

# JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE



PODER JUDICIÁRIO  
de Santa Catarina

2018  
136

Edição Eletrônica

**JURISPRUDÊNCIA**

---

**CATARINENSE**

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

---

Ano XLIV — 1º semestre de 2018 — N. 136 — Florianópolis — SC — 2018

## **JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE**

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

### **Diretor**

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

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

Des. Moacyr de Moraes Lima Filho – Presidente

Desembargador Gerson Cherem II

Juiz de Direito Renato Guilherme Gomes Cunha

---

Jurisprudência Catarinense/Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. – v. 1, n. 1

(jul./set. 1973) – Florianópolis: TJSC, 1973.

21 cm.

Semestral.

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

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

ISSN: 1981-402X.

1. Santa Catarina. 2. Tribunal de Justiça. 3. Jurisprudência – Santa Catarina.

I. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. II. Título.

## **SUMÁRIO**

6	<b>COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>
22	<b>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>
43	<b>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>
87	<b>TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA</b>
88	Primeira Vice-Presidência
115	Segunda Vice-Presidência
137	Terceira Vice-Presidência
149	Conselho da Magistratura
175	Órgão Especial
202	Câmara Civil Especial
221	Câmara Especial Regional de Chapecó
298	Grupo de Câmaras de Direito Civil
344	Primeira Câmara de Direito Civil
427	Segunda Câmara de Direito Civil
460	Terceira Câmara de Direito Civil
563	Quarta Câmara de Direito Civil
604	Quinta Câmara de Direito Civil
630	Sexta Câmara de Direito Civil
714	Grupo de Câmaras de Direito Comercial
840	Primeira Câmara de Direito Comercial
874	Segunda Câmara de Direito Comercial
918	Terceira Câmara de Direito Comercial

980	Quarta Câmara de Direito Comercial
1043	Quinta Câmara de Direito Comercial
1074	Grupo de Câmaras de Direito Público
1109	Primeira Câmara de Direito Público
1144	Segunda Câmara de Direito Público
1175	Terceira Câmara de Direito Público
1223	Quarta Câmara de Direito Público
1340	Quinta Câmara de Direito Público
1378	Seção Criminal
1429	Primeiro Grupo de Direito Criminal
1464	Segundo Grupo de Direito Criminal
1528	Primeira Câmara Criminal
1591	Segunda Câmara Criminal
1732	Terceira Câmara Criminal
1782	Quarta Câmara Criminal
1803	Quinta Câmara Criminal
<b>1893</b>	<b>PRIMEIRO GRAU</b>
<b>2026</b>	<b>ARTIGOS</b>
<b>2074</b>	<b>DISCURSOS</b>
<b>2090</b>	<b>RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA</b>
<b>2111</b>	<b>ÍNDICE NUMÉRICO</b>
<b>2119</b>	<b>ÍNDICE POR ASSUNTO</b>
<b>2134</b>	<b>ÍNDICE ONOMÁSTICO</b>

# COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

---

## **COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

(dezembro de 2018)

### **Presidente**

Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO

### **Primeiro Vice-Presidente**

Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

### **Segundo Vice-Presidente**

Desembargador CARLOS ADILSON SILVA

### **Terceiro Vice-Presidente**

Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA

### **Corregedor-Geral da Justiça**

Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR

### **Vice-Corregedor-Geral da Justiça**

Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO



## **DESEMBARGADORES**

Desembargador PEDRO MANOEL ABREU  
Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA  
Desembargador 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  
Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA  
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES  
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS  
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA  
Desembargador CID José GOULART Júnior  
Desembargador JAIME RAMOS  
Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO  
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO  
Desembargador 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 TULLIO José Moura PINHEIRO  
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI  
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA  
Desembargador RICARDO José ROESLER  
Desembargador ROBSON LUZ VARELLA  
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO  
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO  
Desembargadora DENISE VOLPATO  
Desembargador GETÚLIO CORRÊA  
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA  
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA  
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA  
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO  
Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA  
Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA  
Desembargador SAUL STEIL  
Desembargador NEWTON VARELLA JÚNIOR  
Desembargador RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI  
Desembargador ODSON CARDOSO FILHO  
Desembargador GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA  
Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA  
Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI  
Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA  
Desembargador LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN  
Desembargador JÚLIO CÉSAR KNOLL  
Desembargadora VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI  
Desembargadora JANICE GOULART GARCIA UBIALLI  
Desembargadora CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA  
Desembargador RUBENS SCHULZ  
Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO  
Desembargador ANDRÉ CARVALHO  
Desembargadora CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER  
Desembargador JORGE LUIS COSTA BEBER  
Desembargador GUILHERME NUNES BORN  
Desembargador LUIZ ZANELATO

Desembargador ANDRÉ LUIZ DACOL  
Desembargador JAIME MACHADO JÚNIOR  
Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA  
Desembargador GERSON CHEREM II  
Desembargador DINART FRANCISCO MACHADO  
Desembargadora ROSANE PORTELLA WOLFF  
Desembargadora DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCO SKI  
Desembargador ARTUR JENICHEN FILHO  
Desembargador VILSON FONTANA  
Desembargador LUIZ CESAR SCHWEITZER  
Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA  
Desembargador NORIVAL ACÁCIO ENGEL  
Desembargador PAULO RICARDO BRUSCHI  
Desembargador HELIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS  
Desembargador JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO  
Desembargador JOSÉ AGENOR DE ARAGÃO  
Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA  
Desembargador ARIIVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA  
Desembargadora HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO  
Desembargador ÁLVARO LUIZ PEREIRA DE ANDRADE

### **JUÍZES DE DIREITO DE SEGUNDO GRAU**

Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI  
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 RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO – 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  
Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA  
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES  
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS  
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA  
Desembargador CID José GOULART Júnior  
Desembargador JAIME RAMOS  
Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO  
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO  
Desembargador 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 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 CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA  
Desembargador RUBENS SCHULZ  
Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO  
Desembargador ANDRÉ CARVALHO  
Desembargadora CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER  
Desembargador JORGE LUIS COSTA BEBER  
Desembargador GUILHERME NUNES BORN  
Desembargador LUIZ ZANELATO  
Desembargador ANDRÉ LUIZ DACOL  
Desembargador JAIME MACHADO JÚNIOR  
Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA  
Desembargador GERSON CHEREM 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 DE ARAGÃO  
Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA  
Desembargador ARIIVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA  
Desembargadora HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO  
Desembargador ÁLVARO LUIZ PEREIRA DE ANDRADE

### **ÓRGÃO ESPECIAL**

Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO – Presidente  
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU  
Desembargador NEWTON TRISOTTO  
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS  
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ  
Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES  
Desembargador FERNANDO CARIONI  
Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO  
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS  
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA  
Desembargador JAIME RAMOS  
Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO  
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS  
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL  
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO  
Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI  
Desembargadora SORAYA NUNES LINS  
Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR  
Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA  
Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO  
Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA  
Desembargador JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

### **CÂMARA DE AGRAVOS INTERNOS EM RECURSOS CONSTITUCIONAIS**

Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO – Presidente

Desembargador CARLOS ADILSON SILVA  
Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA

### **CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ – CERC**

Desembargador GUILHERME NUNES BORN – 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 HELIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS – Presidente  
Desembargador JOSÉ AGENOR DE ARAGÃO  
Desembargador ARIIVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA  
Desembargadora HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO  
Desembargador ÁLVARO LUIZ PEREIRA DE ANDRADE

### **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 TULLIO SARTORATO  
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES  
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA  
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR  
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING  
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES  
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 CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA  
Desembargador RUBENS SCHULZ  
Desembargador ANDRÉ CARVALHO

Desembargador JORGE LUIS COSTA BEBER  
Desembargador ANDRÉ LUIZ DACOL  
Desembargador GERSON CHEREM II  
Desembargadora ROSANE PORTELLA WOLFF

### **PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL**

Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING – Presidente  
Desembargador ANDRÉ CARVALHO  
Desembargador JORGE LUIS COSTA BEBER

### **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 – Presidente  
Desembargador RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI  
Desembargador GERSON CHEREM II  
Desembargadora ROSANE PORTELLA WOLFF  
Desembargador JOSÉ AGENOR DE ARAGÃO

### **QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL**

Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS – Presidente  
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES  
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES  
Desembargadora CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA



## **SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL**

Desembargadora DENISE VOLPATO – Presidente  
Desembargador 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 José Antônio TORRES MARQUES  
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS  
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL  
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER  
Desembargadora REJANE ANDERSEN  
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO  
Desembargadora SORAYA NUNES LINS  
Desembargador TULIO José Moura PINHEIRO  
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA  
Desembargador ROBSON LUZ VARELLA  
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO  
Desembargador NEWTON VARELLA JÚNIOR  
Desembargador GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA  
Desembargadora JANICE GOULART GARCIA UBIALLI  
Desembargador GUILHERME NUNES BORN  
Desembargador LUIZ ZANELATO  
Desembargador JAIME MACHADO JÚNIOR  
Desembargador DINART FRANCISCO MACHADO

## **PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL**

Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS – Presidente  
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO  
Desembargador GUILHERME NUNES BORN

## **SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL**

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

### **TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL**

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

### **QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL**

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES – Presidente  
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL  
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER  
Desembargadora JANICE GOULART GARCIA UBIALLI

### **QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL**

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

### **GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO**

Desembargador PEDRO MANOEL ABREU  
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ – Presidente  
Desembargador CID José GOULART Júnior  
Desembargador JAIME RAMOS  
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 ODSON CARDOSO FILHO  
Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA  
Desembargador JÚLIO CÉSAR KNOLL  
Desembargadora VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI  
Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO  
Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA  
Desembargadora DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI  
Desembargador ARTUR JENICHEN FILHO  
Desembargador VILSON FONTANA

Desembargador PAULO RICARDO BRUSCHI

### **PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

Desembargador PEDRO MANUEL ABREU – 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

Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Desembargador CID José GOULART Júnior

Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO – Presidente

### **TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

Desembargador RICARDO José ROESLER – Presidente

Desembargador JAIME RAMOS

Desembargador RONEI DANIELLI

Desembargador JÚLIO CÉSAR KNOLL

### **QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ – Presidente

Desembargador ODSO CARDOSO FILHO

Desembargadora VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI

Desembargador PAULO RICARDO BRUSCHI

### **QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA – Presidente

Desembargadora DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI

Desembargador ARTUR JENICHEN FILHO

Desembargador VILSON FONTANA

### **SEÇÃO CRIMINAL**

Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA

Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO – Presidente

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 BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER  
Desembargador LUIZ CÉSAR SCHWEITZER  
Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA  
Desembargador NORIVAL ACÁCIO ENGEL  
Desembargador JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO  
Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA

### **PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL**

Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO – Presidente  
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS  
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO  
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO  
Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA  
Desembargador LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN  
Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA  
Desembargador NORIVAL ACÁCIO ENGEL  
Desembargador JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

### **SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL**

Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA – Presidente  
Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO  
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI  
Desembargador GETÚLIO CORRÊA  
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA  
Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI  
Desembargadora CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER  
Desembargador LUIZ CÉSAR SCHWEITZER  
Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA

## **PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL**

Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO – Presidente  
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI  
Desembargador JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

## **SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL**

Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA  
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO – Presidente  
Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI  
Desembargador NORIVAL ACÁCIO ENGEL

## **TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL**

Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA – Presidente  
Desembargador LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN  
Desembargador GETÚLIO CORRÊA

## **QUARTA CÂMARA CRIMINAL**

Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO – Presidente  
Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA  
Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA

## **QUINTA CÂMARA CRIMINAL**

Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS – Presidente  
Desembargadora CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER  
Desembargador LUIZ CÉSAR SCHWEITZER  
Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA

## **CONSELHO DA MAGISTRATURA**

Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO – Presidente  
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO – 1º Vice-Presidente  
Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR – Corregedor-Geral da Justiça  
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA – 2º Vice-Presidente  
Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA – 3º Vice-Presidente  
Desembargador LUIZ ZANELATO  
Desembargador GERSON CHEREM II  
Desembargadora DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI  
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

Desembargador ARTUR JENICHEN FILHO  
Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA  
Desembargador HÉLIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS

### **COORDENADORIA DE MAGISTRADOS**

Juiz de Direito RAFAEL GERMER CONDÉ

### **JUÍZES CORREGEDORES**

Juiz Corregedor RICARDO RAFAEL DOS SANTOS  
Juiz Corregedor ORLANDO LUIZ ZANON  
Juíza Corregedora SÔNIA EUNICE ODWAZNY  
Juiz Corregedor MARCO AUGUSTO GHISI MACHADO  
Juiz Corregedor RODRIGO TAVARES MARTINS

### **JUÍZES AUXILIARES DA PRESIDÊNCIA**

Juiz Auxiliar LAUDENIR FERNANDO PETRONCINI  
Juiz Auxiliar CLÁUDIO BARBOSA FONTES FILHO  
Juíza Auxiliar CAROLINA RANZOLIN NERBASS FRETA

### **JUIZ AUXILIAR DA PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA**

Juiz Auxiliar RENATO GUILHERME GOMES CUNHA

### **CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA**

CARLOS ANDRÉ CARLINI

### **DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO**

RODRIGO GRANZOTO PERON

### **DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO**

MAURÍCIO WALENDOWSKY SPRÍCIGO

**SUPREMO TRIBUNAL**

---

**FEDERAL**

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM  
AGRAVO 1.107.171 SANTA CATARINA**

RELATOR: MIN. PRESIDENTE

AGTE. (S): ESPÓLIO DE ALAN JHONES KRUGER E OUTRO  
(A/S)

ADV. (A/S): ARÃO DOS SANTOS

AGDO. (A/S): BANCO BRADESCO SA

ADV. (A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

**EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL NA ORIGEM: AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE RECURSO PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA: SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MULTA APLICADA NO PERCENTUAL DE 1%, CONFORME O § 4º DO ART. 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental e aplicar a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil no percentual de 1%, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 13 de abril de 2018.



Ministra CÁRMEN LÚCIA  
Presidente

## RELATÓRIO

### A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Presidente):

1. Em 27.2.2018, neguei seguimento ao recurso extraordinário com agravo interposto por Espólio de Alan Jhones Kruger e outros contra a aplicação da sistemática da repercussão geral na origem e por incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal (doc. 5).

2. Publicada essa decisão no DJe de 5.3.2018, Espólio de Alan Jhones Kruger e outros interpuseram, em 9.3.2018, tempestivamente, agravo regimental (doc. 6).

3. Os agravantes argumentam que, “desde o início, a parte Agravante destacou que não se pretende com o presente recurso extraordinário revolver a matéria fática, mas sim, se busca a interpretação jurídica quanto à cláusula contratual da boa-fé quanto à expropriação do único imóvel de família, demonstrando, além da violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, vez que abusivo o ato realizado pela Agravada, mas também a impenhorabilidade do único bem de família, nos termos do artigo 1º, da Lei nº 8.009/1990, bem como frente à interpretação equivocada dada à Lei nº 9.514/1997, cumulado com a afronta ao artigo 5º, incisos XXII, XXXV, LIV, LV, da Constituição Federal” (fl. 3, doc. 6).

Alegam “que a matéria vinculada ao Recurso Extraordinário subjacente possui Repercussão Geral. Isto porque, a Agravante da forma como os autos foram julgados em seu desfavor, foi ceifada no seu direito constitucional ao contraditório e ampla defesa, bem como do devido processo legal, em clara violação ao art. 5º, incisos

LIV e LV, da Constituição Federal” (sic, fl. 10, doc. 6).

Asseveram que “deverá ser recebido o presente Recurso Extraordinário, notadamente pelo fato da tese jurídica ultrapassar o interesse subjetivo dos Recorrente, tendo em vista que o julgamento do presente Recurso Extraordinário irá repercutir em várias demandas judiciais que já se encontram tramitando, existindo assim, portanto, a Repercussão Geral da matéria constitucional suscitada” (sic, fl. 14, doc.6).

Requerem

“a retratação da decisão ora agravada, ou em assim não entendendo, que seja o processo apresentado em mesa, proferindo o voto, garantindo-se provimento ao presente Agravo Interno, haja vista trata-se de matéria distinta do que aqui discutido, pelos motivos acima expostos, com o que estará garantindo, uma vez mais, a distribuição da necessária justiça” (fl. 14, doc. 6)

4. Em 14.3.2018, a Seção de Agravos certificou não ter sido concedida vista ao agravado para apresentar contrarrazões por ausência de representação nos autos (doc. 9).

É o relatório.

## VOTO

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Presidente):**

1. Razão jurídica não assiste aos agravantes.
2. Quanto à aplicação da repercussão geral na origem, o Terceiro

Vice-Presidente do Tribunal de Justiça Santa Catarina assentou:

“Imperativo dizer que o Pretório Excelso, quando do julgamento do ARE n. 748.371 (Tema 660), reconheceu a ausência de repercussão geral das matérias versadas no presente recurso extraordinário (art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da CF/88), conforme se infere da seguinte ementa: Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral (STF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, ARE n. 748.371/MT, DJe 06/06/2013)” (fl. 17, doc. 3).

Este Supremo Tribunal assentou não caber recurso ou outro instrumento processual para o Supremo Tribunal Federal contra decisão pela qual se aplica a sistemática da repercussão geral na origem. Confirmam-se os seguintes julgados:

“Questão de Ordem. Repercussão Geral. Inadmissibilidade de agravo de instrumento ou reclamação da decisão que aplica entendimento desta Corte aos processos múltiplos. Competência do Tribunal de origem. Conversão do agravo de instrumento em agravo regimental. 1. Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral. 2. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação. 3. A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto assentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida. 4. Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem” (AI n. 760.358-QO, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 12.2.2010).

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM

AGRAVO. APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO PREVISTO NO ART. 544 DO CPC/1973. NÃO CABIMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. CABIMENTO SOMENTE PARA OS RECURSOS INTERPOSTOS ANTES DE 19/11/2009. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - Não é cabível agravo para a correção de suposto equívoco na aplicação da repercussão geral, consoante firmado no julgamento do AI 760.358-QO/SE, Rel. Min. Gilmar Mendes. II - A aplicação do princípio da fungibilidade recursal, com a devolução dos autos para julgamento pelo Tribunal de origem como agravo regimental, só é cabível nos processos interpostos antes de 19/11/2009. III - Agravo interno a que se nega provimento” (ARE n. 952.337-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe 6.9.2016). 4. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.

3. Quanto à alegação dos agravantes de a cédula de crédito bancário ter sido garantida por bem de família, o Tribunal de Justiça decidiu:

“(…) a notificação encaminhada, em 14.08.2015, pelo Ofício de Registro de Imóveis de Jaraguá do Sul/SC à Donaldo Waldemar Kruger revela 1) a inadimplência no pagamento das prestações do mencionado ajuste, sendo o débito no valor de R\$ 27.413,07; 2) a ocorrência de sua intimação para que purgasse a dívida, no prazo improrrogável de 15 (quinze) dias; 3) que o não cumprimento da referida obrigação, ‘[...] garante o direito de consolidação da propriedade do imóvel em favor do credor fiduciário – Banco Bradesco S.A. - nos termos do art. 26, § 7º, da lei n. 9.514/97’ (fl. 63).

Trata-se, a evidência, de procedimento expropriatório regular e baseado na Lei n. 9.514 de 20.11.1997, que, entre outros, dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel. (...)

A alienação do imóvel por livre vontade do proprietário, por si, impede a alegação de impenhorabilidade sob o argumento de ser bem de família,

visto que, após a averbação da garantia, o bem não mais pertence ao devedor e sim ao estabelecimento bancário.

Dessa forma, inaplicável, in casu, a Lei n. 8.009/1990 e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de ser inadmissível constrição sobre bem de família dado em hipoteca como garantia de dívida contraída por terceiro, a realização da venda extrajudicial do bem leilão mostra-se plenamente cabível, observado o procedimento contido na Lei n. 9.514 de 20.11.1997” (fls. 27-30, vol. 2).

A apreciação do pleito recursal demandaria o reexame do conjunto probatório dos autos, procedimento incabível em recurso extraordinário, conforme disposto na Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Assim, por exemplo:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA PROBATÓRIA. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF NO ARE 639.228-RG. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. BEM DE FAMÍLIA. AVALIAÇÃO. PENHORABILIDADE. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL.

INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICOPROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 279 DO STF. INCIDÊNCIA. APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A AGENTES POLÍTICOS. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO” (ARE n. 928.876-AgR, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15.3.2016).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. SÚMULA 279 DO STF. REQUISITO

DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO DE CORTE DIVERSA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. DESPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. É inadmissível o recurso extraordinário quando para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o Tribunal de origem, seja necessário o reexame das provas dos autos. Incidência da Súmula 279 do STF. 2. Carece de repercussão geral a discussão acerca dos pressupostos de admissibilidade de recursos da competência de cortes diversas (Tema 181, RE 598.365). 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Verba honorária majorada em ¼ (um quarto), nos termos do art. 85, § 11, devendo ser observados os §§ 2º e 3º CPC” (ARE n. 1.015.880-AgR, Relator o Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 27.10.2017).

“Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Civil e Processual Civil. 3. Impenhorabilidade. Bem de família. Matéria infraconstitucional. Necessidade do revolvimento do conjunto fático-probatório. Súmula 279. 4. Ausência de fundamentação do acórdão recorrido. Improcedência. AI-QO-RG 791.292. 5. Violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Ofensa reflexa. ARE-RG 748.371. 6. Agravo regimental a que se nega provimento” (ARE n. 938.173-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 26.4.2016).

4. Os argumentos dos agravantes, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

5. Pelo exposto, **nego provimento ao agravo regimental, aplico a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil no percentual de 1% e deixo de aplicar o § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil por ausência de condenação anterior em honorários advocatícios.**

**HABEAS CORPUS 122.560 SANTA CATARINA****RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO****PACTE.(S): ANTÔNIO ROSSI****IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO****PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL****COATOR (A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

TIPO PENAL - PRÁTICA DELITUOSA – CIRCUNSTÂNCIAS. As circunstâncias da prática delituosa não afastam a configuração do tipo penal, repercutindo na fixação da pena.

MEIO AMBIENTE – DANO – PEQUENO VALOR. A natureza do bem protegido afasta a construção jurisprudencial do crime de bagatela.

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em indeferir a ordem, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Alexandre de Moraes, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 8 de maio de 2018.

Ministro MARCO AURÉLIO - RELATOR

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Adoto, como relatório, as informações prestadas pela assessora Dra. Mariana Madera Nunes:

O paciente foi denunciado ante a suposta prática do delito previsto no artigo 34, cabeça e parágrafo único, inciso II (pesca mediante método de arrasto motorizado em período de defeso), da Lei nº 9.605/1998. O Juízo da Primeira Vara Federal de Joinville/SC, no processo nº 2007.72.01.000618-8, absolveu o acusado, reportando-se ao disposto no artigo 386, inciso III (não constituir o fato infração penal), do Código de Processo Penal. Fez incidir o princípio da insignificância, tendo como inexpressiva a lesão causada ao meio ambiente – 7 quilos de camarão. Concluiu suficiente a apreensão do material utilizado na pesca.

A Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao prover o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal, condenou o paciente a 1 ano de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa. Assentou a inadequação do princípio da bagatela à matéria ambiental, consignando a titularidade difusa do bem jurídico. Destacou tratar-se de crime formal, afirmando dispensável aferir a extensão do dano.

Chegou-se ao Superior Tribunal de Justiça com o recurso especial nº 1.404.284/SC. A Relatora dele não conheceu, aludindo ao artigo 34, inciso VII, do Regimento Interno do próprio Tribunal. Formalizado agravo, foi desprovido pela Sexta Turma. Embargos declaratórios não alcançaram êxito. A decisão condenatória transitou em julgado no dia 10 de junho de 2014.

A Defensoria Pública da União argumenta o cabimento do princípio da insignificância, sustentando irrelevante o dano ambiental causado pela pesca de 7 quilos de camarão. Menciona precedentes do Supremo acerca do reconhecimento da atipicidade material de delitos cometidos contra o meio ambiente. Segundo aduz, a inobservância do princípio, tendo em vista o bem jurídico violado, aproxima-se



da responsabilização penal objetiva. Enfatiza a valoração positiva da circunstância judicial da culpabilidade, por ocasião da condenação, e a primariedade do paciente. Tem como punição suficiente a apreensão das duas redes de arrasto utilizadas na pesca.

Requer a absolvição do paciente, dizendo pertinente o princípio da bagatela.

