrito Federal.....41
0025251-21.2016.8.24.0000/50000 Blumenau.....224
4014326-92.2016.8.24.0000/50001 Xanxerê.....258

APELAÇÕES CÍVEIS

0000096-93.2013.8.24.0073 Timbó.....575
0000319-45.2014.8.24.0062 São João Batista.....534
0001259-31.2010.8.24.0068 Seara.....246
0002064-81.2006.8.24.0081 Xaxim.....743
0002229-96.2011.8.24.0035 Ituporanga.....481
0002353-41.2013.8.24.0025 Gaspar.....467
0002574-39.2013.8.24.0020 Criciúma.....521
0002659-93.2011.8.24.0020 Criciúma.....355
0002843-73.2013.8.24.0054 Rio do Sul.....419
0003031-58.1996.8.24.0023 Capital.....553
0003588-79.2009.8.24.0026 Guaramirim.....488
0007885-10.2012.8.24.0064 São José.....680
0008174-58.2013.8.24.0079 Videira.....786
0009052-97.2010.8.24.0075 Tubarão.....606
0011938-91.2012.8.24.0045 Palhoça.....779
0012303-80.2009.8.24.0036 Jaraguá do Sul.....319
0017702-70.2011.8.24.0020 Criciúma.....704
0018029-50.2013.8.24.0018 Chapecó.....229
0018908-02.2010.8.24.0038 Joinville.....275
0300212-91.2015.8.24.0061 São Francisco do Sul.....724
0300669-26.2015.8.24.0061 São Francisco do Sul.....613

0300953-40.2014.8.24.0135 Navegantes.....443
0301563-26.2016.8.24.0074 Trombudo Central.....664
0302847-83.2015.8.24.0113 Camboriú.....473
0304373-68.2015.8.24.0054 Rio do Sul.....335
0305695-60.2015.8.24.0075 Tubarão.....431
0311341-65.2015.8.24.0038 Joinville.....314
0317783-92.2015.8.24.0023 Capital.....686
0500453-52.2013.8.24.0061 São Francisco do Sul.....735
0501304-81.2012.8.24.0011 Brusque.....648
0503650-03.2011.8.24.0023 Capital.....512
0900259-13.2013.8.24.0020 Criciúma.....717

APELAÇÕES CRIMINAIS

0000488-55.2015.8.24.0043 Mondaí.....944
0001106-47.2014.8.24.0071 Tangará.....916
0001578-91.2015.8.24.0013 Campo Erê.....963
0003337-84.2016.8.24.0036 Jaraguá do Sul.....88
0805802-95.2014.8.24.0038 Joinville.....837

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

1001524-16.2016.8.24.0000 Capital.....801

EXTRADIÇÃO

1.485 (STF) Distrito Federal.....27

HABEAS CORPUS

127.924 (STF) Pernambuco.....34

4011044-12.2017.8.24.0000 Capital.....908

RECURSO ESPECIAL

1.338.942 (STJ) São Paulo.....70

1.459.597 (STJ) Santa Catarina.....63

1.628.974 (STJ) São Paulo.....88

REVISÃO CRIMINAL

4001360-97.2016.8.24.0000 Taió.....826

SENTENÇAS

0008775-03.2016.8.24.0033.....975

0011137-80.2013.8.24.0033.....1002

0015251-04.2009.8.24.0033.....1020

SUSPENSÃO DE LIMINAR

4005362-76.2017.8.24.0000 Capital.....167

ÍNDICE POR ASSUNTO

ABANDONO AFETIVO.....335

ABANDONO MATERIAL.....335

AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....214, 779

AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL..... 613

AÇÃO DE ALIMENTOS.....335

AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO.....473

AÇÃO DE EXECUÇÃO.....664, 680

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS.....488, 229, 258, 319, 786

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.....488, 275, 314, 521, 686, 786, 512

AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL.....467

AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES.....686

AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA.....246

AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA.....419

AÇÃO DECLARATÓRIA.....481

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE...179, 193, 202

AÇÃO INDENIZATÓRIA.....229, 314, 302, 613

AÇÃO MONITÓRIA..... 88

AÇÃO RENOVATÓRIA DE LOCAÇÃO COMERCIAL.....378

ACIDENTE DE TRÂNSITO.....473, 488

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL.....932

AGRAVO DE INSTRUMENTO.....269, 294, 378, 591, 637, 768

AGRAVO INTERNO.....214,224, 258

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA.....258

AGRAVO RETIDO.....275, 613, 786

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....167

APELAÇÃO CÍVEL.....575, 534, 246, 743, 481, 467, 521, 355, 419, 553, 488, 680, 786, 606, 779, 319, 704, 229, 275, 724, 613, 443, 664, 473, 335, 431, 314, 686, 765, 648, 512, 717