Ante a ausência de explicitação do pedido de implemento de liminar, Vossa Excelência determinou fosse colhido o parecer do Ministério Público Federal.

A Procuradoria-Geral da República opina pelo indeferimento da ordem, apontando que a conduta do paciente colocou em risco o equilíbrio ecológico e a reprodução da espécie, desconsiderando o uso sustentável dos recursos naturais.

Lancei visto no processo em 23 de abril de 2018, liberando-o para exame na Turma a partir de 8 de maio seguinte, isso objetivando a ciência da impetrante.

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):  
Observem a organicidade do Direito. Descabe vislumbrar ilegalidade no cerceamento da liberdade de ir e vir do paciente, no que glosada a pesca de 7 quilos de camarão durante período de reprodução da espécie, mediante utilização de método não permitido – arrasto motorizado –, crime versado no artigo 34, cabeça e parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.605/1998. Eis o teor do preceito:

Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

[...]

II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

Como, então, sustentar a atipicidade da conduta? A quantidade de camarão pescado mostra-se neutra à tipificação do delito, devendo repercutir na fixação da pena.

Indefiro a ordem.

**HABEAS CORPUS 154.390 SANTA CATARINA****RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI****PACTE. (S): JORGE LUIZ DA SILVA****IMPTE. (S): FLUVIA SAMUEL DE ALMEIDA E OUTRO (A/S)****COATOR (A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA****EMENTA**

Habeas corpus. Penal. Posse ilegal de munição de uso restrito. Artigo 16 da Lei nº 10.826/03. Condenação transitada em julgado. Impetração utilizada como sucedâneo de revisão criminal. Possibilidade em hipóteses excepcionais, quando líquidos e incontroversos os fatos postos à apreciação da Corte. Precedente da Segunda Turma. Cognoscibilidade do habeas corpus. Pretendido reconhecimento do princípio da insignificância. Possibilidade, à luz do caso concreto. Paciente que guardava em sua residência uma única munição de fuzil (calibre 762). Ação que não tem o condão de gerar perigo para a sociedade, de modo a contundir o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Precedentes. Atipicidade material da conduta reconhecida. Ordem concedida.

1. A decisão que se pretende desconstituir transitou em julgado, sendo o writ, portanto, manejado como sucedâneo de revisão criminal (v.g. RHC nº 110.513/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 18/6/12).

2. Todavia, a Segunda Turma (RHC nº 146.327/RS, Relator o Ministro Gilmar Mendes, julgado em 27/2/18) assentou, expressamente, a cognoscibilidade de habeas corpus manejado em face de decisão já transitada em julgado em hipóteses excepcionais, desde que líquidos e

incontroversos os fatos postos à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

3. O conhecimento da impetração bem se amolda ao julgado paradigma.

4. O paciente foi condenado pelo delito de posse de munição de uso restrito (art. 16 da Lei nº 10.826/03), sendo apenado em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 11 dias multa.

5. Na linha de precedentes, o porte ilegal de arma ou munições é crime de perigo abstrato, cuja consumação independente de demonstração de sua potencialidade lesiva.

6. A hipótese retratada autoriza a mitigação do referido entendimento, uma vez que a conduta do paciente de manter em sua posse uma única munição de fuzil (calibre 762), recebida, segundo a sentença, de amigos que trabalharam no Exército, não tem o condão de gerar perigo para a sociedade, de modo a contundir o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

7. É certo que a sentença condenatória reconheceu a reincidência do paciente. Porém, bem apontou a Procuradoria-Geral da República que a questão “está pendente de análise em sede de revisão criminal, porque, ao que parece, a condenação que gerou a reincidência refere-se ao homônimo ‘José Luiz da Silva Gonçalves’.”

8. Não há, portanto, óbice à aplicação do princípio da insignificância na espécie, sendo de rigor seu reconhecimento.

9. Ordem concedida para, em razão do princípio da insignificância, reconhecer a atipicidade material da conduta imputada ao paciente.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 17 de abril de 2018.

MINISTRO DIAS TOFFOLI  
Relator

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de Jorge Luiz da Silva, apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC nº 373.891/SC, Relator o Ministro Ribeiro Dantas.

Os impetrantes sustentam, em suma, a atipicidade da conduta imputada ao paciente, descrita no art. 16 da Lei nº 10.826/03, em face do princípio da insignificância.

Segundo a defesa, a apreensão de 1 (uma) única cápsula de munição de arma de fogo calibre 762, desacompanhada de qualquer arma de fogo que pudesse tornar útil o uso do projétil, não ofereceria perigo ao bem jurídico tutelado pela norma penal em questão.

Afirmam que o paciente é primário e detém bons antecedentes. Aduzem que “[p]or um equívoco fora considerado reincidente, e só por este motivo sua pena restou fixada no regime FECHADO, quando na verdade deveria ser o ABERTO”, o que levou a defesa a impetrar revisão

criminal no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Requerem o deferimento da liminar para que seja determinada a “cassação do mandado de prisão expedido até que se aprecie o mérito do presente Habeas Corpus”.

No mérito, pleiteiam a concessão da ordem para que seja “declarada a ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE com base na aplicação do princípio da insignificância” ou, alternativamente, que “seja alterado o regime inicial de cumprimento da Pena para o ABERTO em razão da primariedade do Paciente” (grifos dos autores).

Atendidos os pressupostos, deferi a liminar para suspender a execução da pena imposta ao paciente nos autos do processo nº 135.11.000784-4, bem como solicitei informações ao juízo de origem, que foram devidamente prestadas.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Dra. Cláudia Sampaio Marques, opinou pela concessão da ordem. 01

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, volta-se a impetração contra ato da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC nº 373.891/SC, Relator o Ministro Ribeiro Dantas.

Narram os impetrantes, na inicial, que

“[o] Paciente, ex-militar, Policial Civil Aposentado da Polícia Civil de Santa Catarina, restou preso em flagrante na data de 10 de fevereiro de 2011, pelo delito descrito no artigo 16 caput da Lei 10826/03.

Na oportunidade de sua prisão, restou localizado uma munição de fuzil calibre 762.

Em seu depoimento o Paciente esclareceu que tratava-se apenas de uma capsula, ineficaz, antiga, meramente decorativa, a qual havia ficado por sua casa desde a época em que servia o exército.

Sobreveio laudo referente a única munição apreendida. O laudo nem sequer esclareceu se a munição era completa e eficaz ao fim que se destinava.

O juízo de primeiro grau – considerando tratar-se de crime de perigo abstrato (portanto desnecessário aferir a eficácia do projétil) condenou o Paciente a pena de 3 anos 6 meses no regime fechado – em razão de ser ‘reincidente’.

Ocorre que a reincidência foi considerada erroneamente, fato este que levou a defesa impetrar Revisão Criminal no Tribunal de Justiça de Santa Catarina (...).

Recorrida, a sentença fora mantida por seus próprios fundamentos.

Apresentado Habeas Corpus no STJ o qual pugnava pela ABSOLVIÇÃO do Paciente, diante da apreensão de uma única munição da qual não se tem ciência da eficácia.

O douto tribunal entendeu por não conhecer do Habeas Corpus (...).”

Transcrevo a ementa do aresto questionado:

“CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ART. 16 DA LEI N. 10.826/2003. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. ABSOLVIÇÃO. EXCEPCIONALIDADE NA VIA ELEITA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente

previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. O habeas corpus não se presta para apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

3. Hipótese na qual a conclusão do Colegiado a quo se coaduna com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o crime previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/2003 é de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o princípio da insignificância não é aplicável aos crimes de posse e de porte de arma de fogo ou munição, por se tratarem de crimes de perigo abstrato, sendo irrelevante inquirir a quantidade de munição apreendida.

5. Writ não conhecido” (anexo 6).

Essa é a razão pela qual se insurgem os impetrantes.

Não se nega que o trânsito em julgado da condenação imposta ao paciente noticiada, eleva este habeas corpus à condição de sucedâneo de revisão criminal (v.g. RHC n° 110.513/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 18/6/12).

Todavia, no julgamento do RHC n° 146.327/RS, Relator o Ministro Gilmar Mendes, a Segunda Turma, em 27/2/18, assentou, expressamente, a cognoscibilidade do habeas corpus manejado em face de decisão já transitada em julgado em hipóteses excepcionais, desde que



líquidos e incontroversos os fatos postos à apreciação da Corte.

No mesmo sentido, destaco o seguinte julgado de minha relatoria:

“Habeas corpus. Penal. Tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06). Condenação transitada em julgado. Impetração utilizada como sucedâneo de revisão criminal. Possibilidade em hipóteses excepcionais, quando líquidos e incontroversos os fatos postos à apreciação da Corte. Precedente da Segunda Turma. Cognoscibilidade do habeas corpus. Pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Imposição pelo Superior Tribunal de Justiça do regime semiaberto com negativa de substituição da pena privativa de liberdade. Alegada ausência de fundamentação. Procedência da alegação. Reconhecimento pelas instâncias ordinárias dos requisitos necessários ao abrandamento do regime e à substituição da pena privativa por pena restritiva. Constrangimento ilegal demonstrado. Ordem concedida” (HC nº 139.741/DF, Segunda Turma, julgado em 6/3/18).

Por entender que o caso se amolda à hipótese alhures citada, admito a impetração, destacando, desde logo, que estou a conceder a ordem.

Com efeito, consoante se infere dos documentos trazidos à colação, o paciente foi condenado pelo delito de posse de munição de uso restrito (art. 16 da Lei nº 10.826/03), sendo apenado em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 11 dias-multa.

Consta dos autos que policiais militares localizaram na residência do paciente 1 (uma) munição de fuzil, calibre 762, quando cumpriam mandado de busca e apreensão. Na sentença condenatória, restou consignada a desnecessidade da realização de perícia sobre a munição a fim de atestar a potencialidade lesiva, por se tratar de crime de perigo abstrato e, ainda, que “a aquisição de fuzis pela Polícia Civil não autoriza que o réu, por ser policial civil à época dos fatos, tivesse munições para essa arma”.

A sentença proferida pelo juízo de primeiro grau foi mantida integralmente pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

quando negou provimento ao recurso defensivo.

É bem verdade que o aresto ora questionado se alinha à jurisprudência da Corte segundo a qual o porte ilegal de arma ou munições é crime de perigo abstrato, cuja consumação independente de demonstração da potencialidade lesiva da arma ou das munições (v.g. RHC nº 123.533/MS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 22/10/14).

Todavia, a hipótese retratada autoriza a mitigação do referido entendimento, uma vez que a conduta do paciente de manter em sua posse uma única munição de fuzil (calibre 762), recebida, segundo a sentença, de amigos que trabalharam no Exército, não tem o condão de gerar perigo para a sociedade, de modo a contundir o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

É certo que a sentença condenatória reconheceu a reincidência do paciente. Porém, bem apontou a Procuradoria-Geral da República que a questão “está pendente de análise em sede de revisão criminal, porque, ao que parece, a condenação que gerou a reincidência refere-se ao homônimo ‘José Luiz da Silva Gonçalves’”

**Logo, entendo não haver óbice à aplicação do princípio da insignificância na espécie, sendo de rigor, portanto, seu reconhecimento, o que, aliás, conta com o beneplácito do Parquet Federal.**

Anoto, de outra parte, que esse entendimento encontra amparo na jurisprudência da Corte. No julgamento do HC nº 133.984/MG, a Segunda Turma, em caso equivalente ao dos autos, admitiu a incidência do princípio da insignificância. **Vide:**

“HABEAS CORPUS. DELITO DO ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. PACIENTE PORTANDO MUNIÇÃO. ATIPICIDADE

MATERIAL DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A análise dos documentos pelos quais se instrui pedido e dos demais argumentos articulados na inicial demonstra a presença dos requisitos essenciais à incidência do princípio da insignificância e a excepcionalidade do caso a justificar a flexibilização da jurisprudência deste Supremo Tribunal segundo a qual o delito de porte de munição de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, é crime de mera conduta. 2. A conduta do Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. Não se há subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do direito penal, que somente deve ser acionado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 3. Ordem concedida” (Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 2/6/16).

No mesmo sentido:

“HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 16 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI 10.826/2003). PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE DA CONDUTA AO BEM JURÍDICO TUTELADO. ATIPICIDADE DOS FATOS. ORDEM CONCEDIDA. I – Paciente que guardava no interior de sua residência uma munição de uso restrito, calibre 9mm. II - Conduta formalmente típica, nos termos do art. 16 da Lei 10.826/2003. III – Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos. IV – Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal” (HC nº 132.876/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 2/6/17).

Diante dessas considerações, voto pela concessão da ordem para, em razão do princípio da insignificância, se reconhecer a atipicidade material da conduta imputada ao paciente.

**SUPERIOR TRIBUNAL**  

---

**DE JUSTIÇA**

**AgInt no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.603.443 - SC  
(2016/0141598-9)**

**RELATOR: MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO)**

AGRAVANTE: SOCIEDADE HOSPITALAR SÃO FRANCISCO DE ASSIS

ADVOGADO: CIDIANE PEDRUSSI

ADVOGADOS: LUCIANA CRISTINA ARGENTON FERNANDES  
E OUTRO (S) – SC10849

ANDRÉ ANGELO MASSON – SC016157

**EMENTA**

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS DECORRENTES DE ERRO MÉDICO. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PROCEDIMENTO CUSTEADO PELO PODER PÚBLICO E REPASSADO AO HOSPITAL PARTICULAR. ALEGAÇÃO GENÉRICA AO ART. 535 DO CPC/73. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Nos termos do Enunciado nº 2 do Plenário do STJ: “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.”

2. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/73 se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omissivo, contraditório ou obscuro. Incidência do óbice da Súmula 284 do STF.

3. Fica inviabilizado o conhecimento de temas trazidos no recurso especial, mas não debatidos e decididos nas instâncias ordinárias, porquanto ausente o indispensável questionamento. Incidência da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

4. As alegações genéricas de ofensa a dispositivos legais sem a devida fundamentação configuram deficiência recursal e inviabilizam a exata compreensão da controvérsia, atraindo, por analogia, a incidência da Súmula 284 do STF.

5. A circunstância de os serviços médicos terem sido prestados gratuitamente, ou remunerados pelo SUS, não isenta o profissional e a instituição da responsabilidade civil por erro médico. Precedentes.

6. A Corte de origem entendeu estar configurada a relação de consumo entre as partes com fundamento nas provas carreadas aos autos, de modo que a alteração da conclusão do Tribunal de origem demanda necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, providência vedada em sede especial, a teor da Súmula 7 do STJ. 7. Para a correta demonstração da divergência jurisprudencial, deve haver o cotejo analítico, expondo-se as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, a fim de demonstrar a similitude fática entre os acórdãos impugnado e paradigma, bem como a existência de

soluções jurídicas díspares, nos termos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC/73 e 255, § 2º, do RISTJ, o que não ocorreu no caso dos autos 8. Agravo interno a que se nega provimento.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de fevereiro de 2018(Data do Julgamento)

**MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES**  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO)  
Relator

## **RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO) –  
Relator:**

Trata-se de agravo interno interposto por SOCIEDADE HOSPITALAR SÃO FRANCISCO DE ASSIS contra decisão que negou provimento ao recurso especial pela ausência de fundamentação quanto à alegação de afronta aos arts. 535 do CPC/73, 4º, § 2º, 17, IX e XI, e 18, I, II e III da Lei 8.080/90; falta de prequestionamento; necessidade de reexame do conjunto probatório dos autos (Súmula 7/STJ) e ausência de similitude fática no tocante à divergência jurisprudencial suscitada.

Nas razões recursais, a agravante sustenta que: (a) houve

fundamentação no recurso especial quanto à omissão presente no acórdão; (b) a matéria foi devidamente prequestionada, ainda que não expressamente; (c) foram apontadas especificamente as razões para a reforma das decisões adotadas nas instâncias ordinárias; (d) não pretende a reanálise fática, mas sim o reconhecimento de que um serviço gratuito, custeado por meio de receitas tributárias, não pode caracterizar relação consumerista e que basta a reavaliação e valoração dos critérios de utilização das provas produzidas no processo para fins de formação da convicção; e (e) houve demonstração do dissídio jurisprudencial.

Ao final, requer o provimento do recurso (fls. 180-195).

Devidamente intimada, a parte agravada não se manifestou.

É o relatório.

## VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO) –  
Relator:**

De início, cumpre salientar que o recurso especial está sendo examinado à luz do Enunciado 2 do Plenário do STJ: “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 tocante à violação ao art. 535 do CPC/73, não houve a indicação por parte da agravante do ponto que estaria omissa no acórdão do Tribunal de origem. A alegação genérica de violação ao art. 535 do CPC/73, sem que se demonstre qual ponto seria omissa, contraditório



ou obscuro do acórdão recorrido, como houve no presente caso, induz a aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.

Nesse sentido:

“AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284 DO STF. ARTS. 3º E 4º DA LEI 6.729/1979. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ. AUTOMÓVEL SEMINOVO. TEORIA DA APARÊNCIA. PUBLICIDADE ENGANOSA. USO DA MARCA. LEGÍTIMA EXPECTATIVA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FABRICANTE. SÚMULA 83 DO STJ.

1. O recurso não demonstra qual seria o ponto omissivo, contraditório ou obscuro do acórdão recorrido, não se conhecendo da alegada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. Incidência, por analogia, do entendimento da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

2. A ausência de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo Tribunal de origem, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula 211 do STJ.

3. O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido de que o fornecedor de serviços e produtos também se responsabiliza pelas expectativas que a publicidade venha a despertar no consumidor. Incidente, portanto, o enunciado 83, da Súmula do STJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no AREsp 378.169/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe de 27/06/2017, g.n.)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/1973. ALEGAÇÃO GENÉRICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282 DO STF. REANÁLISE DOS REQUISITOS

PARA DEFERIMENTO DE LIMINAR DE IMISSÃO NA POSSE. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SUMULA N. 7/STJ. ESTATUTO DO IDOSO. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FUNDAMENTO INATACADO. DECISÃO MANTIDA.

1. Considera-se deficiente, a teor da Súmula n. 284 do STF, a fundamentação do recurso especial que alega violação do art. 535 do CPC/1973, mas não demonstra, clara e objetivamente, qual o ponto omissivo, contraditório ou obscuro do acórdão recorrido não solucionado no julgamento dos embargos de declaração.

2. A simples indicação do dispositivo legal tido por violado, sem que o tema tenha sido enfrentado pelo acórdão recorrido, obsta o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento (Súmula n. 282 do STF).

3. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ - consistente, no caso dos autos, na verificação dos requisitos para o deferimento de medida liminar de imissão na posse.

4. O recurso especial que não impugna fundamento do acórdão recorrido suficiente para mantê-lo não deve ser admitido, a teor da Súmula n. 283/STF. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AgRg no AREsp 638.006/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe de 18/08/2017, g.n.)

No que diz respeito à ausência do prequestionamento, a agravante sustenta que “o argumento atrelado ao médico foi suplicado em Agravo de Instrumento e fez corpo a toda análise do final julgamento, ainda que não conste extensivamente no acórdão” (e-STJ, fl. 184) e que, “assim, como se pode ver, a pretensão recursal foi veiculada em recurso legítimo (embargos declaratórios), previsto em Lei e com argumento válido e adequado” (e-STJ, fl. 185).

Inicialmente, cumpre expor que o recurso especial, cujo provimento foi negado, foi interposto contra decisão publicada em 16/12/2015, portanto, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Desse modo, sob a égide do CPC/73, entende o Superior Tribunal de Justiça que é necessário o prequestionamento dos temas ventilados no recurso especial, não sendo suficiente a simples invocação da matéria na petição de embargos de declaração, nos termos da Súmula 211/STJ.

Nesse sentido:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO - INSURGÊNCIA RECURSAL DO AGRAVANTE. 1. A ausência de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos declaratórios, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211 do STJ. 1.1. Inexistência de alegação de violação do artigo 535 do CPC/73 - vigente à época - a fim de que esta Corte pudesse averiguar a existência de possível omissão no julgado quanto ao tema. 2. A decisão proferida pelo Tribunal de origem está em consonância com o entendimento desta Corte Superior, no tocante à validade da cláusula contratual de eleição de foro, atraindo a incidência da Súmula 83 do STJ. 3. Agravo interno desprovido.” (AgInt no AREsp 609.045/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe de 27/09/2017)

Quanto aos arts. 4º, § 2º, 7º, IX e XI, 17, III, e 18, I e II, todos da Lei 8.080/90, verifica-se que, apesar da menção à violação dos referidos dispositivos legais, não foi desenvolvida argumentação que evidenciasse a alegada ofensa, tornando patente a falha de fundamentação do apelo especial, circunstância que atrai a incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. RECURSO QUE DEIXA DE IMPUGNAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SÚMULA Nº 182/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECORRENTE QUE NÃO DEFINE NEM DEMONSTRA EM QUE CONSISTE A OMISSÃO. SÚMULA Nº 284/STF. ARTIGOS 496 E 513 DO CÓDIGO DE

PROCESSO CIVIL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA VIOLAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DE LEIS FEDERAIS. SÚMULA Nº 284/STF. AGRAVO IMPROVIDO. 1. “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.” (Súmula do STJ, Enunciado nº 182). 2. “É possível o juízo de admissibilidade adentrar o mérito do recurso, na medida em que o exame da sua admissibilidade, pela alínea ‘a’, em face dos seus pressupostos constitucionais, envolve o próprio mérito da controvérsia.” (AgRgAg nº 228.787/RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, in DJ 4/9/2000). 3. Em tema de violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, a não indicação expressa das questões apontadas como omitidas vicia a motivação do recurso especial, inviabilizando o seu conhecimento. Incidência do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 4. Ao apontar a violação dos artigos 496, inciso I, e 513 do Código de Processo Civil, nas razões do recurso especial, a agravante não define nem demonstra no que consistiu a alegada violação dos dispositivos legais, deixando de explicitar, de forma clara e precisa, a negativa de vigência de lei federal, atraindo a incidência do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 5. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag 1.292.758/MG, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe de 04/06/2010)

Quanto ao reconhecimento da relação de consumo, o Tribunal de origem consignou:

“Conforme considerou o Magistrado a quo, é inconteste a necessidade de análise do caso vertente sob a égide das determinações legais constantes no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Isso porque a relação jurídica existente entre as partes é tipicamente de consumo, visto que ambas enquadram-se nos conceitos de consumidor e fornecedor ditados pelos artigos 2º e 3º da legislação consumerista, que dispõem o que segue:

Art. 20 Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. (...)

Art. 30 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.

Cumpra registrar, também, o teor do art. 60, X, do CDC, o qual dispõe que é direito básico do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”. A legislação consumerista prevê, ainda, a responsabilidade dos órgãos públicos e das empresas cessionárias no exercício dos serviços que oferecem, para que sejam prestados de maneira adequada, segura e eficiente. Caso contrário serão compelidas a cumprir as suas obrigações e a reparar os danos eventualmente causados (CDC, art. 22). Apesar de a definição de serviço do art. 30 do CDC mencionar somente os serviços “mediante remuneração”, no caso do serviço público, o fato de o serviço médico ter sido realizado em convênio com o Sistema Único de Saúde - SUS, ou seja, sem o pagamento direto do consumidor ao fornecedor, não descaracteriza a relação consumerista entre as partes.” (fls. 49-51)

**Assim, a alteração no entendimento da Corte de origem quanto à configuração da relação de consumo entre as partes demanda reexame do conjunto probatório dos autos, providência vedada nesta Corte Superior, a teor da Súmula 7/STJ.**

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DO ACÓRDÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor e à necessidade de inversão do ônus da prova, conforme pleiteado pelos recorrentes e afastado pelas instâncias de origem, é de se concluir que a análise das razões recursais demandaria necessária incursão nos aspectos fáticos da lide, hipótese vedada pela Súmula nº 7/STJ.
2. Os agravantes não trouxeram nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, o qual se mantém por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1.306.657/RJ, Relator o Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe de 26/09/2012.)

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO AFIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS COM BASE NAS PROVAS DOS AUTOS. INVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 2. RECURSO IMPROVIDO.

1. Tendo as instâncias ordinárias, com base nas provas dos autos, concluído pela existência de relação de consumo a ensejar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, pois o procedimento cirúrgico teria sido realizado de forma privada e em hospital particular, e não por meio do Sistema Único de Saúde - SUS, infirmar tal entendimento encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 695.008/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe de 11/09/2015.)