APELAÇÃO CRIMINAL.....944, 916, 888, 963, 837

ASTREINTES.....553

ATO JURÍDICO PERFEITO.....613, 355

BIS IN IDEM.....534, 801

CASSINO.....88

CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO.....648, 680

CERCEAMENTO DE DEFESA.....88, 419, 481

CÓDIGO CIVIL

- ART. 206.....473, 575, 613

- ART. 402.....799

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....294, 512, 521, 575, 613

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA.....735

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

- ART. 85.....488, 613

- ART. 966.....214

- ART. 1.021.....214

CÓDIGO PENAL

- ART. 121.....34, 944

- ART. 212.....944

- ART. 288.....34

CONTAMINAÇÃO DO LENÇOL FREÁTICO.....214

CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL.....467

CONTRATO DE CONVIVÊNCIA PARTICULAR.....63

COOPERATIVA DE CRÉDITO.....294

CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA.....70

DANOS AMBIENTAIS.....229

DANOS ESTRUTURAIS EM IMÓVEL.....302

DANOS ESTÉTICOS.....31

DANOS MATERIAIS.....229, 488

DANOS MORAIS.....275, 314, 488, 686,786

DELITO CONTRA A HONRA......41

DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM HABILITAÇÃO.... 963

DIREITOADMINISTRATIVO.....193

EMBARGOS À EXECUÇÃO.....534, 606

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE.....801

ERRO MÉDICO.....314

ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....837

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.....591, 717

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL.....534, 553

EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.....591

EXTRADIÇÃO PASSIVA.....27

FALTA DE INTERESSE DE AGIR.....258

FEMINICÍDIO.....944

FORMAÇÃO DE QUADRILHA.....34

HABEAS CORPUS.....34, 908

HOMICÍDIO.....27, 34, 888, 908, 944

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....743

IN DUBIO PRO REO.....743

INDENIZAÇÃO POR INVALIDEZ PERMANENTE POR ACIDENTE.....473

INSS.....704

INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA.....521

INVERSÃO DE ÔNUS DA PROVA.....319, 419

IPVA.....717

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE.....473, 88, 481

LUCROS CESSANTES.....488, 686, 786

MAUS TRATOS.....916

MEDIDAS CAUTELARES.....801

OBRIGAÇÃO DE FAZER.....355, 613

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS.....174

PENHORA.....378

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO.....826

PREJUÍZOS NA ATIVIDADE PESQUEIRA.....229

PREQUESTIONAMENTO.....591

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA......246

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....246

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DE PODERES.....214

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À MORADIA..246

PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE.....229

PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.....214

PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO.....193

PRISÃO CAUTELAR.....27

PRISÃO PREVENTIVA.....34, 801

QUEIXA-CRIME.....41

REEXAME NECESSÁRIO.....704, 686

REGISTRO DE PESSOA JURÍDICA.....70

REINTEGRAÇÃO DE POSSE.....269

RESPONSABILIDADE CIVIL.....229, 214, 488

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL.....431

REVISÃO CONTRATUAL.....648

REVISÃO CRIMINAL.....826

SEGURO......302, 473, 481

SUSPENSÃO DE LIMINAR.....167

SUSPENSÃO DO CONTRATO DE EMERGÊNCIA.....224

SUSPENSÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....224

TORTURA.....888

TRÁFICO DE DROGAS.....908, 975

USINA HIDRELÉTRICA.....229

VÍCIOSAPARENTES.....512

VILIPÊNDIO A CADÁVER.....944

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alexandre d'Ivanenko.....167
André Luiz Dacol.....521
Artur Jenichen Filho.....224
Carlos Adilson Silva.....717
Carlos Roberto da Silva.....229
Celso de Mello.....27
Cid José Goulart Júnior.....743
Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer.....963
Cláudia Lambert de Faria.....467
Denise de Souza Luiz Francoski.....637
Denise Volpato.....488
Dinart Francisco Machado.....591
Domingos Paludo.....269
Ernani Guetten de Almeida.....916
Fernando Carioni.....202
Gilberto Gomes de Oliveira.....735
Guilherme Nunes Born.....534
Henry Goy Petry Junior.....446
Hildemar Meneguzzi de Carvalho.....214 e 908
Jaime Luiz Vicari.....1031
Jânio de Souza Machado.....680
João Batista Góes Ulysséa.....314
João Henrique Blasi.....786
Joel Dias Figueira Júnior.....258 e 419
Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço.....944
Rosane Portella Wolff.....473
Rubens Schulz.....481
Rui Francisco Barreiros Fortes.....826
Saul Steil.....275 e 319
Sebastião César Evangelista.....294
Sérgio Antônio Rizelo.....885

Sérgio Izidoro Heil.....174
Soraya Nunes Lins.....686
Stanley da Silva Braga.....512
Tulio José Moura Pinheiro.....613
Volnei Celso Tomazini.....801

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

Diretoria de Infraestrutura – Divisão de Artes Gráficas
Projeto gráfico, editoração eletrônica, impressão e acabamento

SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159

Assinado de forma digital por SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159
Dados: 2024.07.05 12:43:10 -03'00'

Projeto gráfico, impressão e acabamento: Divisão de Artes Gráficas – DIE