Ademais, acerca da circunstância de que a contratação teria havido diretamente entre médico-paciente e sob a égide do Sistema Único de Saúde, uma vez que a recorrente atuaria como prestadora de serviços de saúde em parceria com entes federados, de maneira “gratuita” em favor apenas do Estado, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a remuneração por meio do SUS não isenta de responsabilidade civil a instituição hospitalar conveniada.

Nesse sentido.

“CIVILE PROCESSUAL. RECURSOS ESPECIAIS. INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. PRIMEIRO RECURSO. INTEMPESTIVIDADE. SÚMULA 418 DO STJ. SEGUNDO RECURSO. CUMULAÇÃO DE DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 284 DO STF. SÚMULA 387 DO STJ. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL PELOS ATOS DE SUA EQUIPE MÉDICA.

1. Nos termos da Súmula 418 do STJ, “é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração,

sem posterior ratificação”.

2. Inviável o recurso especial cujas razões não apontam ofensa a dispositivo de lei federal específico ou dissídio nos moldes legais e regimentais (Súmula 284/STF).

3. Consoante entendimento sedimentado no verbete 387 do STJ, “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.”

4. A natureza da responsabilidade das instituições hospitalares por erros médicos deve ser examinada à luz da natureza do vínculo existente entre as referidas instituições e os profissionais a que se imputa o ato danoso.

5. Responde o hospital pelo ato culposo praticado por profissional de sua equipe médica, mesmo que sem vínculo empregatício com a instituição. A circunstância de os serviços médicos terem sido prestados gratuitamente, ou remunerados pelo SUS, não isenta o profissional e a instituição da responsabilidade civil por erro médico.

6. Recurso especial de Luiz Fernando Pinho do Amaral e outro não conhecido e recurso especial de Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro não provido.” (REsp 774.963/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe de 07/03/2013, g.n.)

Por fim, no tocante à divergência jurisprudencial, esta eg. Corte de Justiça tem decidido, reiteradamente, que, para a correta demonstração do dissenso, deve haver o cotejo analítico, expondo-se as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, a fim de demonstrar a similitude fática entre os acórdãos impugnado e paradigma, bem como a existência de soluções jurídicas díspares, nos termos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC/73 e 255, § 2º, do **RISTJ**, o que não ocorreu na presente hipótese.

Diante do exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

É como voto.

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 817.304 - SC (2015/0296491-8)**

**RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER**

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AGRAVADO: MAHARISHI BLUE DO AMARAL E SILVA (PRESO)

ADVOGADOS: CLAUDIO GASTÃO DA ROSA FILHO – SC 009284

NICOLI MORE BERTOTTI – SC 025052

MARILIA RAPOSO VIEIRA – SC 043795

**EMENTA**

PENAL. AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. NOVO JULGAMENTO. NECESSIDADE. TESE DA ACUSAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

I - A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

II - O reconhecimento da qualificadora pelo Conselho de Sentença não foi proveniente da opção por uma das teses apresentadas, mas dissociada das provas dos autos, tendo em vista a ausência de provas aptas a sustentar a circunstância qualificadora, tal como descrita na inicial acusatória, e, por isso, determinou a realização de novo julgamento, desta vez com os esclarecimentos necessários acerca da qualificadora ora em debate.

III - Para que esta Corte Superior faça a verificação de existência ou não de amparo probatório nos autos da tese da acusação, no



sentido de que há outra tese a sustentar a qualificadora e que os jurados votaram nesse sentido, tal como pretende o agravante, seria necessária a incursão no acervo probatório dos autos, o que é vedado na via eleita.

Agravo regimental desprovido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2018 (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER  
Relator

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de agravo interno interposto por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA contra decisão fls. 1351/1356, na qual não conhecido agravo para não conhecer do recurso especial.

Neste regimental, o **Parquet estadual** repisa as razões apresentadas no recurso especial, no sentido de ausência de julgamento manifestamente contrário às provas dos autos, uma vez que “a imputação, no que se refere à qualificadora prevista no inciso IV do §2º do artigo 121 do Código Penal, diversamente do que reconheceu a Corte Catarinense, não decorre

somente do fato de a ré ter supostamente ministrado medicamento à vítima, já que os jurados podem ter reconhecido a existência de outras circunstâncias para justificar a incidência da referida qualificadora, as quais foram completamente desconsideradas pelo Tribunal a quo. Por consequência, a decisão dos jurados não poderia ser considerada, mesmo que afastada a ingestão de medicamento pela vítima, manifestamente contrária a prova dos autos” (fl. 1368).

Afirma não incidir os óbices processuais nos termos da decisão agravada, porquanto não há necessidade de revolvimento do acervo fático probatório dos autos, “bastando a base comparativa entre a quesitação formulada pelo magistrado a quo e o acórdão recorrido” (fl. 1369).

Ao final, requer a reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente, que seja levado o feito à apreciação do Colegiado.

Por manter o decisum trago o recurso à Turma julgadora.

É o relatório.

## EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. NOVO JULGAMENTO. NECESSIDADE. TESE DA ACUSAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

I - A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

II - O reconhecimento da qualificadora pelo Conselho de Sentença não foi proveniente da opção por uma das teses apresentadas, mas dissociada das provas dos autos, tendo em

vista a ausência de provas aptas a sustentar a circunstância qualificadora, tal como descrita na inicial acusatória, e, por isso, determinou a realização de novo julgamento, desta vez com os esclarecimentos necessários acerca da qualificadora ora em debate.

III - Para que esta Corte Superior faça a verificação de existência ou não de amparo probatório nos autos da tese da acusação, no sentido de que há outra tese a sustentar a qualificadora e que os jurados votaram nesse sentido, tal como pretende o agravante, seria necessária a incursão no acervo probatório dos autos, o que é vedado na via eleita.

Agravo regimental desprovido.

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO FELIX FISCHER:** Consta dos autos que a agravada foi condenada como incurso no artigo 121, § 2º, I e IV, combinado com o art. 61, II, c, 62, I, todos do Código Penal, às penas de 16 (dezesseis) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou-lhe provimento, em acórdão assim ementado (fls. 1142/1146):

“APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CÓDIGO PENAL. ART. 121, § 2I E IV. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. PRETENDIDA A ANULAÇÃO DA DECISÃO EMANADA DO CONSELHO DE SENTENÇA. POR SER CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. OCORRÊNCIA. QUALIFICADORA DO RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA, EM VIRTUDE DA MINISTRAÇÃO DE MEDICAMENTOS POR PARTE DA

ACUSADA. QUALIFICADORA ADMITIDA NA PRONÚNCIA E MANTIDA PELA CORTE DE JUSTIÇA. CONSELHO DE SENTENÇA QUE RECONHECEU A PRESENÇA DA QUALIFICADORA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTOU NÃO TER A VÍTIMA INGERIDO QUALQUER TIPO DE MEDICAMENTO COM INTERESSE FORENSE. DECISÃO ANULADA.

A qualificadora prevista no inc. IV do § 2.º do art. 121 do Código Penal, muito embora tenha sido admitida na decisão de pronúncia e, depois, mantida no recurso em sentido estrito contra ela interposto pela acusada, não poderia ser acolhida pelo Conselho de Sentença, por ser contrária à prova dos autos, uma vez que o laudo pericial assinado pelos experts afastou, de forma taxativa, a ingestão por parte da vítima de qualquer medicamento que viesse a prostá-la e assim, ficasse impedida de esboçar qualquer reação. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO.”

Sobreveio recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea a da Constituição Federal, no qual alegou violação ao artigo 593, § 3º, do Código Penal, sob o argumento de que não houve julgamento contrário às provas dos autos, mas sim, o acolhimento de tese diversa da acusação. Prossegue afirmando que não foram inclusas todas as circunstâncias da qualificadora no quesito apresentado aos jurados e, ainda, que o quesito que deu azo à reforma da decisão do Conselho de Sentença não foi objeto de impugnação pela defesa.

Inadmitido o apelo nobre pelo Tribunal de origem em razão da incidência da Súmula 7/STJ, foi interposto agravo em recurso especial.

Às fls. 1351/1356, conheci do agravo para não conhecer do recurso especial, pois não vislumbrei êxito na tutela pretendida.

**Mantenho a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.**

No caso dos autos, o eg. Tribunal de origem reconheceu a **ausência de provas aptas a sustentar a circunstância qualificadora, tal como descrita na inicial acusatória**, e, por isso, determinou a realização de

novo julgamento, desta vez com os esclarecimentos necessários acerca da qualificadora ora em debate. Confirma-se, a esse respeito, o seguinte excerto do v. acórdão recorrido:

“Conforme se infere da exordial acusatória, à ré foi imputada a prática de um crime de homicídio duplamente qualificado, sendo que, com relação à qualificadora do recurso que dificultou a defesa do ofendido, descreveu que ela ‘serviu bebida contendo forte medicamento para a vítima, que sem desconfiar de sua atitude a ingeriu, no que teve sua capacidade de resistência diminuída, sentindo enjoos e tontura’, ou seja, teria a acusada ministrado medicação à vítima para incapacitá-la de esboçar qualquer reação quando fosse atacada pelo corréu Geovan.

No contexto analisado, não há nos autos elemento que comprove, estreme de dúvidas, a não incidência das aludidas circunstâncias, haja vista que os depoimentos colhidos revelam a probabilidade de o delito ter sido praticado por motivos financeiros, bem assim que Ari quiçá tenha sido golpeado sem ou com poucas chances de reagir (talvez porque fora dopado), conforme se colhe, notadamente, das declarações do delegado Sérgio Roberto e do coacusado Geovan na fase indiciária. De tal sorte, devem ser mantidas na pronúncia as qualificadoras previstas nos incisos I e IV do § 2º do art. 121 do Código Penal.

[...]

Contudo, da análise percuciente dos autos, infere-se que, antes mesmo da decisão de pronúncia, foi juntado o laudo pericial às fls. 125-126, no qual consta que os peritos criminais bioquímicos do Instituto de Análises Forenses, do Instituto Geral de Perícias do Estado, após realizarem uma série de exames na urina, no sangue, no estômago, no fígado, no cérebro, no coração, no baço, no rim e nos pulmões da vítima, concluíram que **‘Não foram detectadas substâncias de interesse forense no material analisado’, afastando, de forma taxativa, a ingestão por parte da vítima de qualquer medicamento que viesse**

a **prostá-la** e, assim, ficasse impedida de esboçar qualquer reação.

Ora, como alhures afirmado, muito embora referida qualificadora tenha sido admitida na decisão de pronúncia e, depois, mantida no recurso em sentido estrito interposto pela acusada, o laudo pericial acima descrito, juntado antes dessas decisões, já havia descartado a possibilidade de sua ocorrência. Assim, a decisão do Conselho de Sentença é contrária à prova dos autos em relação a essa qualificadora. Portanto, **ao ser submetido ao Conselho de Sentença o quesito referente à qualificadora da forma como descrita na peça acusatória, a decisão dos jurados mostrou-se arbitrária, uma vez que não encontrou conforto na prova produzida nos autos.**

[...]

Assim, uma vez que referida qualificadora foi mantida na decisão de pronúncia e por este Tribunal, em acórdão que transitou em julgado, deverá ser submetida ao Conselho de Sentença. Todavia, o magistrado, quando formular o respectivo quesito, deverá explicitá-lo de forma clara, de modo que os jurados saibam que a qualificadora está adstrita ao fornecimento de medicamentos pela acusada à vítima que a impediram de esboçar qualquer reação a um futuro ataque contra sua vida.

Por outro lado, caberá às partes, em plenário, especialmente à defesa, esclarecer aos jurados que o laudo pericial negou a presença de qualquer substância medicamentosa que tivesse sido ingerida pela vítima, a fim de permitir aos jurados perfeita compreensão da acusação e da prova produzida.

À vista do exposto, deve-se dar provimento ao recurso para anular a decisão, por ser contrária à prova dos autos, a fim de ser a apelante submetida a novo julgamento perante o Tribunal do Júri da comarca de Lages” (fls. 1.244-1.264).

Com isso, embora a jurisprudência desta Corte seja firme no

sentido de que não se qualifica como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos Jurados que se filia a uma das versões para o crime, em detrimento de outra, ambas apresentadas em Plenário, desde que a tese privilegiada esteja amparada em provas idôneas, na espécie dos autos, trata-se de hipótese diversa, porquanto a decisão do Conselho de Sentença encontra-se dissociada das provas dos autos, tendo em vista a existência de perícia a demonstrar a ausência de envenenamento da vítima.

Vale destacar que a exordial acusatória menciona o fato de que a ré “serviu bebida contendo forte medicamento para a vítima, que sem desconfiar de sua atitude a ingeriu, no que teve sua capacidade de resistência diminuída, sentindo enjoos e tontura” (fl. 1256), enquanto que “no julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, ao Conselho de Sentença foi submetido o quesito proposto pelo juiz-presidente acerca dessa qualificadora nos seguintes termos (fl. 1.143):

07 - A ré MAHARISH BLUE DO AMARAL E SILVA, da forma como procedeu, concorrendo para que a vítima fosse atacada sem que esta tivesse razões para esperar a agressão, agiu de maneira que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido? SIM (4) NÃO (1) 2 NA URNA (fl. 1258).

Como se vê, dos elementos trazidos pelo v. acórdão recorrido, verifica-se que a conduta a que se refere o quesito é o envenenamento da vítima - cujo reconhecimento revela-se indubitavelmente contrário às provas dos autos, não ficando clara a existência de tese diversa formulada pela acusação, bem como se a opção dos Jurados ao votar teria sido de forma consciente nesta outra tese, no sentido em que argumenta a agravante.

**Assim, a ausência de provas aptas a sustentar a circunstância qualificadora, tal como descrita na inicial acusatória, enseja a realização de novo julgamento, desta vez com os esclarecimentos**

necessários acerca da qualificadora ora em debate.

Com efeito, no novo julgamento, caberá aos jurados decidirem de forma clara se o emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido está limitado à ingestão do medicamento mencionado na denúncia ou se, também, está relacionado a outros elementos trazidos no curso da instrução criminal.

Ademais, para que esta Corte Superior faça a verificação de existência ou não de amparo probatório nos autos da tese da acusação, no sentido de que há outra tese a sustentar a qualificadora e que os jurados votaram nesse sentido, tal como pretende o agravante, seria necessária a incursão no acervo probatório dos autos, o que é vedado na via eleita.

Nesse sentido, **mutatis mutandis**:

“HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. QUALIFICADORAS AFASTADAS. CASSAÇÃO PELO TRIBUNAL EM APELAÇÃO - ART. 593, III, D, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. POSSIBILIDADE. SOBERANIA DOS VEREDICTOS PRESERVADA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. ALTERAÇÃO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. DESNECESSIDADE DA LIMITAÇÃO DA LINGUAGEM EM APELAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

[...]

2. No caso dos autos, o Tribunal de Justiça local, em decisão fundamentada, com base na análise do suporte probatório, produzido por prova testemunhal, concluiu que o afastamento das qualificadoras pelo Conselho de Sentença não foi proveniente da opção por uma das teses apresentadas, mas estava completamente dissociado das provas dos autos,



tendo em vista a evidente demonstração da presença das qualificadoras do motivo fútil, do meio cruel e da dissimulação, ressaltando não haver nos autos, prova defensiva no sentido contrário.

3. A alteração do que ficou estabelecido no acórdão impugnado, com a revisão da existência ou não de provas no sentido contrário, demandaria a análise aprofundada no conjunto fático-probatório, providência vedada na via estreita do habeas corpus.

4. O Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso de apelação com base no art. 593, III, d, do CPP, é levado a analisar de forma detalhada todo o acervo probatório para emitir conclusão acerca da existência ou não de decisão dissociada por parte dos jurados, não sendo suficiente, portanto, a mera indicação de materialidade e indícios de autoria. Diante desse quadro, a fundamentação superficial e comedida exigidas na decisão de pronúncia e no eventual recurso em sentido estrito, não se aplicam da mesma forma ao julgamento da apelação, na qual deve haver uma maior incursão na análise das provas, sob pena de se verificar a nulidade do decisum por ausência de fundamentação.

[...]

Ordem denegada” (HC 181.377/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 2/9/2016).

“PROCESSUAL PENAL E PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS E EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA. ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DESTA CORTE. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

2. Reconhecer que a decisão do Tribunal do Júri está em desacordo com as provas dos autos constitui providência inadmissível em recurso especial ante a necessidade de reexame do conjunto fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ].

3. A análise acerca da procedência ou não das qualificadoras reconhecidas

pelo Júri implica no reexame do material fático-probatório dos autos, providência inadmissível na via do recurso especial. Óbice do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

4. É incabível a oposição de embargos de declaração para prequestionar matéria constitucional, sob pena de usurpação da competência reservada à Corte Suprema.

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento” (AgRg no AREsp 943.058/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 12/8/2016).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**HABEAS CORPUS Nº 425.276 - SC (2017/0298669-8)**

RELATOR: MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PACIENTE: DEIVERTON OLIVEIRA DOS SANTOS (PRESO)

**EMENTA**

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME SEMIABERTO. FALTA DE VAGA OU INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL. PACIENTE QUE PERMANECE EM REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Constitui flagrante ilegalidade a manutenção do apenado em

regime mais gravoso durante a execução da pena, em decorrência da ausência de vagas no estabelecimento prisional adequado, devendo ser, excepcionalmente, permitido ao paciente o cumprimento da pena em regime aberto ou em prisão domiciliar até o surgimento de vaga. Precedentes.

In casu, verifica-se que o Juízo da Execução demonstrou, por meio de provas concretas, com relatórios de inspeção na Penitenciária Industrial de Joinville, que a ala incluída para cumprimento no regime semiaberto não obedece aos parâmetros e requisitos para o cumprimento da pena, tendo inclusive ressaltado que no regime fechado os detentos possuem mais vantagens, pois podem estudar e trabalhar, e que o cumprimento de pena é no mesmo local, ficando recolhidos em alas com muralha, grades, arames farpados e segurança externa.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, persistindo a falta de vagas em estabelecimento prisional adequado ao regime semiaberto, seja permitido ao paciente o desconto de sua reprimenda no regime aberto ou, inexistindo casa de albergado ou vaga no regime mais brando, que aguarde o surgimento em prisão domiciliar, exceto se por outro motivo estiver preso em regime mais gravoso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da

Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de junho de 2018 (Data do Julgamento)  
MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK  
Relator

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de DEIVERTON OLIVEIRA DOS SANTOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina proferido no Agravo em Execução n. 0013089-40.2017.8.24.0038.

Infere-se dos autos que o Juízo das Execuções, devido à ausência de regime semiaberto e de ambiente similar ao regime semiaberto na Penitenciária Industrial de Joinville, na qual o paciente se encontra, autorizou a prisão domiciliar ao paciente (fls. 203/217).

Irresignado, o Parquet estadual interpôs agravo em execução perante o Tribunal a quo, que deu provimento ao recurso acusatório para estabelecer novo cálculo relativo ao requisito objetivo para a obtenção do livramento condicional, observada a fração de 1/2 sobre a totalidade das penas impostas ao reeducando e cassar a concessão da saída antecipada na forma de prisão domiciliar, determinando-se a expedição de mandado de prisão para seu imediato ingresso junto à Penitenciária Industrial de Joinville, em acórdão assim ementado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO QUE

HOMOLOGOU O CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO DE PENAS, FIXOU FRAÇÕES DISTINTAS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL, DEFERIU PROGRESSÃO DO REGIME FECHADO PARA O SEMIABERTO E CONCEDEU PRISÃO DOMICILIAR AO AGRAVADO COM BASE NO ENUNCIADO N. 56 DA SÚMULA VINCULANTE DO STF.

LIVRAMENTO CONDICIONAL. REINCIDÊNCIA. CONDIÇÃO PESSOAL DO APENADO. PATAMAR DE 1/2 (UM MEIO) QUE DEVE SER APLICADO SOBRE A SOMA TOTAL DAS PENAS. ARTS. 83, INCISO II E 84, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. REFORMA DA DECISÃO QUE SE IMPÕE.

PRISÃO DOMICILIAR. HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NÃO ATENDIDAS. VEDAÇÃO DA PROGRESSÃO POR SALTO.

PENITENCIÁRIA INDUSTRIAL DA COMARCA QUE OBSERVA OS PRESSUPOSTOS DO REGIME SEMIABERTO. DECISÃO REFORMADA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

P R E Q U E S T I O N A M E N T O . P E D I D O FORMULADO PELA DEFESA EM CONTRARRAZÕES. DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE CADA DISPOSITIVO LEGAL. DEVIDA APRECIÇÃO DA MATÉRIA VENTILADA.

PLEITO REJEITADO (fl. 377).

Dáí o presente writ, no qual a defesa alega que, na ausência de estabelecimento adequado para cumprimento do regime semiaberto, é vedado ao estado transferir ou manter o apenado em local incompatível com os rigores do respectivo regime de pena.

Requer, assim, em liminar e no mérito, o cumprimento da pena em regime aberto ou em prisão domiciliar.

Indeferida a liminar (fls. 397/399) e prestadas as informações (fls.

404/406 e 412/449), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 453/458).

É relatório.

## VOTO

### **O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):**

Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se no presente writ a concessão ao apenado de prisão domiciliar, em razão da falta de vaga em estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena no regime semiaberto.

No caso, o Juízo da Vara de Execuções Criminais concedeu ao paciente a prisão domiciliar, em razão da inexistência de vaga em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime semiaberto, conforme se verifica nos trechos da decisão, no que interessa:

III.1 - Da inspeção aos estabelecimentos prisionais desta Comarca (Presídio Regional de Joinville e Penitenciária Industrial de Joinville):

O Supremo Tribunal Federal decidiu que os magistrados possuem competência para verificar, no caso concreto, se tais estabelecimentos onde os presos do regime semiaberto ficam podem ser enquadrados como “estabelecimento similar” ou “estabelecimento adequado”.

Este magistrado assumiu a titularidade da 3ª Vara Criminal de Joinville (Vara de Execuções Penais) em 12.03.2012, há mais de 4 (quatro)

anos, e desde então realiza visitas e inspeções constantes, várias vezes por mês, sempre documentando por meio de relatórios e resumos de reuniões realizadas dentro das unidades (vide autos n. 0012716-43.2016.8.24.0038).

Vale dizer, este Juízo vem de forma reiterada e amiúde, ao longo dos 4 (quatro) últimos anos, inspecionando e constatando as insuficientes instalações do Presídio Regional de Joinville e da Penitenciária Industrial de Joinville. Incidentes processuais inclusive foram instaurados.

Destarte, na ótica deste Juízo, à vista das repetidas inspeções e avaliações, bem como o conhecimento pessoal de todas as alas e instalações dos ergástulos de Joinville, tudo isto documentalmente atestado, como se esmiuçarà abaixo, houve adequação aos parâmetros exarados pelo STF.

Especificamente sobre Presídio Regional de Joinville.

Na espécie, o Presídio Regional de Joinville é destinado a presos provisórios. Nada obstante, existem presos cumprindo pena nos regimes fechado e semiaberto.

Nas inúmeras inspeções feitas por este Juízo da Execução Penal no Presídio Regional de Joinville, muitas foram as constatações de superlotação, com detentos dormindo no chão, sobre espumas, em meio a baratas, sem vestuário adequado e sem produtos suficientes de higiene. Por isso, muitos procedimentos foram abertos (Autos sobre possibilidade de interdição do Pavilhão 1 do Presídio Regional de Joinville (n.0013277-04.2015.8.24.0038); possibilidade de interdição do Pavilhão 2 do Presídio Regional de Joinville (n.0012386-51.2013.8.24.0038); COTIV(n.0012488-05.2015.8.24.0038); COT V (n.0012489-87.2015.8.24.0038); condições prisionais das mulheres encarceradas (n.0003521-05.2014.8.24.0038); possibilidade de interdição do alojamento dos agentes do Presídio Regional de Joinville (n.0000796-72.2016.8.24.0038); e inspeção da Vigilância Sanitária no PRG (n.0042140-72.2012.8.24.0038). E o que mais encontrou este Juízo foram detentos que conquistaram o regime semiaberto e que por lei deveriam trabalhar e estar em Colônia Agrícola, Industrial ou similar mas que por falta dessas unidades continuavam compartilhando celas com detentos do regime fechado e presos em caráter provisório.



E ainda, em 13 de abril de 2017, nos autos n. 0005260-08.2017.8.24.0038, este Juízo realizou inspeção em todos os setores do ergástulo, para fins de verificação da possibilidade de interdição, e constatou, em síntese, o seguinte: “O Presídio Regional de Joinville divide-se em 5 (cinco) pavilhões, sendo que o Pavilhão 2 está desativado, aguardando demolição. Os Pavilhões 1 e 3 são destinados, em tese, a detentos sem vínculo com facção. O Pavilhão 1 ainda conta com ala feminina. O Pavilhão 4 está lotado com detentos do Primeiro Grupo Catarinense (PGC) e Primeiro Comando da Capital (PCC), ao passo que o Pavilhão 5 com detentos que pertencem ao Primeiro Grupo Catarinense (PGC). Em todas as celas das galerias o problema da superlotação é relatado e foi constatado por este magistrado presencialmente.

Colchões não cabem sequer no chão. Outra intercorrência comum é o esgoto não canalizado, com ausência de saneamento em todos os pavilhões. Há esgoto a céu aberto passando por fora das celas.

Quando alguma roupa ou objeto do detento cai para fora da cela, ocorre o entupimento do ralo, acentuando o odor e o acúmulo de detritos, o que foi verificado presencialmente durante a inspeção.

Além do mais, o sistema sanitário (“boi”) vaza para o interior das celas, salientando-se que o material de limpeza é escasso senão raro. Não há sistema de fornecimento de alimentação adequado, pois há falta de alimentação suficiente, bem como as marmitas aguardam fora da cela no chão, às vezes ficando no meio da água da chuva e do esgoto. Em anexo o auto e fotos da inspeção por amostragem.

Registre-se que os reeducandos, de direito em regime semiaberto, estão recolhidos no Presídio Regional de Joinville, local onde não existe regime semiaberto e onde, na avaliação deste Juízo, os detentos estão recolhidos misturados entre reincidentes, primários, presos provisórios, todos seguindo as regras do regime fechado, sem porém oportunidade de trabalho, estudo ou condições mínimas de respeito à dignidade humana.

Especificamente sobre a Penitenciária Industrial de Joinville.

Inicialmente, sobre a Penitenciária, anteriormente este Juízo aceitava o espaço semiaberto, unicamente porque era ele assim identificado e não havia orientação jurisprudencial precisa sobre isso. Igualmente, não havia

delimitação concreta sobre a quem cabia avaliar o espaço e sua definição. Com o Recurso Extraordinário nº. 641.320 e posteriormente com a Súmula Vinculante nº. 56, restou chancelada a responsabilidade do Juiz da Execução Penal em avaliar os estabelecimentos e sua qualificação como semiaberto ou não. E assim passou a fazer este Juízo, em cumprimento ao estabelecido pelo STF.

Observa-se que o Ministério Público afirmou que a Penitenciária Industrial de Joinville, segundo o último relatório de inspeção em unidade prisionais encaminhado ao Conselho Nacional do Ministério Público, afigurar-se-ia como estabelecimento similar adequado para o cumprimento da pena em regime semiaberto. Ocorre que o relatório de fls. 38-55 é geral e nos mesmos moldes do relatório que este Juízo submete mensalmente junto ao Conselho Nacional da Magistratura. Ele porém não faz distinção entre as instalações dos regimes fechado e semiaberto.

Além disso, o quantitativo de apenados que exercem atividade laboral refere-se em maioria absoluta ao regime fechado (237), enquanto que para o regime semiaberto é a minoria (48).

Além disso, pontualmente, quanto ao regime semiaberto da Penitenciária Industrial de Joinville, este Juízo realizou inspeção em 3.8.2016 e factualmente verificou a não adequação, conforme relatório de inspeção anexo.

Pois bem, na Penitenciária Industrial de Joinville, nas inspeções realizadas, a única constatação é que há pavilhão cuja entrada se estampa “Regime Semiaberto”, sendo que porém de regime semiaberto, nos termos da Lei de Execução Penal, pouco há. É apenas um espaço assim denominado. Tanto é que muitos detentos do regime fechado na Penitenciária, quando progridem ao regime semiaberto, pedem para permanecer no fechado. E isso porque ao menos no fechado da Penitenciária eles possuem maior possibilidade de trabalho e estudo, o que não acontece no semiaberto.

Registre-se que na data de 3.8.2016 este Juízo realizou inspeção na Penitenciária Industrial de Joinville, na ala intitulada “semiaberto”, onde se concluiu da seguinte forma, in verbis: “Diante do exposto, nesta data confirmou este Juízo que a ala intitulada “semiaberto” segue os moldes do regime fechado da Penitenciária, com murada, grades, arames

farpados e segurança externa, sendo a única diferença que as portas dos cubículos não são trancadas durante o dia, tendo os detentos acesso aos outros cubículos, todos concentrados porém no corredor, úmido e sem ventilador. Ficam eles recolhidos, fechados, na galeria, margeados por muros e grades, repita-se: nos mesmos moldes do regime fechado. No momento da inspeção estavam no setor cerca de 100 detentos e muitos pediam por trabalho, estudo ou que voltassem ao regime fechado, onde teriam essas possibilidades. Assim, constata-se que a ala inspecionada não se enquadra em absoluto nos termos legais de “Colônia Agrícola, Industrial” ou sequer similar”. Em anexo auto d e inspeção e fotos, do qual o Ministério Público foi cientificado através do ofício n. 44- G/2016.

[...]

Destarte, a ala dita do regime semiaberto da Penitenciária, inclusive à luz do escólio de Guilherme de Souza Nucci supra, murada, monitorada, com guardas, banho de sol limitado, visitas reguladas, nos exatos moldes do regime fechado, sem porém trabalho suficiente e sem oferta alguma de estudo passa longe do conceito de regime semiaberto.

Com efeito, tanto no Presídio Regional de Joinville como na Penitenciária Industrial de Joinville, a previsão do cumprimento da pena em regime semiaberto, conforme a lei, não se concretiza no mundo real.

Preocupado com essa situação, este Juízo alertou o Estado para que promovesse as medidas necessárias. Finalmente, em 19/11/2013 este Juízo oficiou à Secretária de Estado da Justiça e Cidadania de Santa Catarina e ao Diretor do DEAP, motivadamente notificando- os para adequar o cumprimento das penas dos detentos em regime semiaberto (ofício n.146 – GJ/2013). Na notificação fixou-se o prazo de 120 (cento e vinte) dias para cumprimento.

Porém, nenhuma ação foi realizada e a situação permanece a mesma, com detentos em regime semiaberto cumprindo pena no regime fechado.

III.2 – Da transferência à Colônia Agrícola, Industrial ou Similar de outra Comarca.

Sobre vagas no regime semiaberto em outras Comarcas, a expedição de ofício ao Departamento de Administração Prisional (DEAP), conforme

acima explanado, somente procrastinaria o feito, pois é fato notório que há grave falta de vagas no regime semiaberto em toda a unidade federativa.

E ainda que o DEAP aponte vagas, não são elas adequadas, o que é notoriamente conhecido. Basta inspecionar as unidades prisionais respectivas, o que já fez este Juiz, em boa parte do Estado, como integrante do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário de Santa Catarina.

[...]

Por fim, sobre possibilidade de transferência para a Penitenciária Industrial de Joinville, repita-se o supra consignado: o regime semiaberto, na perspectiva deste Juízo, depois de anos na execução penal, é que o local em nada se assemelha a Colônia Penal nos termos da lei. Tanto que o ambiente é murado, monitorado, com guardas, banho de sol limitado, visitas reguladas, nos exatos moldes do regime fechado, sem porém trabalho suficiente e sem oferta alguma de estudo. Isso implica em pedido de detentos para não progredir do fechado ao semiaberto, cientes de que no novo regime perderão o trabalho e o estudo.

III.3 – Do monitoramento eletrônico por tornozeleira. O monitoramento eletrônico é inexistente nesta Comarca. E no Estado ele é praticamente inexistente. Nos moldes da Resolução Conjunta GP/CGJ n.4, de 7 de julho de 2016 e Termo de Cooperação n.1057/2015, há previsão de distribuição de 150 tornozeleiras em 6 (seis) Comarcas (Araranguá, Capital, Blumenau, Criciúma, Itajaí e São José), ainda em fase de implantação, salvo melhor juízo.

Vale dizer, sequer previsão de implantação para esta Comarca existe.

III.4 – Da imposição de cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo:

[...]

Também não se daria antecipação ao regime aberto porque o reeducando, em regime semiaberto, deverá comparecer à unidade prisional, uma vez por mês, para justificar suas atividades (mais gravoso que o regime aberto).

IV) SUPERADAS AS ETAPAS, CUMPRE A AVALIAÇÃO ANTECIPADA DA SAÍDA NO CASO CONCRETO DOS AUTOS CONFORME A SÚMULA VINCULANTE N.56 DO STF:

Na espécie, quanto ao(à) reeducando(a), foi ele(a) condenado(a) à pena privativa de liberdade de 7 anos e 4 meses de reclusão em regime fechado e atualmente cumpre pena em regime semiaberto.

Ou seja, foi-lhe reconhecido o direito ao trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, admitindo trabalho externo e frequência a cursos supletivos profissionalizantes (art.35, do CP).

Entretanto, conforme já observado no início, o(a) reeducando(a) cumpre a pena e desta forma se encontra encarcerado. E por ineficiência do aparelho estatal não lhe foi até o momento permitido sua colocação em local adequado, nas condições que a lei prevê.

Com efeito, a partir da Súmula Vinculante n.56, a Constituição finalmente será levada a sério em todo o território nacional, numa hermenêutica responsável, cumprindo ao juiz, ao verificar a violação de direitos, fazê-los respeitar.

Somente através dessa prerrogativa constitucional irrenunciável é que se evita a banalidade do mal, muito bem abordada por Alberto Alonso Muñoz (Eichmann em Jerusalém e a banalidade do mal na decisão do juiz. Boletim do IBCCRIM. Ano14, n.52, jan-mar.

2011, p.15), para quem o magistrado que não pensa na decisão é o cumpridor mecânico de normas pelo mero fato de estarem vigentes. É o aplicador, por convicção irrefletida, de uma jurisprudência ‘consolidada’. Essa é a fôrma mais monstruosa: nele, não há o ‘não querer pensar’, que ainda lhe apresenta uma escolha ética. Há apenas o ‘não pensar’ burocrático daquele que se tornou mera peça da engrenagem.” É preciso pensar. Portanto, efetivar o direito ao cumprimento da pena em regime semiaberto, conforme previsão legal, é admitir e reafirmar, sempre, que a pessoa do condenado jamais perderá sua natureza humana e por este motivo será sempre merecedora de irrestrito respeito em seus direitos e garantias fundamentais. Este salto ético já foi dado e o atual padrão de civilidade assim exige, bem como a humanidade em paz agradece.

Registre-se que essa medida é de caráter provisório, num momento de crise pelo qual passa o sistema prisional catarinense. Não tem ela o condão de se eternizar no tempo, abstraindo da Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania a sua integral responsabilidade pela oferta de estrutura e recursos humanos adequados, dentro das exigências legais, mormente da Constituição Federal e das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Presos.

Não se pode olvidar que Santa Catarina não foge à regra nacional do sistema carcerário, constituindo-se um estado de coisas inconstitucional. O Plenário do STF reconheceu que no sistema prisional brasileiro realmente há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira “falha estrutural” que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação (STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015).

Repita-se: esta decisão visa efetivar o respeito à lei, que implica em antecipar a saída em regime domiciliar ao detento que de direito cumpre pena em regime semiaberto mas que de fato está no regime fechado. Isso se faz em razão da ineficiência do estado. Portanto, se contingências e fatos prejudiciais às pessoas vier a acontecer, numa eventual reincidência, não só o detento será recolhido e terá seu regime regredido como o Estado pode vir a ser responsabilizado por omissão.

Observe-se que a concessão de prisão domiciliar ao detentos do regime semiaberto que cumprem pena de fato no regime fechado leva eficiência ao sistema carcerário como um todo, na medida em que ameniza a falta de vagas do regime fechado, evitando que detentos desse regime passem as noites sem um leito próprio, sem cama ou colchão. É uma questão assim de política de Estado em prol da eficiente redução da violência.

Por isso, as condições a serem cumpridas pelo detento, além do comprovante de emprego regular em empresa formal num prazo de 90 (noventa) dias e domicílio certo, implicam no seu comparecimento mensal não perante o Juízo mas sim perante a direção prisional para justificar suas atividades. E essa apresentação deve ser perante àquela

unidade, haja vista responsabilidade do DEAP em custodiar os apenados e conduzir suas vidas conforme a pena privativa de liberdade aplicada.

Caberá à unidade prisional informar periodicamente o cumprimento regular da pena, pois de sua responsabilidade. Anote-se, outrossim, que a tese de apresentações diárias, ao invés de mensais, não é razoável.

Neste Juízo, mensalmente, há mais de 1.000 (mil) reeducandos que se apresentam em regime aberto e mais centenas em sursis e livramento condicional.

É sabida e consabida a falta de pessoal e estrutura para tanto.

Ademais, a medida seria por demais nociva, haja vista que a cidade de Joinville possui grande extensão territorial, com mais de 600.000 mil habitantes e tortuosa mobilidade urbana. Vale dizer, a medida impediria inclusive o exercício de trabalho pelos reeducandos, que passariam grande parte do dia em locomoção.

Além do mais, repita-se: não cabe a este Juízo interpretar os limites da decisão do STF, somente obedecê-los. Os parâmetros impostos são *numerus clausus*, taxativos.

Caso o STF, guardião maior da Constituição, pretendesse a apresentação diária dos reeducandos do regime semiaberto teria dito expressamente.

Entender a necessidade de apresentações diárias em regime semiaberto seria utilizar-se de interpretação extensiva *in malam partem*, vedada no direito penal, ferindo a individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/88).

Para efeito de melhor compreensão desta decisão e de seus fundamentos, resume-se-a:

- 1- É direito do detento que cumpre pena em regime semiaberto estar alocado em ambiente próprio, onde se possibilite inclusive o trabalho;
- 2- No Presídio Regional de Joinville os detentos do regime semiaberto ficam juntos aos detentos do regime fechado e aos presos em caráter provisório, sem oferta oficial de trabalho;
- 3- Na Penitenciária Industrial de Joinville, não obstante local separado para os detentos do regime semiaberto, não há oferta oficial de trabalho

para todos e o espaço não se enquadra nos requisitos da Lei de Execuções Penais para ser considerado como tanto;

4- Alertada várias vezes e por fim notificada para adequação no cumprimento da pena dos detentos em regime semiaberto no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania quedou-se inerte;

5- Então, para os detentos que estão no regime semiaberto de direito mas que de fato permanecem no regime fechado, é necessário reconhecer o direito de antecipação ao regime domiciliar, conforme súmula vinculante do STF;

6- Como a situação é de crise no sistema prisional catarinense, a decisão também é de caráter provisório. Ou seja, cabe ao Estado buscar investimentos no sistema, de forma a não eternizar a falta de vagas no regime semiaberto;

7- Fatos prejudiciais às pessoas que vierem a acontecer, até mesmo numa eventual reincidência, não só implicará no recolhimento do detento, com regressão de regime, como poderá resultar na responsabilização do Estado por omissão;

8- Por isso, as condições a serem cumpridas pelo detento, além do comprovante de emprego num prazo de 90 (noventa) dias após a concessão do regime domiciliar e domicílio certo, implicam no seu comparecimento mensal não perante o Juízo mas sim perante a direção prisional para justificar suas atividades, tudo sob pena de revogação do benefício. Ex positis:

Diante de todos os fundamentos supra, estando o apenado na Penitenciária Industrial de Joinville, onde não existe regime semiaberto e tão pouco ambiente similar ou adequado ao regime semiaberto, conforme a Súmula Vinculante n.56 do Supremo Tribunal Federal, superadas todas as etapas dispostas no Recurso Extraordinário n.641320/RS, considerando o cumprimento da pena em regime semiaberto, presentes os requisitos legais, AUTORIZO a SAÍDA ANTECIPADA em regime semiaberto em PRISÃO DOMICILIAR para o(a) reeducando(a) Deiverton Oliveira dos Santos nas seguintes condições, inclusive sob pena de regressão de regime:



(I) comprovação, no prazo de 90 (noventa) dias de efetiva contratação de emprego, mediante carteira assinada, caso ainda não o tenha feito anteriormente; (II) permanecer em sua residência nos dias úteis durante o repouso noturno, das 20:00 horas às 05:00 horas do dia útil seguinte, e integralmente nos dias de folga, compreendidos aqui os feriados e finais de semana em que não comprove expediente, ressalvadas autorizações expressas para alteração de horário de trabalho; (III) não se ausentar da cidade sem autorização judicial; (IV) comunicação prévia de mudança de endereço e (V) comparecer mensalmente na Penitenciária Industrial de Joinville para informar e justificar suas atividades.

Comunique-se à direção prisional para que apresente o(a) reeducando(a) a este Juízo, imediatamente, com a finalidade de assinatura de termo de compromisso.

Encaminhe-se ainda cópia à administração prisional para anotação no prontuário do(a) reeducando(a) e controle/fiscalização da medida.

Deverá ainda a Penitenciária Industrial de Joinville comunicar a este Juízo, no máximo até o mês subsequente, caso ocorra o não comparecimento mensal do(a) reeducando(a). No mais, aguarde-se o cumprimento da pena, cuja previsão de progressão ao regime aberto é a partir de junho de 2018 (item 3 supra) (fls. 209/217).

Interposto agravo em execução pelo Órgão ministerial, o Tribunal a quo deu parcial provimento ao recurso para desconstituir a decisão que deferiu a prisão domiciliar, sob os seguintes fundamentos:

Com base nas citadas disposições de lei e nas finalidades da sanção penal, doutrina e jurisprudência têm rechaçado a possibilidade da denominada “progressão por salto”, ou seja, a transferência imediata do apenado do regime fechado para o aberto, sem a sua passagem pelo regime intermediário.

A respeito do tema, é o enunciado n. 491 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional”.

Pelas mesmas razões, não se mostra viável ao condenado que cumpre pena em regime semiaberto iniciar seu cumprimento diretamente na

modalidade aberta sem que tenha resgatado, naquele, as condições exigidas à progressão.

Na hipótese em tela, ao deferir ao reeducando a prisão domiciliar sem que ele preenchesse os requisitos exigidos em lei, o Magistrado a quo, ainda que de maneira reflexa, acabou por autorizar a vedada progressão por salto, ao permitir ao apenado o resgate da reprimenda sem as exigências inerentes ao regime semiaberto.

E, acerca da prisão domiciliar, dispõe o art. 117 da Lei de Execução Penal:

[...]

Ainda que o artigo se refira aos beneficiários de regime aberto, tem-se entendido ser ele também aplicável, em situações excepcionais, aos apenados em regime semiaberto ou fechado, quando, por questões humanitárias, mostrar-se recomendável o cumprimento da reprimenda em circunstâncias especiais.

No caso, tem-se que o Agravado fora condenado às penas somadas de 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, posteriormente fora deferida a progressão do regime para o semiaberto e concedida a prisão domiciliar, mediante o cumprimento das seguintes condições (fls. 197-211):

[...]

Contudo, desde que sejam assegurados ao reeducando os direitos inerentes ao resgate da reprimenda no regime semiaberto (como, por exemplo, o trabalho externo, a frequência a cursos profissionalizantes e as saídas temporárias), não se verifica ilegalidade na sua permanência em estabelecimento prisional diverso daqueles destinados exclusivamente ao resgate da reprimenda no regime semiaberto (quais sejam, colônia agrícola ou industrial).

Sobre o tema, vale destacar o teor do Enunciado n. 56 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641320”.

Note-se que o entendimento vinculante explicitado no citado enunciado não autoriza a concessão, de plano, da liberdade, devendo ser observadas as teses fixadas no Recurso Extraordinário n. 641.320/RS, que foram registradas nos seguintes termos:

[...]

Portanto, verifica-se que foram estabelecidas apenas diretrizes a serem observadas a fim de minimizar os problemas carcerários.

Assim, cada caso concreto deverá ser individualmente analisado para que não só os direitos dos apenados sejam assegurados como, também, sejam resguardadas as garantias da população não encarcerada, como a ordem e a segurança públicas.

Veja-se que a prisão domiciliar é a última alternativa a ser aplicada, podendo ser deferida caso ineficazes as outras medidas. Além disso, o benefício só deve ser concedido quando não observadas as regras inerentes ao regime em que se encontra o apenado, qual seja, o semiaberto.

No presente caso, não há razões suficientes para a excepcional colocação do reeducando em prisão domiciliar, conforme as recomendações do aludido julgado da Suprema Corte, visto que a Penitenciária Industrial de Joinville contém espaço destinado exclusivamente aos presos em regime semiaberto, enquadrando-se no conceito de estabelecimento penal similar.

Segundo se depreende do relatório da Penitenciária Industrial de Joinville acostado às fls. 24-67, a unidade é referência em razão de trabalhos exemplares prestados aos reeducandos, visando a efetiva reinserção gradual ao convívio em sociedade, haja vista o resgate da pena em conformidade com os ditames da Lei de Execução Penal.

[...]

Contudo, em que pese as irregularidades apontadas, inerentes à própria estrutura do ergástulo público, elas não são suficientes para garantir a concessão de saída antecipada ou prisão domiciliar. Isso porque a situação, embora não seja a mais desejável, tampoco pode ser considerada indigna.

[...]

Dessa forma, não há dúvidas de que o local garante as particularidades inerentes ao regime semiaberto, não se mostrando prudente a concessão de prisão domiciliar, medida que deve ser adotada em última instância. Assim, é de rigor o cumprimento da pena em regime semiaberto pelo Agravado na Penitenciária Industrial de Joinville.

[...]

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

Assim sendo, o pleito principal do recurso deve ser acolhido, para que seja revogada a prisão domiciliar deferida na origem, determinando-se o ingresso do apenado ao estabelecimento prisional para o cumprimento da pena (fls. 383/389).

Quanto ao tema, esta Corte tem admitido, para evitar excesso de execução, que, nas hipóteses de precariedade ou falta de vaga em estabelecimento adequado ao cumprimento da pena no regime semiaberto, o apenado excepcionalmente seja transferido ao regime aberto ou, inexistindo casa de albergado ou vaga no regime mais brando, que guarde o surgimento em prisão domiciliar.

Nesse sentido, cito os seguintes julgados desta Corte:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. INSERÇÃO DO PACIENTE EM SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO REVOGADA PELO TRIBUNAL A QUO. EXISTÊNCIA

DE VAGA DISPONIBILIZADA EM ESTABELECIMENTO PENAL COMPATÍVEL COM O REGIME INTERMEDIÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - Na linha de precedentes desta Corte, constitui constrangimento ilegal submeter o apenado a regime mais rigoroso do que o judicialmente determinado. Se o caótico sistema prisional estatal não possui meios para manter os detentos em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em regime mais benéfico - estabelecimento adequado ao regime aberto ou prisão domiciliar, a qual pode ser submetida à cláusula de inserção em sistema de monitoramento eletrônico. O que é inadmissível é impor à pessoa condenada a cumprir pena em regime semiaberto o cumprimento da pena em regime fechado, por falta de vagas em estabelecimento adequado, ou absoluta inexistência de local apropriado.

III - Na hipótese, restou demonstrada a existência de lotação em estabelecimento penal compatível com o regime intermediário, não havendo, portanto, constrangimento ilegal na determinação do retorno do paciente à vaga que lhe havia sido anteriormente disponibilizada. Habeas corpus não conhecido (HC 351.208/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 10/06/2016).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME. INEXISTÊNCIA DE VAGA NO SEMIABERTO. PERMANÊNCIA NO REGIME FECHADO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. É assente nesta Corte o entendimento que, em caso de falta de vagas em estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena no regime semiaberto, se deve conceder ao apenado, em caráter excepcional, o cumprimento da pena em regime aberto, ou, na falta de vaga em casa de albergado, em regime domiciliar, até o surgimento de vagas no regime apropriado.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para assegurar ao paciente o direito de aguardar em regime aberto, ou, na falta de vaga em casa de albergado, em prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico, o surgimento de vaga em estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto (HC 314.106/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 19/02/2016).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. PERMANÊNCIA DO APENADO EM REGIME MAIS GRAVOSO POR AUSÊNCIA DE VAGAS EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Firmou-se nesta Corte Superior de Justiça entendimento de que a inexistência de vaga em estabelecimento prisional compatível com o regime determinado no título condenatório, ou decorrente de progressão, permite ao condenado o cumprimento da reprimenda no modo menos gravoso.

3. Assim, ante a deficiência do Estado em viabilizar a implementação

da devida política carcerária, deve-se conceder ao paciente, em caráter excepcional, o cumprimento da pena em regime aberto ou, na falta de casa de albergado ou similar, em prisão domiciliar, até o surgimento de vaga em estabelecimento adequado.

4. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício, para determinar que o paciente seja transferido para estabelecimento destinado ao cumprimento da pena no regime semiaberto ou, na ausência de vaga, aguarde, em regime aberto ou domiciliar, o surgimento desta, mediante as condições impostas pelo Juízo da Execução Penal (HC 342.109/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/02/2016).

Na hipótese, verifica-se que o Juízo da Execução demonstrou, por meio de provas concretas, com relatórios de inspeção na Penitenciária Industrial de Joinville, que a ala incluída para cumprimento no regime semiaberto não obedece aos parâmetros e requisitos para o cumprimento da pena, tendo inclusive ressaltado que no regime fechado os detentos possuem mais vantagens, pois podem estudar e trabalhar, e que o cumprimento de pena é no mesmo local, ficando recolhidos em alas com muralha, grades, arames farpados e segurança externa (fls. 210/211).

Constitui, portanto, constrangimento ilegal a manutenção do paciente em regime mais gravoso que o estabelecido na sentença ou concedido durante a execução da pena, em decorrência da ausência de vagas em estabelecimento prisional adequado ou de sua precariedade.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer da impetração, mas conceder habeas corpus, de ofício, para persistindo a falta de vagas em estabelecimento prisional adequado ao regime semiaberto, seja permitido ao paciente o desconto de sua reprimenda no regime aberto ou, inexistindo casa de albergado ou vaga no regime mais brando, que aguarde o surgimento em prisão domiciliar, exceto se por outro motivo estiver preso em regime mais gravoso.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

---

**DE SANTA CATARINA**



**PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA****Suspensão de Liminar Ou Antecipação de Tutela n. 4009486-68.2018.8.24.0000, de Imbituba**

Requerente: SCPar Porto de Imbituba S.A.

Advogado: Rafael Oneda (OAB: 22989/SC)

Requerido: Spectrah Oceanografia e Meio Ambiente Ltda

Advogado: Adriano Dutra Emerick (OAB: 45133/PR)

Interessado: Luís Rogério Pupo Gonçalves

Advogado: Gleidson Borges Schmitt (OAB: 42622/SC)

Interessado: Elivelton Luiz Doré

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

**DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA**

I SCPar Porto de Imbituba S.A. requer, com fulcro no art. 15 da Lei n. 12.016/09, a suspensão dos efeitos da liminar concedida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Imbituba, nos autos do Mandado de Segurança n. 0300574-84.2018.8.24.0030, impetrado por Spectrah Oceanografia e Meio Ambiente Ltda., a qual suspendeu até o julgamento de mérito o Aviso n. 001/2018, atinente à contratação emergencial em virtude da suspensão do procedimento licitatório pertinente (fls. 294/296).

Sustenta o requerente, depois de dissertar acerca de sua legitimidade ativa, que a decisão guerreada ocasiona grave lesão à ordem e economia públicas, porquanto a não realização dos serviços de batimetria impede a dragagem nos berços do Porto de Imbituba e, conseqüentemente, pode redundar na interrupção ou limitação das atividades de transporte de

cargas, além de aumentar os riscos de acidente de navegação e prejuízo à qualificação e imagem do porto, de modo a afetar o desenvolvimento econômico social da região e do Estado de Santa Catarina. Com esses fundamentos, demonstrada a plausibilidade das razões invocadas e a urgência, pretende a concessão de efeito suspensivo liminar. Ao final, persegue a confirmação do decisum, com a suspensão dos efeitos até o trânsito em julgado da ação mandamental (fls. 1/16).

Presentes os pressupostos do § 7º do art. 4º da Lei n. 8.437/92, foi acolhido o pleito de concessão de efeito suspensivo liminar (fls. 412/416).

A autora da ação originária, Spectrah Oceanografia e Meio

Ambiente Ltda, ofertou manifestação, oportunidade em que postulou a revogação da suspensão liminar concedida, bem com o acolhimento das preliminares de ilegitimidade ativa e ausência de interesse processual (fls. 419/440).

Foi indeferido o pleito, formulado pela requerida, de extinção do processo sem resolução do mérito, tendo em vista o aventado desaparecimento do interesse processual com a prolação da sentença na ação mandamental originária (fls. 451/453 e 463/465).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Exmo. Sr. Dr. Plínio Cesar Moreira, manifesta-se pelo provimento do pedido de suspensão (fls. 53/63).

É o relato do essencial.

II De pronto, devem ser afastadas as preliminares suscitadas pela requerida, Spectrah Oceanografia e Meio Ambiente Ltda.

A legislação de regência confere expressamente legitimidade ativa para a formulação do pedido de suspensão de segurança à pessoa jurídica de direito público interessada e ao Ministério Público. Ocorre que, a

exemplo do conceito de autoridade coatora para fins de mandado de segurança, os tribunais têm ampliado o rol de legitimados, passando a admitir, por exemplo, pleitos formulados por pessoas jurídicas de direito privado, concessionárias e permissionárias, quando no desempenho de função pública e na tutela do interesse público.

Além desses, figuram como legitimados entes despersonalizados, como órgãos da administração pública (Câmara de Vereadores, Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas), com o intuito de obstar a produção de efeitos de decisão que interfira em suas atividades ou macule seus direitos institucionais.

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha assinalam que,

“conquanto não se encaixam no conceito de Fazenda Pública nem desfrutem da condição de pessoas jurídicas de direito público, as concessionárias de serviço público integram a Administração Pública indireta, exercendo atividade pública. Se, no exercício dessa atividade pública, houver algum provimento de urgência ou de cumprimento imediato que causa lesão à ordem, à economia, à saúde ou à ordem pública, cabe o pedido de suspensão pela concessionária de serviço público” (Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querella nullitatis, incidentes de competência originárias de tribunal. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 793).

Diante de caso semelhante, a Exma. Sra. Mina. Cármen Lúcia ponderou que “a jurisprudência deste Supremo Tribunal assentou-se no sentido de que também as pessoas jurídicas de direito privado concessionárias de serviço público têm legitimidade para ajuizar suspensão, desde que na defesa de interesse público” (STA n. 838/MA, j. em 17/4/2018).

Na espécie, a SCPPar Porto de Imbituba S.A., sociedade de propósito específico constituída em razão de convênio entre a União e o Estado de

Santa Catarina, com a interveniência da sociedade de economia mista S.C. Participações e Parcerias S.A., para a delegação da administração e exploração do Porto de Imbituba (fls. 321/328), manejou o presente instrumento com o objetivo de suspender a execução de decisum potencialmente capaz de obstaculizar o serviço público desenvolvido e, assim, vulnerar o interesse público.

A despeito do interesse particular imanente, a requerente apontou a existência de risco aos vetores tutelados pelo art. 15 da Lei n. 12.016/09, sobretudo a descontinuidade das atividades exercidas em razão da delegação.

Consoante destaca Carla Fernanda Leão Barcellos Tombini, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que “[...] a constatação de existência de interesse econômico da pessoa jurídica de direito privado requerente não prejudica a sua legitimidade, quando presente, concomitantemente, a defesa do interesse público, dado que não excludentes, podendo ser complementares, vez que, além de defender seus próprios interesses, está também servido ao interesse público quando em exercício de atividade delegada do Poder Público” (Suspensão de segurança na visão dos tribunais superiores. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 31).

De outro lado, a suficiência dos argumentos e das provas trazidas para demonstrar o preenchimento dos pressupostos da suspensão de segurança constitui matéria de fundo, que não se confunde com a legitimidade ativa, condição da ação que é aferida *in status assertionis*.

Não prospera, igualmente, a tese de que não há interesse processual, em sua acepção utilidade-necessidade, porquanto “[...] o pretense direito que a requerente pretende tutelar não teve origem com a decisão de fls. 246-248, mas sim com decisório liminar de fls. 185-189 dos autos de Mandado de Segurança nº 0300574-84.2018.8.24.0030” (fl. 431).

A SCPAr Porto de Imbituba S.A. buscou obstar a produção

de efeitos da decisão que, em liminar, suspendeu o procedimento de contratação emergencial (Aviso n. 001/2018), com o suscitado intento de evitar lesão grave à ordem e economia públicas. Logo, necessária a tutela jurisdicional e adequado o provimento pleiteado.

Vale reprimir, aliás, que “a suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração” (Súmula 626 do Supremo Tribunal Federal).

Sendo assim, a prolação de sentença na ação mandamental e o acolhimento do pedido de cumprimento provisório, que culminará com a habilitação da empresa Spectrah Oceanografia e Meio Ambiente Ltda. Me no procedimento licitatório deflagrado para a realização dos serviços de batimetria, tornam mais próxima a perda superveniente do objeto desta drástica medida de suspensão, haja vista que o prazo de vigência do contrato emergencial, decorrente do Aviso n. 001/2018, é de 6 (seis) meses “[...] ou até que sobrevenha decisão nos autos de Mandado de Segurança n. 0300574-84.2018.8.24.0030, que tramita nesta Comarca de Imbituba” (fls. 249/255). No entanto, durante esse interregno remanesce o interesse e a necessidade de salvaguardar a continuidade das atividades portuárias.

Superada essa fase, passa-se à matéria de fundo.

III O art. 15 da Lei n. 12.016/09 estabelece que “quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá

agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição”.

A suspensão de segurança, termo doutrinariamente cunhado para designar o presente instrumento processual, detém caráter excepcional e não constitui modalidade de recurso, voltada exclusivamente à concessão de contracautela em favor do interesse público, diante da análise criteriosa da presença de uma das suas hipóteses autorizadoras: grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

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

Sem pretender substituir a decisão combatida (art. 1.008 do Código de Processo Civil), a suspensão de segurança destina-se à subtração dos seus efeitos, sem modificá-la ou invalidá-la, com o objetivo de evitar lesão a um dos interesses juridicamente tutelados.

Ao consultar os autos, verifica-se que a SCPar Porto de Imbituba S.A. lançou Pregão Presencial para a contratação de empresa para a execução de serviços de batimetria (fls. 40/81).

Considerando que não foi oportunizado a Spectrah Oceanografia e Meio Ambiente Ltda. – Me o direito de preferência de que cuidam os arts. 44 e 45, ambos da Lei Complementar n. 123/06 (fls. 82/85), esta impetrou mandado de segurança, autuado sob o n. 0300214-52.2018.8.24.0030, em que foi concedida a ordem para anular e determinar a realização de nova sessão pública (fls. 102/106).

Reaberta a solenidade, a Microempresa ofereceu a proposta de melhor preço, mas acabou inabilitada em virtude da ausência de

documento obrigatório (fls. 107/109). Impetrado novo mandado de segurança, que recebeu o n. 0300574-84.2018.8.24.0030, foi deferido o pedido liminar para suspender qualquer ato, bem como os seus efeitos, produzido no certame do Pregão Presencial n. 058/2017 até o julgamento de mérito (fls. 201/205).

Diante dos percalços mencionados, a requerente lançou o Aviso n. 001/2018, relativo à convocação emergencial para o recebimento de propostas para a execução de serviços de batimetria (fls. 249/274). Inconformada, Spectrah Oceanografia e Meio Ambiente Ltda. – Me suscitou ao Juízo a deflagração de processo de dispensa de licitação fora das hipóteses legais e desrespeito à decisão anterior (fls. 231/237). O Magistrado a quo deferiu nova liminar nos autos n. 0300574-84.2018.8.24.0030, alvo do presente pedido, para suspender os efeitos do Aviso n. 001/2018 até o julgamento de mérito (fls. 294/296).

Sentenciado o feito, foi concedida a segurança para o fim de declarar a empresa Spectrah Oceanografia e Meio Ambiente Ltda. – Me habilitada no pregão (fls. 445/452 dos autos originários).

Conforme ressaltado alhures, a discussão aprofundada acerca do mérito da demanda deve ser promovida, por excelência, na ação originária e nos recursos que lhe foram confiados pelas normas processuais. Apenas em juízo de prelibação, ressalta-se que não podem ser ignorados os limites objetivos da ação mandamental e da decisão supostamente inobservada e, no que tange à higidez do procedimento de dispensa de licitação, que “eventual descontinuidade do serviço a ser prestado pode ser superada pela contratação emergencial, até que a controvérsia seja solucionada pelo Poder Judiciário, conforme entendimento adotado na SS n.º 2.589/PI, relatada pelo Ministro Ari Pargendler, publicada em 28/6/2012, e na SS n.º 2.669/SE, relatada pelo Ministro Felix Fischer, publicada em 1.º/8/2013” (STJ, AgInt na SS n. 2.892/RS, rela. Mina. Laurita Vaz, j. em 6/9/2017).

Na mesma direção:

SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE LOCAÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA PARA SUSPENDER A CONTRATAÇÃO. LESÃO AO INTERESSE PÚBLICO NÃO CARACTERIZADA. A necessidade de prestar o serviço público deve ser compatibilizada com o respeito às regras da licitação; suspensão por ordem judicial a realização desta, a lesão ao interesse público pode ser evitada por meio de contratação emergencial. Agravo regimental não provido. (AgRg na SS n. 2.476/SE, rel. Min. Ari Pargendler, j. em 1º/7/2011)

Ainda: TJSC, Agravo n. 4008086-53.2017.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 25/7/2017; e Agravo de Instrumento n. 2013.049945-8, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 26/3/2015.

De outro lado, no que tange aos requisitos previstos no art. 15 da Lei do Mandado de Segurança, o quadro exposto e os documentos que acompanharam a inicial evidenciam que a não realização em curto espaço de tempo dos serviços de batimetria, necessários para a dragagem e manutenção da profundidade dos berços do Porto de Imbituba, pode ocasionar acidentes e até a interrupção ou limitação das atividades portuárias. Representa, assim, sério risco de prejuízo à economia local e do Estado.

Conforme ressaltou o Dr. Plínio Cesar Moreira, douto Procurador de Justiça:

“Sem o serviço de batimetria, não há possibilidade de realização de dragagem. E, sem a dragagem, “o berço deixa de oferecer a profundidade para que as embarcações que ali devam atracar possam fazê-lo com segurança.

Logo, ao suspender a contratação emergencial promovida pelo Avison. 01/2048 através de dispensa de licitação, estar-se-á fadando o Porto de Imbituba à paralisação de suas atividades. Ademais, resultarão diversas



consequências financeiras não somente ao porto, mas também a todas as empresas que lá fazem negócios, bem como funcionários e profissionais autônomos que dele dependem.

[...]

Imperioso ressaltar que o prejuízo não seria somente financeiro, vez que afetaria a posição no mercado aduaneiro no cenário local, estadual, nacional e, até mesmo, internacional, vez que a necessidade de alteração de rota dos navios que ali tentassem atracar e tivessem que redirecionar sua trajetória (arcando assim com diversos ônus financeiros por motivo de maior deslocamento, atraso e diversas outras implicações) poderá gerar animosidade e ressalvas com a estrutura portuária em questão.

Além disso, não se pode olvidar que os danos afetariam também os cofres públicos municipais e estaduais, vez que estes são recolhedores de impostos oriundos de atividades portuárias. (fls. 471/472)

Assim, a gravidade das consequências da execução imediata do decisum, ao menos até a resolução da celeuma e término do procedimento licitatório para a contratação dos serviços de batimetria, demonstram a presença dos requisitos legais para a concessão do efeito suspensivo.

IV Ante o exposto, defere-se o pedido formulado pela SCPAr Porto de Imbituba S.A. para suspender os efeitos da liminar concedida no Mandado de Segurança n. 030574-84.2018.8.24.0030, impetrado por Spectrah Oceanografia e Meio Ambiente Ltda., até o trânsito em julgado da decisão de mérito.

Intimem-se.

Oportunamente, archive-se.

Florianópolis, 13 de junho de 2018.

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho  
1º VICE-PRESIDENTE

## **Suspensão de Liminar Ou Antecipação de Tutela n. 4010483-67.2018.8.24.0900, da Capital**

Requerente: Vgr Linhas Aéreas S.a (Gol Linhas Aéreas)

Advogado: Gustavo Antonio Feres Paixao (OAB: 47919/SC) Requerido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina Promotor: Eduardo Paladino (Promotor)

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

### DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

I Gol Linhas Aéreas S.A. requer, com fulcro nos arts. 12, § 1º, da Lei n. 7.347/85 e 4º da Lei n. 8.437/92, a suspensão dos efeitos da tutela antecipada concedida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital, nos autos da Ação Civil Pública n. 0043416-52.2013.8.24.0023, proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, a qual determinou que aquela “[...] adote as providências necessárias para que nas aquisições de passagens áreas no site [www.voegol.com.br](http://www.voegol.com.br) seja facultado ao consumidor, prestando-se todas as informações pertinentes, incluir o valor da ‘taxa de acompanhamento de menor’ na importância da passagem ou, à sua opção, possa recolhê-la durante o check in”, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de pagamento de multa diária, no valor R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (fls. 304/309).

Sustenta a requerente, depois de dissertar acerca do cabimento da medida e da ilegitimidade ativa do autor da ação originária, que a decisão guerreada ocasiona lesão à segurança jurídica, desequilíbrio econômicofinanceiro e risco ao interesse público. Aduz que a companhia aérea cobra uma taxa, por cada trecho, em razão da assistência às crianças, com 5 (cinco) anos completos até 11 (onze) anos e 11 (onze) meses, que viajam desacompanhadas. Alega, todavia, que fornece toda a informação

necessária e que a cobrança no momento da compra da passagem, e não durante o check in, constitui facilidade para o consumidor e a coletividade, uma vez que diversifica as formas de pagamento, bem como impede a formação de filas, o atraso no atendimento e nos voos. Argumenta, assim, que o decisum causará morosidade no serviço público e não atende aos interesses dos usuários do transporte aéreo. Com esses fundamentos, demonstrada a plausibilidade das razões invocadas e a urgência, haja vista que “[...] será necessário modificar toda a forma de cobrança do serviço de acompanhamento de menor prestado, além da requerente ser compelida a devolver aos passageiros valores que sequer tenham sido reconhecidos, em última instância, como devidos aos passageiros [...]”, pretende a concessão de efeito suspensivo liminar. Ao final, persegue a confirmação do decisum, com a suspensão dos efeitos da decisão combatida (fls. 1/31).

Ausentes os pressupostos do § 7º do art. 4º da Lei n. 8.437/92, foi indeferido o pleito de concessão de efeito suspensivo liminar (fls. 482/486).

O autor da ação originária, Ministério Público do Estado de Santa Catarina, ofertou manifestação, oportunidade em que combateu a assertiva de que careceria de legitimidade ativa, como também de que os efeitos da decisão combatida ocasionariam lesão aos interesses públicos tutelados (fls. 492/499).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Exmo. Sr. Dr. Carlos Alberto de Carvalho Rosa, manifesta-se pelo não provimento do pedido de suspensão (fls. 504/514).

É o relato do essencial.

II Segundo o art. 4º da Lei n. 8.437/92, “compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério

Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

A suspensão de segurança, termo doutrinariamente cunhado para designar o presente instrumento processual, detém caráter excepcional e não constitui modalidade de recurso, voltada exclusivamente à concessão de contracautela em favor do interesse público, diante da análise criteriosa da presença de uma das suas hipóteses autorizadoras: grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

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

Sem pretender substituir a decisão combatida (art. 1.008 do Código de Processo Civil), o instituto se destina à subtração dos seus efeitos, sem modificá-la ou invalidá-la, com o objetivo de evitar lesão a um dos interesses juridicamente tutelados.

Extrai-se dos autos que o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, diante das conclusões de procedimento preparatório, propôs ação civil pública em face da VRG Linhas Aéreas S.A., atualmente denominada de Gol Linhas Aéreas S.A., sob a assertiva de que é abusiva a cobrança automática e antecipada da taxa de assistência de menor desacompanhado, porquanto onera indistintamente os consumidores, inclusive aqueles que não pretendem usufruir do serviço, além de sujeitá-los a procedimento burocrático para a restituição, que não é realizada em dobro (fls. 32/74).

Ao julgar procedente o pedido e conceder a antecipação de tutela, o Magistrado a quo ponderou na sentença, prolatada em 10 de novembro de

2014, a legitimidade ativa do órgão do Ministério Público e a abusividade do procedimento adotado pela companhia aérea (fls. 304/309).

A requerente manejou agravo de instrumento contra a decisão que recebeu o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo (fls. 405/421). Ocorre que, apesar de inicialmente concedido efeito suspensivo ativo no dia 10 de março de 2015 (fls. 423/428), a Quinta Câmara de Direito Público, em sessão realizada na data de 5 de abril de 2018, negou provimento ao reclamo (fls. 443/451).

Conforme ressaltado alhures, a discussão aprofundada acerca do mérito da demanda deve ser promovida, por excelência, na ação originária e nos recursos que lhe foram confiados pelas normas processuais.

Quanto à aventada ilegitimidade ativa, forçoso ponderar que a Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público a incumbência de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como arrolou dentre suas funções institucionais promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, ex vi dos arts. 127 e 129. O texto maior é corroborado pelo disposto nos arts. 81 e 82, ambos da Lei n. 8.078/90, e 1º e 5º, ambos da Lei n. 7.347/85.

De mais a mais, a despeito da controvérsia, a ilegitimidade do autor da ação originária não constitui, a rigor, pressuposto para a suspensão de segurança. A doutrina considera um equívoco ou falta de técnica do legislador a previsão, inserta no art. 4º, caput, da Lei n. 8.437/93, de que poderá ser suspensa a execução de decisão contra o Poder Público no caso de “flagrante ilegitimidade”, porquanto reclamaria indevida análise de questão processual da ação originária, o que deve ser objeto de recurso próprio (Vide: ROCHA, Caio Cesar. Pedido de suspensão e decisões contra o poder público. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 176; RODRIGUES, Marcelo Abelha. Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão

proferida contra o poder público. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 164/167 e 173).

De outro norte, ausente a lesão ou o risco de lesão aos interesses públicos tutelados.

Não se vislumbra nem demonstrou a requerente que a determinação para que a companhia aérea permita ao consumidor decidir, de acordo com a sua necessidade, pelo pagamento da taxa de acompanhamento de menor de idade no momento da aquisição da passagem ou durante o check in ocasiona relevante (ou algum) desequilíbrio econômico-financeiro, ou ainda que possa prejudicar o serviço prestado.

Como bem ponderou o Dr. Carlos Alberto de Carvalho Rosa, d. Procurador de Justiça, “[...] a mudança do sistema no site não trará qualquer prejuízo para a companhia, pois ela continuará recebendo os valores devidos a título de ‘taxa de menor desacompanhado’” (fls. 513/514). Em suma, apenas deixará de ser arrecadado o montante pago antecipadamente e não restituído ao consumidor (talvez pela desinformação ou pelo entrave burocrático) que não utilizar do serviço.

Não há qualquer indicativo de que a medida tenha a potencialidade de aumentar as filas, retardar o atendimento ou os voos. As companhias aéreas rotineiramente cobram outras taxas no momento do embarque, em razão do excesso de bagagem, por exemplo. Afora isso, o decism não impede o pagamento antecipado pelo consumidor que efetivamente vai utilizar o serviço e o público que deveria ir ao aeroporto pedir o ressarcimento será substituído por aquele que deixou para pagar a famigerada taxa durante o check in.

III Ante o exposto, indefere-se o pedido formulado pela Gol Linhas Aéreas S.A. para suspender os efeitos da tutela antecipada concedida na Ação Civil Pública n. 0043416-52.2013.8.24.0023, proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Intimem-se.

Oportunamente, archive-se.

Florianópolis, 5 de julho de 2018.

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho  
1º VICE-PRESIDENTE

**Agravo n. 4001661-73.2018.8.24.0000/50000, de Criciúma**

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

AGRAVO INTERNO EM SUSPENSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. DIREITO À VIDA E SAÚDE. SUPOSTA DEMORA PARA A APRECIÇÃO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. REQUISITOS DISTINTOS. INDEPENDÊNCIA. RISCO DE GRAVE LESÃO À ORDEM E ECONOMIA PÚBLICAS NÃO DEMONSTRADO. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE. PERIGO DE DANO INVERSO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1 Os requisitos para a concessão de efeito suspensivo aos recursos disciplinados no Código de Processo Civil não se confundem com os fundamentos de deferimento de suspensão de segurança, que se destina à subtração dos efeitos de uma decisão, sem modificá-la ou invalidá-la, a fim de evitar grave lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas, conforme o art. 4º da Lei n. 8.437/92.

2 Malgrado o alto custo do medicamento, a potencialidade de dano inverso e a falta de prova do risco de grave lesão à ordem e à economia públicas impedem a concessão da medida drástica de suspensão.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo n. 4001661-73.2018.8.24.0000/50000, da comarca de Criciúma 2ª Vara da Fazenda em que é Agravante Município de Criciúma e Agravado Kalyta Dias Martinhago.

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado na data de 20 de junho de 2018,



os Exmos. Srs. Desembargador Sérgio Izidoro Heil, Desembargador João Henrique Blasi, Desembargadora Soraya Nunes Lins, Desembargador Henry Petry Junior, Desembargador Stanley Braga, Desembargador Francisco Oliveira Neto, Desembargador Hélio do Valle Pereira, Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo, Desembargador Pedro Manoel Abreu, Desembargador Cláudio Barreto Dutra, Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Desembargador Fernando Carioni, Desembargador Torres Marques, Desembargador Marcus Túlio Sartorato, Desembargador Ricardo Fontes, Desembargador Salim Schead dos Santos, Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Desembargador Jaime Ramos e Desembargador Alexandre d'Ivanenko. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Excelentíssima Dra. Sonia Maria Demeda Groisman Piardi.

Florianópolis, 22 de junho de 2018.

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho  
Presidente e Relator

## RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo Interno interposto pelo Município de Criciúma em face de decisão proferida por esta 1ª Vice-Presidência, que indeferiu o pedido de suspensão da tutela de urgência concedida, em favor de Kalyta Dias Martinhago, nos autos da Ação n. 0301310-69.2017.8.24.0020 (fls. 19/27 dos autos principais).

Em suas razões recursais, o agravante sustenta que a demora à formulação do pedido de suspensão não indica a ausência de urgência, porquanto se acreditava na concessão tempestiva de efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto, bem como que é incoerente ponderar

negativamente referido lapso temporal enquanto se desconsidera a morosidade judicial na análise do pleito suspensivo. Além disso, alega que o cotejo da documentação coligida, consistente na descrição do orçamento anual destinado à saúde, com o valor bloqueado em razão da tutela de urgência que se almeja suspender é suficiente, em par à morosidade judicial, para evidenciar o risco de lesão grave à ordem e economia públicas, sobretudo porque, em pedido de suspensão, a análise restringe-se à verificação das hipóteses previstas no art. 4º, caput, da Lei n. 8.437/92 (fls. 1/5).

Contrarrazões ofertadas, a agravada argumenta que os valores sequestrados não são excessivos, pois atendem ao direito à vida, razão pela qual o recurso deve ser desprovido (fls. 8/11).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio da Dra. Sonia Maria Demeda Groisman Piardi, manifesta-se pelo conhecimento e não provimento do reclamo (fls. 18/26).

## VOTO

Cuida-se de Agravo Interno, interposto pelo Município de Criciúma em face de decisão monocrática que negou a suspensão de liminar proferida nos autos da Ação n. 0301310-69.2017.8.24.0020.

O recurso reúne os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

1 Quanto à demora na apreciação do Agravo de Instrumento n. 4006541-45.2017.8.24.0000, reitera-se que não há informações suficientes sobre a alegada morosidade judicial, tampouco cabe a esta 1ª Vice-Presidência solvê-la nesta via processual.

Vale ponderar que os requisitos para a concessão de efeito

suspensivo aos recursos disciplinados no Diploma Processual Civil não se confundem com os fundamentos de deferimento de suspensão de segurança.

A teor do que dispõe o art. 995, parágrafo único, do Código de Processo Civil: “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”.

De outra banda, o pedido de suspensão destina-se à subtração dos efeitos de uma decisão, sem modificá-la ou invalidá-la, a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, conforme o art. 4º da Lei n. 8.437/92.

Nesse sentido, extrai-se das lições de Marcelo Abelha Rodrigues:

Ora, para se obter o efeito suspensivo da decisão agravada com base no art. 932, II é mister que, além do perigo da demora, também seja demonstrado na plausibilidade do pedido, que a decisão agravada foi antijurídica: as razões do agravo estarão sempre vinculadas ao pedido de nova decisão sob alegação de que ela teria negado a aplicação correta do direito por vício de atividade ou de juízo.

Todavia, o mesmo não se passa com relação ao pedido de suspensão requerido ao presidente do tribunal, já que, nesse caso, as razões do requerimento nem sequer se aproximam da juridicidade ou antijuridicidade da decisão, o que se comprova pelo fato de que tal decisão permanece intacta, com conteúdo incólume, mesmo depois de concedida a medida pelo presidente. (Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 4. ed. Salvador: Saraiva, 2017. p. 220)

Portanto, mesmo se comprovada, eventual demora no exame de instrumentos impugnativos não se subsume às hipóteses autorizadoras do art. 4º da Lei n. 8.437/92, tampouco evidencia, por si só, a urgência de suspensão de decisum.

Outrossim, infere-se que inexistente incoerência em desconsiderar suposta morosidade judicial, nem sequer demonstrada, e, em contrapartida, destacar o lapso transcorrido até a formulação do pleito de suspensão como elemento de aferição do *periculum in mora*.

Isso porque, além de o exame do recurso não prejudicar ou condicionar o pedido suspensivo (art. 4º, § 6º, da Lei n. 8.437/92), referida circunstância particular ao processamento do feito não altera o fato de que a decisão impugnada produziu efeitos, consistentes nos sucessivos sequestros de verbas públicas, que foram suportados até então pela Administração Municipal sem prova de grave lesão aos bens juridicamente tutelados no art. 4º da Lei n. 8.437/92.

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

A suspensão de segurança, termo doutrinariamente cunhado para designar o instrumento processual, detém caráter excepcional e não constitui modalidade de recurso, voltada exclusivamente à concessão de contracautela em favor do interesse público, diante da análise criteriosa da presença das suas hipóteses autorizadoras: grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

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

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

Não pode ser ignorado, todavia, que o suscitado comprometimento das verbas municipais destinadas aos cuidados da saúde com o fornecimento de medicamentos, potencialmente lesivo à economia pública, preocupa e tem ocupado os Tribunais. O tema envolve fundada discussão acerca do direito individual à vida e direito social à saúde, insculpidos nos arts. 5º, 6º e 196, todos da Constituição Federal, além da competência e capacidade financeira do Estado, por meio da União, dos Estados-Membros e Municípios, de bem salvaguardá-los.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo (Tema 6 – RE n. 566.471 RG/RN, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 15/11/2007), bem como não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa (Tema 500 – RE n. 657.718 RG/MG, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 17/11/2011).

No Tema 106 do rito de julgamento de recursos especiais repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça definiu, embora com modulação dos efeitos para tornar exigível a aplicação apenas aos processos distribuídos após o decisum, que a disponibilização de fármacos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde – SUS está condicionada à reunião dos seguintes critérios:

- (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da

ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

(ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

(iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. (REsp n. 1.657.156/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 25/4/2018)

Esta Corte, por seu turno, discutiu em incidente de resolução de demandas repetitivas a questão da “necessidade ou não de comprovação de hipossuficiência do autor do pleito de dispensação de medicamento ou terapia no âmbito da assistência à saúde”, ocasião em que firmou as seguintes teses:

1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF).

1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível. (IRDR n. 0302355-11.2014.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Ronei Danielli, j. em 9/11/2016)

Quanto à repartição da responsabilidade pela dispensação de medicamentos, controvérsia que comumente acompanha a matéria em

comento, o Superior Tribunal de Justiça, no Tema 686, consolidou que “o chamamento ao processo da União com base no art. 77, III, do CPC, nas demandas propostas contra os demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, não é impositivo, mostrandose inadequado opor obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde” (REsp n. 1.203.244/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 9/4/2014).

Outrossim, em repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (RE n. 855.178 RG/SE, rel. Min. Luiz Fux, j. em 5/3/2015)

As questões acima, no entanto, tratadas por excelência nas ações originárias e nos recursos que lhes foram confiados pelas normas processuais, recaem essencialmente sobre o mérito da demanda e tem pouco espaço no incidente de suspensão de segurança.

Em verdade, há de se perquirir a existência de risco de grave lesão aos interesses juridicamente tutelados pelo art. 4º da Lei n. 8.437/92, o que não foi demonstrado na hipótese.

Embora o agravante sustente que a documentação coligida é suficiente para demonstrar o comprometimento do orçamento pelo

sequestro de valores, anota-se que a medida poderia ser evitada por meio do cumprimento voluntário da determinação judicial, de modo a permitir à Administração Pública o melhor planejamento e destinação de recursos.

Na mesma toada, extrai-se do parecer da Dra. Sonia Maria Demeda Groisman Piardi, douta Procuradora de Justiça:

Ora, seria medida salutar para resguardar o erário, evitar-se o sequestro de valores das contas públicas, porquanto o cumprimento da decisão judicial seria menos gravoso financeiramente, já que o poder público poderia proceder à aquisição dos fármacos por menor custo, bem como negociar com o fornecedor melhores condições de pagamento, mediante concessão de prazos, etc. (fl. 25)

Impende destacar a diferença entre o orçamento apontado pelo agravante, aproximadamente R\$ 142.000,00 (cento e quarenta e dois mil reais) por mês “para a cobertura de todos os serviços de saúde do Município” (fl. 2), e aquele descrito no Memorando n. 16/2017, por volta de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), dos quais R\$ 225.961,90 (duzentos e vinte e cinco mil e novecentos e sessenta e um reais e noventa centavos) são oriundos de transferências da União e do Estado (fls. 13/15 dos autos principais).

Logo, em vez de – como aduz o agravante – comprometer o equivalente a 4 (quatro) meses do orçamento total (fls. 2/3), evidencia-se que os R\$ 529.078,69 (quinhentos e vinte e nove mil e setenta e oito reais e sessenta e nove centavos), sequestrados no período aproximado de 9 (nove) meses, correspondem a pouco mais de 2 (dois) meses apenas das verbas repassadas pela União e pelo Estado.

Demais disso, apesar de apontadas diversas lesões decorrentes da tutela de urgência concedida, consigna-se que o agravante não coligiu elementos aptos a provar suas alegações, conforme preceitua o art. 373, I, do Código de Processo Civil.



Embora sustente a ocorrência de “efetiva lesão ao erário” em razão de os sequestros impedirem a destinação das verbas ao “aperfeiçoamento de hospitais e demais unidades de saúde” e à “aquisição de fármacos para a entrega gratuita a quem deles também necessita” (fl. 3), certo é que tais circunstâncias não encontram amparo probatório e, além disso, cumpre ressaltar que eventuais dificuldades a melhorias estruturais genéricas e à aquisição de medicamentos comuns demandam maiores esclarecimentos para terem o condão de configurar risco de grave lesão aos interesses públicos tutelados.

De toda forma, consigna-se que não passa despercebido o alto custo do medicamento, todavia não há indicativos de exaurimento do orçamento destinado à saúde, tampouco do efetivo prejuízo à prestação do serviço público ou da incapacidade do Município de suprir a demanda.

De mais a mais, sabe-se que as elevadas despesas impostas à Administração Pública, a título de tratamento médico indispensável à saúde do hipossuficiente, não constituem, por si sós, fundamento suficiente à configuração de grave lesão à ordem e economia públicas.

Nesse norte: Atente-se que está firmada a interpretação constitucional da supremacia da garantia de tutela à saúde do cidadão hipossuficiente sobre eventual custo imposto ao Poder Público, tendo em vista o dever do Estado de prover os meios para o fornecimento de medicamentos e tratamento que sejam necessários a pacientes sem condições financeiras de custeio (SS 4316/RO, Rel. Min. Cezar Peluso).

[...]

Ademais, o princípio do “acesso igualitário e universal”, como qualquer outro que diga respeito à igualdade entre todos, deve sempre merecer análise dentro dos parâmetros de isonomia. Daí, em face do grave problema que afeta a Autora, necessário o seu pronto atendimento. Tratamento diferenciado para caso diferenciado, eis o exato cumprimento dos arts. 196 da Constituição Federal.

[...]

Nesta senda, a manutenção da decisão atacada demonstra-se imperiosa para o regular tratamento de saúde e a preservação da vida da interessada, somando-se a isso o fato inexistir nos autos comprovação da alegada lesão e da indisponibilidade financeira do Estado que o impediria de importar e fornecer o medicamento – motivos pelos quais entendo cabível o indeferimento do pedido de suspensão. (STF, SS n. 4.972/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 10/12/2014)

Consulte-se, ainda: STF, MC na SS n. 5.192/GO, rela. Mina. Cármen Lúcia, j. em 7/8/2017; e TJSC, Suspensão de Liminar n. 4000725-48.2018.8.24.0000, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. em 24/1/2018.

Vale observar que, de outra sorte, a suspensão da tutela provisória ocasionaria o cessamento da terapia medicamentosa, a qual é imprescindível para a tutela do direito fundamental à vida, haja vista a gravidade da doença da agravada.

Nesse ponto, convém reforçar:

AGRAVOS REGIMENTAIS. SUSPENSÃO DE LIMINAR. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. SAÚDE PÚBLICA. DIREITO À SAÚDE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRATAMENTO SEM OS RESULTADOS ESPERADOS. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE MEDICAMENTO QUE SE MOSTRA IMPRESCINDÍVEL PARA A MELHORIA DA SAÚDE E MANUTENÇÃO DA VIDA DO PACIENTE. MEDICAÇÃO SEM REGISTRO NA ANVISA. FÁRMACO REGISTRADO EM ENTIDADE GOVERNAMENTAL CONGÊNERE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DO RISCO DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. SUSPENSÃO DE LIMINAR INDEFERIDA. AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Decisão que deferiu o fornecimento de medicamentos não disponíveis na rede pública de saúde para o tratamento do vírus da Hepatite genótipo “C”.

II – Tratamento oferecido no âmbito do Sistema Único de Saúde que

não surtiu o efeito esperado. Prescrição da utilização combinada dos medicamentos Sofosbuvir 400 mg, Simeprevir 150 mg e Ribavirina 250 mg, única forma viável de evitar o agravamento da doença.

III – Discussão sobre a possibilidade do custeio pelo Estado de medicamento ainda não registrado pela ANVISA. IV – Repercussão Geral da matéria reconhecida nos REs 566.471/RN e 657.718/MG, ambos de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

V – Eficácia do fármaco atestada aprovada por entidade governamental congênera à ANVISA.

VI – Decisão de indeferimento da suspensão que preserva a vida do paciente, ante a constatação da não comprovação do grave risco de lesão à ordem e à economia públicas.

VII – Agravos regimentais a que se nega provimento. (SL n. 815 AgR/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 7/5/2015)

Diante de casos semelhantes, esta Corte deixou de acolher pedido de suspensão: Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n. 4000725-48.2018.8.24.0000 de Brusque, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. em 24/1/2018; e Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela n. 400630190.2016.8.24.0000 de Tijucas, j. em 9/8/2016.

Por conseguinte, malgrado o alto custo do medicamento, a potencialidade de dano inverso e a falta de prova do risco de grave lesão à ordem e à economia públicas impedem a concessão da medida drástica de suspensão.

Ante o exposto, o voto é no sentido de negar provimento ao recurso.

## SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA

### **Recurso Extraordinário n. 4012455-90.2017.8.24.0000, da Capital**

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Procurador: Vitor Antônio Melillo (OAB: 7853/SC)

Recorrido: Sindicato dos Peritos Oficiais de Santa Catarina Sinposc

Advogado: Mercello Macedo Rebin (OAB: 6435/SC) e outros

Interessado: Secretário de Administração do Estado de Santa Catarina

Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva

### DECISÃO MONOCRÁTICA

Estado de Santa Catarina, com fulcro no art. 102, III, “a” “c” e “d” da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, interpôs recurso extraordinário contra os acórdão proferidos pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, que: a) concedeu a segurança almejada pelo Sindicato dos Peritos Oficiais de Santa Catarina – SINPOSC, reconhecendo aos seus substituídos o direito à percepção da verba intitulada de “Indenização por Regime Especial de Trabalho Pericial”, instituída pela Lei Complementar Estadual n. 610/2013 (fls. 116-130); e b) rejeitou os embargos de declaração opostos pelo recorrente (fls. 14-21 do incidente/50000).

Em síntese, defendeu que o acórdão guerreado distanciou-se do entendimento atual da Suprema Corte, tanto que, em situação similar a destes autos, reconheceu a existência de repercussão geral relativa à possibilidade (ou não) de conjugar o pagamento de subsídio com outra espécie remuneratória.

Nesse contexto, sustentou que a indenização por regime especial

de trabalho pericial, não obstante a nomenclatura conferida à vantagem, consiste, na verdade, em verba de caráter remuneratório, mostrando-se, portanto, inconstitucional, diante de seu caráter geral, afinal, além de ser extensível a todos os servidores ativos de forma indistinta, é paga mensalmente.

Asseverou, assim, que o acórdão combatido violou o art. 39, § 4º c/c § 8º, da CRFB/88. Além disso, a decisão afrontou o art. 37 da CRFB/88, porquanto o art. 3º da LC n. 610/2013 exigia a edição de norma regulamentadora, o que não foi observado.

Ao final, postulou a concessão de efeito suspensivo, com esteio no art. 1.029, § 5º, do CPC/2015.

A análise do pedido de efeito suspensivo foi ostergado à apresentação das contrarrazões (fl. 13).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 15-29 do incidente/50001), o pedido de efeito suspensivo ao reclamo extremo foi deferido por esta 2ª Vice- Presidência (fls. 31-35 do incidente/50001).

Após parecer exarado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça que, por seu Procurador Rogê Macedo Neves, deixou de officiar no feito nessa fase de admissibilidade recursal (fl. 46 do incidente/50001), vieram os autos conclusos.

É o relatório.

De início, cumpre ressaltar que a admissão do recurso especial e/ou extraordinário é ato que envolve apenas a verificação de pressupostos processuais, sem análise de mérito, razão pela qual a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que “[...] o juízo de admissibilidade do recurso especial não enseja o impedimento do Desembargador prolator da decisão que tenha participado do julgamento de recurso anterior atinente àquele feito” (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 338.492/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. em 20/03/2014, DJe 27/03/2014).

Superado este ponto, de plano, adianta-se que o recurso extraordinário reúne condições de ascender à Corte de destino.

Da percuciente análise dos autos, verifico que os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade foram atendidos, haja vista que a decisão judicial recorrida é de última instância, o reclamo é tempestivo, o recorrente é isento do recolhimento do preparo e foram devidamente alicerçadas as razões recursais na suposta afronta ao preceito constitucional, que, aliás, foi devidamente prequestionado.

Demais disso, constata-se o cumprimento do art. 1.035, § 2º, diante da arguição formal de repercussão geral.

Na linha argumentativa do recorrente, a verba questionada, não obstante a sua nomenclatura – indenizatória –, possui caráter geral e mensal, que lhe confere, portanto, nítida natureza remuneratória, circunstância coibida pela norma inserta no art. 39, § 4º, da CRFB/88, que veda o acréscimo de qualquer espécie remuneratória ao subsídio fixado em parcela única.

Pois bem. Como bem pontuado por esta 2ª Vice-Presidência, por ocasião da análise do pedido de efeito suspensivo (fls. 31-35 do incidente/50001), afigura-se plausível, em linha de princípio, a tese recursal do Estado de Santa Catarina, segundo a qual o acórdão recorrido acabou por **julgar válida lei local contestada em face da CRFB/88** (art. 102, inc. III, alínea “c”), ao reconhecer o direito de todos os substituídos na atividade, de forma indistinta, perceberem a denominada “indenização por regime especial de trabalho pericial”.

Na oportunidade, como fundamento para conceder o almejado efeito suspensivo, destaquei que o Supremo Tribunal Federal, em caso similar a destes autos, reconheceu a existência de repercussão geral no julgamento do RE n. 650898/RS, afetando-o ao TEMA 484/STF, no qual, por julgamento do Tribunal Pleno, no dia 1º-02-2017, fixou-se a seguinte tese jurídica:

“II - O art. 39, § 4º, da Constituição Federal não é incompatível com

o pagamento de terço de férias e décimo terceiro salário.com o fito de dirimir controvérsia sobre a “Possibilidade de concessão de gratificação natalina, ou de outras **espécies remuneratórias**, a detentor de mandato eletivo remunerado por **subsídio**.”

A propósito, o *leading case* RE n. 650.898 restou assim ementado:

“Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Ação direta de inconstitucionalidade estadual. Parâmetro de controle. Regime de subsídio. Verba de representação, 13º salário e terço constitucional de férias.

1. Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Precedentes.

**2. O regime de subsídio é incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal**, o que não é o caso do décimo terceiro salário e do terço constitucional de férias, pagos a todos os trabalhadores e servidores com periodicidade anual.

**3. A “verba de representação” impugnada tem natureza remuneratória, independentemente de a lei municipal atribuir-lhe nominalmente natureza indenizatória.** Como consequência, não é compatível com o regime constitucional de subsídio. 4. Recurso parcialmente provido.” (RE 650898, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017) [grifou-se].

Não custa reiterar também o registro feito na mesma decisão de fls. 31-35 (incidente/50001), quanto à existência de ADI 5.144/SC em face da Lei Complementar n. 611/2013, do Estado de Santa Catarina, que, tal como no presente caso, instituiu o subsídio único à outra categoria profissional, agregando ao seu pagamento a “indenização por regime especial de trabalho policial civil”.

Tal como no presente caso, a controvérsia que norteia a ADI 5.144/

SC diz respeito à natureza jurídica da verba denominada de “indenização por regime especial de trabalho policial civil”, considerando seu caráter geral e mensal.

Sobreleva anotar novamente que, naqueles autos, a douta Procuradoria-Geral da República exarou parecer opinando pela inconstitucionalidade de parte da norma, mais especificamente no ponto em que estabelece o pagamento da parcela de subsídio com a “indenização por regime especial de trabalho pericial”, *ex vi*:

“[...]. De acordo com o § 1º do art. 6º, a parcela é devida a policiais que prestem serviços (I) em condições adversas de segurança; (II) com risco à vida; (III) em cumprimento a escalas de plantão; (IV) em cumprimento a horários normais e irregulares; e (V) sujeitos a plantões noturnos e a chamados a qualquer hora e dia. O art. 6º, § 5º, da lei, por seu turno, estende a parcela a servidores que exerçam atividade administrativa na Polícia Civil catarinense.

Conforme se expôs, o regime unitário que caracteriza o modelo constitucional de subsídio repele acréscimos remuneratórios devidos em decorrência de trabalho ordinário de servidor. O art. 39, § 4º, da CR é expresso ao vedar acréscimo de gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação e outras espécies remuneratórias à parcela única. Para que determinada verba pecuniária seja percebida em cumulação ao subsídio, faz-se necessário que possua fundamento, por exemplo, no desempenho de atividades extraordinárias, que não constituam atribuições regulares desempenhadas pelo servidor.

Tal não se verifica no caso. A exposição a perigo e desempenho de atribuições em condições adversas de segurança ou com risco à vida é inerente à atuação de integrantes de carreira policial. A sujeição a plantões e a horários de trabalho irregulares, por sua vez, decorre do regime de dedicação integral e exclusiva ao ser viço a que se sujeitam policiais civis de todas as unidades federativas (Lei 4.878, de 3 de dezembro de 1965).

Desse modo, o fato gerador da parcela indenizatória prevista nos arts. 6º e 7º da lei complementar catarinense constituem, em verdade, características inerentes às atribuições constitucionalmente conferidas



a integrantes dos órgãos responsáveis pela segurança pública, voltadas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio e à prevenção, apuração e repressão a infrações penais (CR, art. 144, caput e § 4o).

A ausência de função indenizatória da verba fica mais evidente ante a previsão do art. 6o, § 5o, da Lei Complementar 611/2013, que a estende a servidores em atividades meramente administrativas. Ao fazê-lo, a norma desvincula a parcela dos fatores que supostamente a legitimariam – condições adversas de segurança e risco à vida – e deixa em evidência sua natureza remuneratória ordinária.

Apesar de denominar-se “indenização”, constitui verdadeira espécie de vencimento adicional vinculado a mero desempenho de atribuições regulares, cuja percepção fere a unicidade do modelo constitucional de remuneração por subsídio, previsto no art. 39, § 4o, da Constituição do Brasil.

Ante o exposto, opina o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA pela procedência parcial do pedido, para declaração de inconstitucionalidade dos arts. 6o e 7o da Lei Complementar 611, de 20 de dezembro de 2013, do Estado de Santa Catarina.”

Sendo assim, diante da plausibilidade jurídica da tese recursal, a ascensão do reclamo extremo encontra fundamento, sobretudo, na alínea “c” do permissivo constitucional, haja vista a possibilidade de haver sido julgada válida lei local (LCE n. 610/2013) em face da Constituição Federal (art. 39, § 4o e 8o, da CRFB/88), circunstância, aliás, que **não atrai** o óbice da Súmula 280 do STF.

Nesse particular, *ad argumentandum tantum*, cumpre ponderar que o recurso especial (incidente/50002), manejado igualmente pelo ora recorrido, não foi admitido e, entre os fundamentos de inadmissão, foi utilizado o enunciado daquela súmula.

Isso porque, naquele caso, questionava-se a possibilidade de ofensa ao art. 492 do CPC/2015, alegando que a própria legislação local (LCE n. 610/2013) dispunha que a “indenização por regime especial de trabalho

pericial” serviria para recompensar os riscos de eventual prestação de serviço em condições adversas.

De conseguinte, para se aferir a alegada ofensa ao art. 492 do CPC/2015 haveria necessidade de apreciação da norma local.

O mesmo raciocínio, porém, não alcança o reclamo raro, afinal, como dito, a análise da lei local, *in casu*, é necessária frente ao permissivo constitucional previsto na alínea “c” do inciso III do art. 102 da CRFB/88, sobre o qual se fundamenta a presente insurgência, *ex vi*:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I;

II;

III- julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a);

b);

c) **julgar válida lei** ou ato de governo **local contestado em face desta Constituição**. [.]” (grifou-se).

Diante desse cenário e por não haver qualquer óbice, em linha de princípio, que impeça a ascensão do presente recurso, entendo que a tese defendida pelo recorrente, pela plausibilidade jurídica que aparenta possuir, merece ser enfrentada pela Suprema Corte.

Demais alegações recursais, por força cogente do disposto no parágrafo único do art. 1.034 do CPC/2015, igualmente serão devolvidas à Excelsa Corte Federal.

À vista do exposto, **admito** o recurso extraordinário, mantendo a decisão que concedeu efeito suspensivo ao apelo raro.

Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 19 de junho de 2018.

Desembargador Carlos Adilson Silva  
2º Vice-Presidente

**Recurso Extraordinário n. 0057807-17.2010.8.24.0023/50004,  
da Capital**

Recorrente: Nevilde Rita Colombo

Advogado: Márcio Luiz Fogaca Vicari (OAB: 9199/SC)

Recorrido: IPREV Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina

Advogada: Juliana Carara Soares Ramos (OAB: 19292/SC) e outro

**DECISÃO MONOCRÁTICA**

O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – IPREV, com fulcro no art. 102, inc. III, “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, interpôs recurso extraordinário contra acórdão (fls. 96-99) prolatado pela egrégia Segunda Câmara de Direito Público que, por unanimidade, negou provimento ao seu apelo e à remessa necessária, confirmando a r. sentença que concedeu parcialmente a ordem no mandado de segurança *“de modo a compelir a autoridade coatora a pagar mensalmente o benefício da pensão por morte devido à impetrante nos moldes definidos no artigo 40, § 7º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 41/2003, tendo como base para o cálculo, os valores correspondentes à totalidade dos vencimentos ou proventos do instituidor se vivo fosse, acrescidos das vantagens pessoais, excluídas apenas as verbas de natureza indenizatória, observando-se, no entanto, o limite remuneratório previsto no artigo 37, XI, da Constituição Federal e Lei n. 15.050/09”* (fl. 57).

Em suas razões recursais, alegou, em síntese, que o acórdão combatido contrariou o art. 40, § 7º, I, c/c § 8º, da CRFB/88, pois, ao determinar o pagamento da pensão com base nos proventos do instituidor se vivo fosse, concedeu equivocadamente o direito à paridade.

Sustentou que a pensão devida à impetrante deve observar como base de cálculo os valores correspondentes à totalidade dos proventos do instituidor na data do óbito, inexistindo direito à paridade (fls. 122-130).

Com as contrarrazões (fls. 136-138), os autos vieram conclusos a esta 2º Vice-Presidência que determinou o sobrestamento do recurso em razão da identidade da matéria objeto do reclamo com o **TEMA 396/STF** (fls. 144-145).

Em virtude do trânsito em julgado do RE n. 603.580/RJ (**TEMA 396/STF**), o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes – NUGEP desta Corte cessou o sobrestamento do recurso e encaminhou conclusos os autos a esta 2ª Vice-Presidência (fl. 147) que, ato contínuo, ordenou a remessa dos autos à Câmara julgadora a fim de exercer o juízo de retratação abordado pelo art. 1.030, inc. II, do CPC/2015 (fls. 148-150).

Na sequência, a Segunda Câmara de Direito Público deste Tribunal, em sede de juízo retratação, adequou a decisão recorrida ao entendimento firmado pela Suprema Corte quando do julgamento do **TEMA 396/STF**, dando provimento à apelação manejada pelo IPREV para denegar integralmente a segurança vindicada (fls. 161-168). Os 02 (dois) embargos de declaração opostos pela impetrante, ora recorrente, foram rejeitados (fls. 195-199 e 211-213).

Ato contínuo, Nevilde Rita Colombo, com arrimo no art. 102, inc. III, “a”, da CRFB/88, interpôs recurso extraordinário contra o referido acórdão prolatado em sede juízo de adequação, o qual, ao adotar a tese fixada pela Suprema Corte no julgamento do **TEMA 396/STF**, proveu o recurso voluntário apresentado pelo IPREV e, por consequência, reformou a r. sentença que outrora havia concedido a ordem em mandado de segurança.

Aduziu, em síntese, que a decisão vergastada violou o disposto no art. 40, § 7º, inc. I, da CRFB/88, apontando distinção entre a hipótese dos autos e o caso concreto objeto do julgamento realizado pela Suprema

Corte em sede de repercussão geral (**TEMA 396/STF**). Defendeu que, *in casu*, não incide a tese jurídica firmada pelo Supremo Tribunal Federal no **TEMA 396/STF**, porquanto o servidor, instituidor do benefício, faleceu antes da entrada em vigor da Lei Federal n. 10.887/04 (21.06.04), a qual dispôs sobre a aplicação da EC n. 41/03, de 19.12.03 (fls. 216-224).

Contrarrazões às fls. 232-237.

É o relatório.

De plano, adianta-se que o recurso extraordinário reúne condições de ascender à Corte de destino: a decisão recorrida é de última instância, o reclamo revela-se tempestivo, a parte efetuou o pagamento do preparo, há preliminar formal de repercussão geral e estão suficientemente alicerçados os argumentos que sustentam a ofensa a dispositivo constitucional (art. 40, § 7º, inc. I, da CRFB/88) e a falta de identidade necessária entre a hipótese dos autos e o *leading case* (RE n. 603.580/RJ – **TEMA 396/STF**).

A Suprema Corte, em 20.05.2015, sob a relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, ao julgar o **TEMA 396/STF**, cuja controvérsia refere-se ao *“Direito adquirido aos critérios da paridade e integralidade no pagamento de pensão por morte de servidor aposentado antes do advento da Emenda Constitucional n. 41/2003, mas falecido durante sua vigência”*, deu parcial provimento ao RE n. 603.580/RJ, submetido à sistemática da repercussão geral, fixando a seguinte tese: *“Os pensionistas de servidor falecido posteriormente à EC 41/2003 têm direito à paridade com servidores em atividade (EC 41/2003, art. 7º), caso se enquadrem na regra de transição prevista no art. 3º da EC 47/2005. Não tem, contudo, direito à integralidade (CF, art. 40, § 7º, inciso I)”* (grifou-se).

Veja-se a ementa do acórdão paradigma:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO.  
CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO.  
PENSÃO POR MORTE. INSTITUIDOR  
APOSENTADO ANTES DA EMENDA  
CONSTITUCIONAL 41/2003, PORÉM  
FALECIDO APÓS SEU ADVENTO.  
DIREITO DO PENSIONISTA À PARIDADE.  
IMPOSSIBILIDADE. EXCEÇÃO: ART. 3º DA EC  
47/2005. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE  
SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

I – O benefício previdenciário da pensão por morte deve ser regido pela lei vigente à época do óbito de seu instituidor.

II – Às pensões derivadas de óbito de servidores aposentados nos termos do art. 3º da EC 47/2005 é garantido o direito à paridade. Assim, a unidade, funcionando de modo autônomo (ou seja, desvincilhado do Registro de Imóveis), já foi criada. A possibilidade de a serventia ser deficitária não passa mais pelo crivo do binômio oportunidade/conveniência, pois cedo ou tarde deve ser preenchida.

III – Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento (DJe em 03.08.2015).

Demais disso, na referida decisão, o Supremo Tribunal Federal consagrou o princípio *tempus regit actum*, ou seja, “o benefício previdenciário da pensão por morte deve ser regido pela lei vigente à época do óbito de seu instituidor.”

Resumindo: se a pensão por morte for instituída na vigência da EC n. 41/03 (19.12.03), deve a mesma regê-la, de modo que o seu valor será apurado (critério de fixação do valor do benefício) e reajustado (critério de reajustamento do benefício) nos termos do art. 40, § 7º, incs. I e II, § 8º, da CRFB/88.

Nesse ponto, no tocante ao **direito à integralidade**, sobreleva registrar a existência de controvérsia a respeito do marco inicial de aplicação da referida regra que reduziu o valor das pensões (art. 40, § 7º, incs. I e II, da CRFB/88), conforme consignou o Exmo. Min. Roberto Barroso, em seu voto-vista prolatado no julgamento do **TEMA 396/STF** = dia do início da vigência da EC n. 41/03 (31.12.03) X data de publicação da Lei Federal n. 10.887/04 (21.06.2014), a qual regulamentou a EC n. 41/03.

Contudo, da leitura atenta do acórdão paradigma, constata-se que essa polêmica, com efeito, não foi expressamente enfrentada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o **TEMA 396/STF**, porquanto, como bem pontuou o Exmo. Min. Roberto Barroso, em nota, tratava-se de *“questão prescindível para a solução do presente caso, uma vez que o instituidor da pensão faleceu após a vigência da Lei nº 10.887/2004”*. Por oportuno, a fim de contextualizar tal observação, transcreve-se excerto do mencionado voto:

## II. A EXTINÇÃO DOS DIREITOS À INTEGRALIDADE E À PARIDADE PELA EC Nº 41/2003

[...]

11. De fato, o *direito à integralidade*, na redação anterior à EC 41/2003, encontrava-se contemplado no art. 40, §7º, CF, que estipulava que a pensão por morte seria *igual ao valor dos proventos do servidor falecido*.

[...]

13. A EC 41/2003 alterou a redação dos referidos dispositivos. No que respeita ao valor das pensões, previu que estas corresponderiam ao montante dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (RGPS), acrescido de 70% da importância excedente deste limite. [1] A nova regra adere à tendência de conceder pensão menor do que a remuneração percebida pelo falecido, ao fundamento de que as necessidades de manutenção da família diminuem com o falecimento de um membro.



[...]

[1] Há quem entenda que a regra que extinguiu a integralidade, reduzindo o benefício de pensão em 30% do valor que superasse o limite do RGPS, passou a ser aplicável apenas a partir de 21-06-2004, data em que entrou em vigor a Lei nº 10.887/2004, em virtude do que dispôs seu art. 2º, que regulamentou o disposto no novo § 7º do art. 40 da Constituição. Neste sentido: ZAMBITTE, Fábio. *Curso de Direito Previdenciário*, 19. ed., 2014, p. 766. Trata-se, contudo, de questão prescindível para a solução do presente caso, uma vez que o instituidor da pensão faleceu após a vigência da Lei nº 10.887/2004 (sublinhou-se).

Em princípio, aí reside, portanto, a peculiaridade, sinalizada pela impetrante, ora recorrente, desde os embargos de declaração opostos às fls. 170-173, que supostamente diferencia o caso *sub judice* daquele que ensejou a formação do precedente (RE n. 603.580/RJ – **TEMA 396/STF**).

E, isso porque, na hipótese dos autos, o servidor, instituidor do benefício, faleceu em **06.05.04**, ou seja, no entremeio da vigência da EC n. 41/03 (**31.12.03**) e da entrada em vigor da Lei Federal n. 10.887/04 (**21.06.04**).

Nesse panorama, denota-se plausibilidade na proposição recursal defendida pela insurgente no sentido de que não teria sido objeto do julgamento do **TEMA 396/STF** (RE n. 603.580/RJ) a discussão relativa à inaplicabilidade da regra que extinguiu o direito à integralidade (incs. I e II do § 7º do art. 40 da CRFB/88, incluídos pela EC n. 41/03) para as pensões originárias de óbitos ocorridos no intervalo entre a vigência da EC n. 41/03 (19.12.03) e a entrada em vigor da Lei Federal n. 10.887/04 (21.06.04).

Sobre esse assunto controvertido, convém reproduzir o entendimento de Fábio Zambitte Ibrahim, assinalado em sua obra “*Curso de Direito Previdenciário*”:

No que diz respeito à **pensão por morte, o art. 40, § 7º, dispõe que esta deixa de ser integral quando superior ao limite máximo de benefícios do RGPS.**

[...]

Essa regra somente seria aplicável após os óbitos ocorridos em momento posterior à sua regulamentação, que foi feita, em primeiro momento, pela MP nº 167/2004. Todavia, quando de sua conversão em lei, a mesma fixou como marco para o redutor da pensão os óbitos a partir de 21 de junho de 2004, data de publicação da Lei nº 10.887/2004 (art. 2º).

[...]

Desta forma, **a antiga regra com pagamentos integrais da pensão e paridade plena entre ativos e inativos permanece para os óbitos ocorridos até 30/12/2003** (art. 7º c/c art. 11, ambos da EC nº 41/03), **sendo que, a partir de 31/12/2003, início da vigência da EC nº 41/03, deixa de existir a garantia da paridade das pensões, que ainda serão integrais, estando somente as pensões originárias de óbitos a partir de 21/6/2004 sujeitas à redução de 30% sobre os valores superiores ao teto do RGPS e sem paridade** (art. 2º da Lei n.º 10.887/04). Em todas as hipóteses, haverá cotização sobre a parcela que ultrapassar o teto do RGPS (*Curso de Direito Previdenciário*, 19. Ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2014, p. 765-766 – grifou-se).

Dessarte, diante da plausibilidade da tese recursal e à míngua de precedentes do Supremo Tribunal Federal acerca da questão polemizada, constata-se, em tese, que a controvérsia sob exame possui densidade para ser apreciada pela Suprema Corte.

À vista do exposto, **admito** o recurso extraordinário.

Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 23 de fevereiro de 2018.

Desembargador Carlos Adilson Silva  
2º Vice-Presidente

**Recurso Especial n. 0002699-33.2016.8.24.0139/50000, de Porto Belo**

Recorrente: Eder Henrique Bentlin

Advogado: Alex Cruz Hernandez (OAB:30548/SC)

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Proc. de Justiça: Jorge Orofino da Luz Fontes

**DECISÃO MONOCRÁTICA**

Eder Henrique Bentlin interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, contra acórdão prolatado pela Primeira Câmara Criminal que o condenou *“pela prática do crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal, à pena de 15 (quinze) dias de detenção, no regime aberto, 10 (dez) dias-multa, no montante equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente à época”* e majorou *“a pena do crime de tráfico de drogas para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, a ser inicialmente resgatado no regime fechado”*.

Em suas razões recursais, sustentou ter o acórdão contrariado o teor do art. 330 do Código Penal, ao condená-lo pelo crime de desobediência, argumentando ser atípica a conduta de desobedecer à ordem de parada emanada de agente policial, por constituir hipótese de infração administrativa prevista especificamente no art. 195 do Código de Trânsito Brasileiro e por ter sido praticada no intuito de não produzir prova contra si mesmo, considerando que transportava maconha no momento da abordagem. Aduziu ofensa ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ao afastar a causa especial de redução de pena estabelecida no dispositivo em questão, considerando que foi absolvido no único outro processo criminal contra ele existente, de forma que não subsistiriam motivos para

descaracterizar a hipótese redutora. Alegou ainda violação aos arts. 155 e 381, III, do Código de Processo Penal, defendendo inviável a imposição do regime fechado com fundamento na gravidade abstrata do crime quando todas as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, invocando os enunciados das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça, bem como decisões das Cortes Superiores, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial.

Com as contrarrazões (fls. 28-42 do incidente 50000), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência.

É o relatório.

O recurso merece ascender ao Superior Tribunal de Justiça, diante do preenchimento dos requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, importa mencionar que a interposição é tempestiva e que, em ação penal pública, *“A interposição de qualquer recurso a ela referente não depende do pagamento prévio de custas e não está, assim, sujeita à deserção por falta de preparo”* (STF, HC 74.338, rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, j. em 27/09/1996).

Além disso, o acórdão recorrido foi prolatado em última instância por Órgão Fracionário desta Corte Estadual, amoldando-se as razões recursais às hipóteses previstas no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, pois fundadas na suposta violação à norma prevista no art. 330 do Código Penal, entre outros dispositivos, questão de direito federal infraconstitucional apreciada no acórdão recorrido, ao condenar o aqui recorrente por crime de desobediência em virtude de não ter obedecido à ordem de parada emanada de agente policial, caracterizando o prequestionamento.

Ademais, foi demonstrada a existência de dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e decisões do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Tribunal de Justiça do Mato Grosso, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do Tribunal de Justiça do Rio

Grande do Sul e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em causas similares.

Convém salientar que a matéria em foco revela certa controvérsia inclusive no Superior Tribunal de Justiça.

Por um lado, em harmonia com o entendimento defendido nas razões recursais, existem decisões da Quinta Turma do STJ reconhecendo a atipicidade da conduta de desobecer à ordem de parada exarada por policiais rodoviários federais, ante o caráter subsidiário do crime de desobediência e da previsão de infração administrativa específica no art. 195 do CTB:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DESOBEDEIÊNCIA E TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO, RESPECTIVAMENTE, ÀS PENAS DE 15 DIAS DE DETENÇÃO, EM REGIME ABERTO, E 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA DESCRITA NO ART. 330 DO CP. ACOLHIMENTO. ATIPICIDADE EVIDENCIADA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CP. INVIABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

Em atenção ao princípio de intervenção mínima do Direito Penal - *ultima ratio* -, esta Corte tem entendido que, para configurar o crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), não basta o descumprimento de ordem legal emanada por funcionário público competente, é indispensável que inexista sanção administrativa ou civil determinada em lei específica no caso de descumprimento do ato.

No caso, infere-se que o paciente não obedeceu à ordem

legal dos policiais rodoviários federais para que parasse, conduta esta prevista pelo Código de Trânsito Brasileiro em seu art. 195. Assim, havendo previsão, na seara administrativa, para a conduta do cidadão que não obedece à ordem de parada do agente de trânsito, gênero do qual é espécie o policial rodoviário federal, e não sendo cumulada a possibilidade da infração administrativa com a de natureza penal, não há que se falar na tipificação do delito descrito no art. 330 do CP. Precedentes.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para absolver o paciente da conduta descrita no art. 330 do Código Penal, mantidos os demais termos da condenação.” (STJ, HC 348.265/SC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 18/08/2016)

“PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESOBEDIÊNCIA. NÃO PARAR O VEÍCULO E EMPREENDER FUGA, AO SER ABORDADO POR POLICIAIS. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. Para a caracterização do crime de desobediência (art. 330 do CP), é necessário que não haja sanção especial para o seu não cumprimento, ou seja, se pelo descumprimento de ordem legal de servidor público, alguma lei estabelece determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em questão, salvo se a referida lei expressamente ressaltar a cumulativa aplicação do art. 330 do CP.
2. No presente caso, a conduta praticada pelo Recorrido (não parar o veículo e empreender fuga, ao ser abordado por policiais rodoviários federais) encontra, na legislação de trânsito (art. 195 do CTB - Desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de seus agentes), a previsão de penalidade administrativa (multa), não prevendo lá a cumulação com a sanção criminal.
3. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no REsp 1.492.647/PR, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 10/11/2015).

Em contrapartida, há decisão ainda mais recente no sentido contrário, a qual confere respaldo ao acórdão recorrido, ao fundamento de que aquele entendimento seria inaplicável quando a ordem de parada for dada por policiais militares – e não por agentes de trânsito – no exercício de atividade ostensiva, destinada à prevenção e à repressão de crimes, acionados especificamente para abordar suspeito de cometer delitos:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DESOBEDIÊNCIA. ART. 330 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE PARADA EMANADA DE POLICIAIS MILITARES NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE OSTENSIVA. ORDEM NÃO DIRIGIDA POR AUTORIDADE DE TRÂNSITO E NEM DE SEUS AGENTES. INOCORRÊNCIA DA INFRAÇÃO DE TRÂNSITO PREVISTA NO ART. 195 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. TIPICIDADE DA CONDUTA. DESOBEDIÊNCIA E FUGA. SUPOSTO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AUTODEFESA E DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. DIREITOS NÃO ABSOLUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO PARA A PRÁTICA DE DELITOS. AUSÊNCIA DE DOLO. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO- PROBATÓRIA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM ATENUANTE DA CONFISSÃO NO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

**II - Segundo jurisprudência deste Tribunal Superior, a desobediência de ordem de parada dada pela autoridade de trânsito ou por seus agentes, ou mesmo por policiais ou outros agentes públicos no exercício de atividades relacionadas ao trânsito, não constitui crime de desobediência, pois há previsão de sanção administrativa específica no art. 195 do Código de Trânsito Brasileiro, o qual não estabelece a possibilidade de cumulação de sanção penal. Assim, em razão dos princípios da subsidiariedade do Direito Penal e da intervenção mínima, inviável a responsabilização da conduta na**

**esfera criminal.**

III - No presente caso, contudo, a ordem de parada não foi dada pela autoridade de trânsito e nem por seus agentes, mas por policiais militares no exercício de atividade ostensiva, destinada à prevenção e à repressão de crimes, que foram acionados para fazer a abordagem do paciente, em razão de atividade suspeita por ela apresentada, conforme restou expressamente consignado no v. acórdão impugnado. Desta forma, não restou configurada a hipótese de incidência da regra contida no art. 195 do Código de Trânsito Brasileiro e, por conseguinte, do entendimento segundo o qual não seria possível a responsabilização criminal do paciente pelo delito de desobediência tipificado no art. 330 do Código Penal.

IV - Os direitos ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo não são absolutos, razão pela qual não podem ser invocados para a prática de outros delitos. Embora por fatos diversos, aplica-se ao presente caso a mesma solução jurídica decidida pela Terceira Seção desta Corte Superior quando do julgamento do REsp n. 1.362.524/MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual foi fixada a tese de que “típica é a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

V - Inviável o reconhecimento da atipicidade da conduta por ausência de dolo uma vez que restou expressamente consignado no v. acórdão combatido que o paciente, de forma consciente e deliberada, desobedeceu a ordem de parada dada pelos policiais militares. Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para afastar o dolo do paciente demandaria, necessariamente, amplo reexame da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. [...] (STJ, HC 369.082/SC, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 27/06/2017)

No caso em apreço, o acórdão guerreado relatou que a ordem de parada foi dada pela Polícia Militar, sem especificar os objetivos da barreira policial realizada.

Logo, o recurso especial se mostra pertinente também diante da função do Superior Tribunal de Justiça de uniformizar a jurisprudência pátria,



assegurando a isonomia e a segurança jurídica.

Demais disso, à luz do regramento inserto no art. 1.030, I, III, e V, “a” e “c”, do CPC/15, cumpre mencionar que a matéria em discussão no reclamo ainda não foi submetida ao regime de julgamento de recursos repetitivos.

Admissível o recurso com base no fundamento em alusão, revela-se despiciendo o exame das demais alegações recursais, notadamente acerca da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e da imposição do regime inicial fechado.

À vista do exposto, com fulcro no art. 1.030, *caput*, V, do CPC/15, admito o recurso especial.

Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2018.

Desembargador Carlos Adilson Silva  
2º Vice-Presidente

## TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

### **Agravo n. 0005948-19.2013.8.24.0067/50005, São Miguel do Oeste**

Agravante: Dirceu Drehmer

Advogada: Noeli Berté (OAB: 27705/SC) e outro

Agravados: Radamés Henrique Ferronato e outros

Advogado: Fernando Emilio Tiesca (OAB: 8599/SC) e outro

Relator: Desembargador Altamiro de Oliveira

### DECISÃO MONOCRÁTICA

Dirceu Drehmer, com base no art. 1.021, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, interpôs o presente agravo interno contra a decisão que não admitiu o recurso especial por motivo diverso da sistemática de recursos repetitivos.

Como cediço, a via processual adequada para impugnar a decisão que, ao fazer juízo de admissibilidade nos termos do art. 1.030, inciso V, do Código de Processo Civil de 2015, veda a ascensão do recurso especial à instância superior, sem a análise de matérias submetidas à sistemática de recursos repetitivos a que se referem os arts. 1.030, inciso I, e 1.036 a 1.041, do Código de Processo Civil de 2015 (art. 543-C, § 7º, inciso I, do CPC/1973), é o agravo (nos próprios autos) expressamente previsto nos arts. 1.030, § 1º, e 1.042, do Código de Processo Civil de 2015 (correspondente ao art. 544, CPC/1973), endereçado ao Superior Tribunal de Justiça; e não o agravo interno dos arts. 1.021 e 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015.

Não há dúvida jurídica sobre qual dos dois recursos é cabível, porque Código de Processo Civil de 2015 traz regras muito claras e expressas, distinguindo perfeitamente as duas situações, ao dizer, com

todas as letras, no art. 1.030, § 2º, que é cabível o agravo interno do art. 1.021, ao próprio Tribunal recorrido (de origem, portanto), nos casos em que o Vice-Presidente aplica, com base no art. 1.030, inciso I, letra “a” ou “b”, a sistemática de recursos repetitivos ou de repercussão geral já julgados pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal; e, no art. 1.030, § 1º, que é cabível o agravo do art. 1.042 ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, quando o Vice-Presidente não admite o recurso especial ou o recurso extraordinário com base no inciso V do art. 1.030 (juízo de admissibilidade).

Aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, a interposição de agravo regimental ou interno ao Tribunal de origem, nesses casos, configura erro grosseiro, o que impede a aplicação do princípio da fungibilidade.

O Superior Tribunal de Justiça, à luz do Código de Processo Civil de 1973, consolidou a seguinte orientação:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. NÃO ADMISSÃO NA ORIGEM. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. ERRO GROSSEIRO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE PARA SE CONHECER DO AGRAVO INTERNO COMO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL.

1. “A interposição de agravo regimental ao invés do agravo previsto no art. 544 do CPC constitui erro grosseiro, o que impede a aplicação do princípio da fungibilidade. Precedente do STF.” (EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no RMS 30.693/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2013, DJe 25/09/2013)
2. Agravo regimental improvido. (STJ - Sexta Turma, AgRg no REsp 1541467/GO, Relª. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 05/11/2015 – grifei).

“[...] Em sendo entendimento desta Corte Superior que o agravo do artigo 544 do Código de Processo Civil é o único recurso adequado contra a decisão do Tribunal de origem

que não admite o recurso especial, mostra-se manifestamente incabível a interposição de agravo regimental contra a referida decisão, não gerando, portanto, a interrupção do prazo para a interposição do recurso próprio” (STJ - Terceira Turma, AgRg no AREsp n. 422.185/CE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 04/09/2014 – grifei).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO NA ORIGEM. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO INCABÍVEL. INTERRUPÇÃO DO PRAZO RECURSAL. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL INTEMPESTIVO.

URSO ESPECIAL INTEMPESTIVO.

1. É intempestivo o agravo em recurso especial interposto fora do prazo legal de 10 (dez) dias previsto no art. 544 do Código de Processo Civil.

2. Não se conhece do agravo regimental interposto contra decisão que não admitiu o recurso especial, pois o recurso cabível é o agravo nos próprios autos, nos termos do art. 544 do Código de Processo Civil.

3. Agravo regimental não provido. (STJ - Terceira Turma, AgRg no AREsp 687.694/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 03/02/2016).

Anota-se que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida no Agravo em Recurso Especial 959.991/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, publicada no DJe de 26/082016, analisando a questão sob as regras do Código de Processo Civil de 2015, reforçou essa orientação pela não fungibilidade e não conheceu do recurso, em caso inverso (em que era cabível o agravo interno ao Tribunal de origem e não o agravo nos próprios autos).

Como se disse, a decisão objurgada não foi proferida à luz do procedimento dos recursos repetitivos (arts. 1.030, inciso I, e 1.036 a 1.041 do CPC/2015, correspondentes ao art. 543-C, § 7º, inciso I, do CPC/1973), mormente porque o recurso especial não foi admitido em razão da sua deserção (fls. 242/243).

Nesse passo, não há como aplicar a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça na Questão de Ordem suscitada no Ag n. 1.154.599/SP, que somente pode ser considerada nos casos em que a decisão envolva matéria discutida em recurso repetitivo (art. 543-B ou art. 543-C, do CPC/1973); e mais, quando o juízo de admissibilidade se faz com base no Código revogado, já que o novo é por demais cristalino acerca do recurso cabível.

Pelo exposto, não conheço do agravo interno, porque imprópria a via recursal eleita.

Intimem-se.

Florianópolis, 27 de junho de 2018.

Desembargador Altamiro de Oliveira  
3º VICE-PRESIDENTE

**Recurso Especial n. 0330699-95.2014.8.24.0023/50002, Capital**

Recorrente: H. P.M.

Advogado: Mauricio Vieira Bittencourt (OAB: 9703/SC)

Recorrida: U.G. F.C. de T. M. LTDA

Advogado: Milton Luiz Cleve Kuster (OAB: 7919/PR)

Relator: Desembargador Altamiro de Oliveira

**DECISÃO MONOCRÁTICA**

H. P. M., com base no art. 105, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal, interpôs o presente recurso especial alegando divergência jurisprudencial no que tange à fixação do quantum indenizatório. Cumprida a fase do art. 1.030, caput, do Código de Processo Civil/2015.

O recurso não merece ascender, pelo permissivo constitucional da alínea “c”, porquanto que a revisão do valor fixado para reparação dos danos morais somente é possível nas hipóteses de arbitramento irrisório ou exorbitante, o que não se vislumbra no caso em tela.

Além disso, “a análise do dissídio jurisprudencial fica prejudicada em razão da aplicação do enunciado da Súmula 7/STJ, porquanto não é possível encontrar similitude fática entre o aresto combatido e os arestos paradigmas, uma vez que as suas conclusões díspares ocorreram, não em razão de entendimentos diversos sobre uma mesma questão legal, mas, sim, em razão de fundamentações baseadas em fatos, provas e circunstâncias específicas de cada processo.” (STJ - Terceira Turma, AgRg no AREsp n. 747.197/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 24/11/2015).

Nesse passo, tem orientado o Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. AUTOGESTÃO. RECUSA NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DANO MORAL. SÚMULA 83/STJ. MODIFICAÇÃO DO QUANTUM FIXADO IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Compete ao profissional habilitado indicar a opção adequada para o tratamento da doença que acomete seu paciente, não incumbindo à seguradora discutir o procedimento, mas custear as despesas de acordo com a melhor técnica. Além disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de o plano de saúde estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de procedimento utilizado para o tratamento de cada uma delas. Precedentes.

2. É cediço o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que “a revisão de indenização por danos morais só é viável em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo” (AgRg no AREsp 453.912/MS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 25/8/2014), sob pena de incidência do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, desproporcionalidade esta que não se constata na hipótese, em que foi fixada a indenização em R\$ 10.000, 00 (dez mil reais).

3. Agravo interno improvido.”

(AgInt no AREsp 901.638/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 20/10/2016, grifou-se).

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO PARA IMPLANTE DE MARCAPASSO. RECUSA INDEVIDA. CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. NECESSIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. O Colegiado estadual julgou a lide de acordo com a convicção formada pelos elementos fáticos existentes nos autos, concluindo pela injusta negativa de cobertura ao procedimento médico solicitado. Portanto, qualquer alteração nesse quadro demandaria o reexame de todo o conjunto probatório, o que é vedado a esta Corte ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ.

2. Essa Corte possui orientação pacífica segundo a qual “é abusiva a cláusula restritiva de direito que exclui do plano de saúde o custeio dos meios necessários ao melhor desempenho do tratamento” (AREsp n. 354.006/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 12/8/2013). Incidência, no ponto, do óbice da Súmula 83/STJ.

3. Levando-se em consideração as particularidades do caso e os parâmetros utilizados por este Tribunal Superior em situações análogas, verifico que a quantia indenizatória fixada em R\$ 10.000, 00 (dez mil reais) não se mostra desproporcional e sua revisão demandaria, inevitavelmente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado pela Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo interno improvido.” (AgInt no AREsp 894.279/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016, grifou-se).

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - DEMANDA POSTULANDO INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DA RECUSA INDEVIDA DE COBERTURA DA CIRURGIA CARDÍACA PARA COLOCAÇÃO DE STENT - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE E DEU PROVIMENTO AO APELO EXTREMO DOS CONSUMIDORES. IRRESIGNAÇÃO DA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura



financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário. Caracterização de dano moral in re ipsa. Precedentes.

2. Pretensão voltada à redução do valor fixado a título de dano moral. Inviabilidade. Quantum indenizatório arbitrado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o que não se distancia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte.

3. Agravo regimental desprovido, com aplicação de multa.” (AgRg no REsp 1345444/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/08/2013, grifou-se).

Pelo exposto, não admito o recurso especial.

Intimem-se.

Florianópolis, 29 de junho de 2018.

Desembargador Altamiro de Oliveira  
3º VICE-PRESIDENTE

**Recurso Especial n. 0015467-44.2012.8.24.0005/50001,  
Balneário Camboriú**

Recorrente: Eletrovalle Sistemas Elétricos Ltda

Advogado: Hérmir Espíndola Patrianova (OAB: 5686/SC)

Recorrido: Eletrovalle Metalúrgica Ltda

Advogado: Bruno Coelho Silva de Camargo (OAB: 083.771/RS) e outros

**DECISÃO MONOCRÁTICA**

Eletrovalle Sistemas Elétricos Ltda, com base no art. 105, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal, interpôs o presente recurso especial alegando divergência jurisprudencial no que diz respeito ao direito de uso simultâneo e harmônico de marcas. Cumprida a fase do art. 1.030, caput, do Código de Processo Civil.

O recurso não merece ser admitido, porquanto a Câmara deliberou em consonância com entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do uso indevido de marcas que, embora não expressivas, guardam no caso concreto identidade de fonética além de atuação ramos semelhantes.

Nesse contexto, incidem as Súmulas 7 e 83 do Superior Tribunal de Justiça.

É pertinente destacar trechos do julgado recorrido:

No caso, clarividente a similitude da expressão “Eletrovalle” e “Eletrovalle” na constituição do nome e da marca de ambas as litigantes. O que vem a distingui-las é apenas o acréscimo de uma letra “L”. Contudo, mantém-se a identidade do ponto de vista fonético, sendo essa identidade e semelhança suscetíveis de causar confusão ou associação indevidas.

Além disso, bem se observa que os serviços desenvolvidos por

ambas as empresas são relativos à componentes para instalações elétricas, sendo que o fato de uma explorar em superioridade a industrialização, enquanto a outra a comercialização, não possui o condão de desconstituir as notáveis semelhanças.

Há, pois, forte semelhança entre as referidas atividades empresariais, mormente diante do que se extrai dos contratos sociais acostados aos autos. Tal colidência torna possível que o cliente/consumidor, seja ele pessoa física ou jurídica, possa enganar-se ao comprar uma mercadoria de um representante da Eletrovalle Sistemas Elétricos Ltda e cogitar que está adquirindo produto com a qualidade e garantia dos produtos da Eletrovale Metalúrgica Ltda. (fl. 164)

Mutatis mutandis:

- [...] 2- O propósito recursal é definir se o prévio registro da marca CIA. DAS FÓRMULAS FARMÁCIA & MANIPULAÇÃO pelo segundo recorrido constitui óbice à concessão, ao recorrente, do registro da marca COMPANHIA DAS FÓRMULAS FARMÁCIA COM MANIPULAÇÃO.

3 - A ausência de decisão acerca de dispositivos legais indicados como violados pelo recorrente impede, quanto a eles, o conhecimento do recurso especial.

4 - A propriedade da marca é adquirida a partir da expedição válida de seu registro, o qual assegura a seu titular o direito de uso exclusivo em todo o território nacional, sendo, como é cediço, expressamente vedado o registro de marca que reproduza ou imite outra preexistente.

5 - De acordo com o art. 122 da LPI, apenas sinais visualmente perceptíveis que apresentem certo grau de distintividade podem ser registrados como marcas, sendo inviável o registro de sinais meramente genéricos, comuns ou descritivos.

6 - A interpretação do disposto no art. 124, VI, da LPI revela que marcas que constituam expressão de uso comum, de pouca originalidade, sem suficiente forma distintiva (denominadas de “fracas”, evocativas ou sugestivas), autorizam a mitigação da regra de exclusividade decorrente do registro válido, admitindo-se sua utilização por terceiros de boa-fé.

### Precedentes.

7 - Hipótese concreta, todavia, em que os elementos nominativos de ambos os conjuntos marcários estão combinados de maneira idêntica, de modo que, tratando-se de empresas que desempenham suas atividades no mesmo setor (manipulação e comércio de medicamentos), aquela que recebeu o registro com anterioridade tem o direito de uso exclusivo.

8 - Não se pode confundir a possibilidade de uso, em separado, de algum dos elementos nominativos que integram o conjunto marcário, quando sobre eles não houver direito de exclusividade, com a possibilidade de utilização do próprio conjunto tal como registrado anteriormente, na medida em que se trata de situações diversas.

9 - Tratando-se de empresas que atuam no mesmo ramo de serviços, possibilitar o uso simultâneo de marcas compostas pelos mesmos elementos nominativos subverteria os principais objetivos do registro marcário, pois: (i) impediria que se pudesse diferenciar, a priori, um produto ou serviço de outro, prejudicando a concorrência; e (ii) obstaria o reconhecimento da origem do produto ou serviço adquirido, levando a equívocos acerca de sua procedência, em evidente prejuízo ao público consumidor. (STJ - REsp 1.639.961/RS, Rel<sup>a</sup>. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 27/02/2018, DJe 02/03/2018)

Não bastasse, “(...) consoante se observa na transcrição do acórdão proferido pela Corte de origem, a possibilidade de utilizar-se a expressão designativa da marca (...) ocorreu com fulcro no contexto fático-probatório acostado aos autos, razão pela qual incide o óbice previsto na Súmula nº 7/STJ” (STJ - AgInt no REsp 1.338.834/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017).

Por fim, não custa enfatizar que a “jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que não é possível o conhecimento do apelo nobre interposto pela divergência, na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos e não na interpretação da lei. Isso porque a Súmula nº 7 do STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea c, do permissivo constitucional” (STJ, AgInt no AREsp 1.233.404/SP,

Rel. Ministro Moura Ribeiro, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018).

Pelo exposto, não admito o recurso especial.

Intimem-se.

Florianópolis, 27 de junho de 2018.

Desembargador Altamiro de Oliveira  
3º VICE-PRESIDENTE

## CONSELHO DA MAGISTRATURA

### **Recurso Administrativo n. 2017.900102-1, Balneário Camboriú**

Relatora: Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski

RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO PELOS PARTICULARES INTERESSADOS.

**SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA APRESENTADA PELA OFICIAL DO 2º OFÍCIO DO REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ.**

PEDIDO PARA ESCLARECIMENTO SOBRE DETERMINADA FORMA DE PARCELAMENTO DE SOLO.

SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA, DECLARANDO A IMPOSSIBILIDADE DE PARCELAMENTO DO SOLO EM ÁREA INFERIOR AO PREVISTO NO PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ.

**INSURGÊNCIA DOS PARTICULARES INTERESSADOS.**

**PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA SOB O FUNDAMENTO DE QUE INEXISTE MOTIVO PARA ÓBICE DO PARCELAMENTO REQUERIDO TENDO EM VISTA QUE A SITUAÇÃO FÁTICA JÁ ESTÁ CONSOLIDADA DESDE 2010.**

**TESE REJEITADA.**

APELANTES QUE ALMEJAM QUE UMA DAS ÁREAS SUBDIVIDIDAS (ÁREA 5) POSSUA SOMENTE A METRAGEM DE 262,14M<sup>2</sup>.

IMPOSSIBILIDADE.

IMÓVEL QUE ESTÁ LOCALIZADO EM ZONEAMENTO

CUJA ÁREA MÍNIMA POR LOTE, PARA FINS DE PARCELAMENTO DO SOLO É DE 350M<sup>2</sup>.

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL QUE DEVE SER OBSERVADA, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Administrativo n. 2017.900102-1, da comarca de Balneário Camboriú (3ª Vara Cível) em que são recorrentes Florival Pereira e Júlio Cesar Pereira.

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, conhecer e desprover o recurso administrativo apresentado pelas partes, mantendo-se na sua totalidade a sentença de primeiro grau.

Tomaram parte na decisão os Excelentíssimos Senhores Luiz Neri Oliveira de Souza, Helio David Vieira Figueira dos Santos, Moacyr de Moraes Lima Filho, Henry Petry Junior, Roberto Lucas Pacheco, Carlos Adilson Silva, Altamiro de Oliveira, Luiz Zanelato e Gerson Cherem II.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Collaço.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo.

Florianópolis, 09 de abril de 2018.

Denise de Souza Luiz Francosk  
Relatora

## RELATÓRIO

Cuida-se de **recurso administrativo** interposto pelos interessados **Florival Pereira** e **Júlio Cesar Pereira**, contra sentença que julgou procedente o pedido de **Suscitação de Dúvida** n.2017.900102-1, porém declarou a impossibilidade de parcelamento de solo nos termos informados pelo **2º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de Balneário Camboriú**, representado pela Oficial **Lucia Dal Pont**.

### **1.1 Pedido de esclarecimento apresentado pela Oficial Lúcia Dal Pont**

A referida suscitante (Oficial Lúcia Dal Pont), em virtude de pedido de registro operado pelos particulares **Florival Pereira** e **Júlio Cesar Pereira** sobre parcelamento de solo relativo ao imóvel (matrícula n. 4067) em cinco áreas distintas, pleiteou perante o Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Balneário Camboriú, o seguinte esclarecimento sobre parcelamento de solo (fls. 02-04):

“[...] divisão amigável do imóvel matriculado nesta serventia sob nº 40767, correspondente a Área não loteada 1 do Loteamento Jardim Primavera, com 5.553,88m<sup>2</sup>, localizada na Rua José Cesário Pereira, Nova Esperança, nesta cidade, em que são proprietários FLORIVAL PEREIRA, JULIO CESAR PEREIRA casado com SIONE PEREIRA, RITA DE CÁSSIA RUSSI, SONIA MARIA PEREIRA E POLIANA PEREIRA.

Os proprietários pretendem desmembrar o imóvel em 05 áreas e registrar a escritura pública de divisão amigável, a fim de extinguir o condomínio existente entre eles, sendo Área “1” com 1.442,34 m<sup>2</sup>, que passará a pertencer exclusivamente à Rita de Cássia Russi, Área “2” com 420.98m<sup>2</sup>, que passará a pertencer exclusivamente à Poliana Pereira, Área “3” com 1.698,94m<sup>2</sup>, que passará a pertencer exclusivamente à Florival Pereira.

O desmembramento foi reprotocolado no Livro 1, sob nº 78688, em 30.0.2014 (Guia 28596) e a escritura pública de aditivo



sanador lavrada em 15.05.14, às fls. 67/68, livro 620, ambas do 2º Tabelionato de Notas desta cidade, protocoladas no Livro 1, sob nº 787369, em 05.05.2014 (Guia 31773).

Na qualificação do título, o procedimento para parcelamento do solo foi enquadrado no artigo 18 da Lei 6.766/79, pois como a área a ser desmembrada (M40767) é proveniente do Loteamento Jardim Primavera registrado no R.2 da matrícula 37623, em 17.08.2009 (hipótese do inciso II, do artigo 850), não preencheu cumulativamente os requisitos do artigo 850 do Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça de SC, ainda vigente na data da prenotação (30.04.14):

Art. 850. Fica dispensado da observância do preceito do art. 18 da Lei Federal n. 6.766/79, o parcelamento que preencha cumulativamente as seguintes condições:

I – não implique abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos, prolongamento, modificação ou ampliação de vias existentes ou, de modo geral, transferência de áreas para o domínio público;

II – não provenha de imóvel que, a partir da vigência da Lei Federal n. 6.766/79, já tenha sido objeto de outro parcelamento; e

III – não importe em fragmentação superior a dez lotes.

O desmembramento, juntamente com a escritura pública de divisão amigável, foi encaminhado ao Ministério Público para apreciação, sendo autuado sob SIG nº 07.2014.00014516-0 da 5ª Promotoria de Justiça de Balneário Camboriú (composto por 467 fls., das quais seguem cópias dos documentos abaixo citados), retornando com parecer ministerial contrário à aprovação, do qual foi dado ciência à parte, mediante a emissão do seguinte laudo de exigências:

Bal. Camboriú, 22.05.2014.

1. Em 22.05.2014, este desmembramento retornou da 5º Promotoria de Justiça de Bal Camboriú – SIG 07.2014.00014516-0 com parecer ministerial contrário à aprovação, conforme segue:

“(…) A futura área 5 do pedido de desmembramento não respeita a metragem mínima estabelecida pelo Plano Diretor, já que possui área de 262,14m<sup>3</sup>. Sendo assim, nos manifestamos contrários à aprovação do presente desmembramento ressaltando, entretanto, a possibilidade de rever nosso posicionamento, desde que cumprido o requisito citado. BC, 20.05.14. André Otávio Vieira de Mello – Promotor de Justiça.”

2. Observar o prazo de validade deste protocolo e das certidões, quando da reapresentação.

OBS: Este processo (junto com a Guia 31773) contem 467 fls. Numeradas, as quais não poderão ser substituídas ou alteradas, vez que integram a autuação SIG 07.2014.00014516-0.

Não se conformando com o teor do laudo supracitado, a parte requereu que fosse suscitada dúvida a este juízo, alegando que a legislação invocada não se aplicada ao caso em discussão.

Diante do exposto, suscito a presente dúvida a Vossa Excelência, para após a oitiva do douto representante do Ministério Público, dirimir a questão. [...] (fls. 02-04, petição inicial)

Em conjunto com o presente processo de Suscitação de Dúvida, a Oficial demandante apresentou cópia do procedimento que tramitou

na repartição, a saber, o próprio requerimento de parcelamento dos particulares e respectivos documentos (fls. 06-44); parecer do Ministério Público (contrário ao desmembramento, assinado pelo Promotor de Justiça André Otávio Vieira de Mello) (fl. 45); e outros documentos relativos a questão (fls. 47 e seguintes).

Em relação ao requerimento de parcelamento de solo, destaque-se que o pedido de recorte de área segue assim denominado: Área 1 (1.442,34 m<sup>2</sup>); Área 2 (420,98 m<sup>2</sup>); Área 3 (1.698,94 m<sup>2</sup>); Área 4 (1.729,48 m<sup>2</sup>); Área 5 (262,14 m<sup>2</sup>).

### **1.2 Manifestação dos interessados Florival Pereira e Júlio Cesar Pereira (fls. 57-60)**

Às fls. 57 e seguintes, os mencionados requerentes (interessados) se manifestaram sobre o pedido de esclarecimento.

Para tanto, informaram que a realidade fática atual é consolidada e que a municipalidade aprovou a individualização das áreas perquiridas no pleito de parcelamento de solo, razões pelas quais entendem que o respectivo registro público deve ocorrer, sem qualquer prejuízo ou ofensa ao direito.

### **1.3 Parecer Ministerial em primeiro grau (fls. 75-76)**

Às fls. 75 e seguintes, o Promotor de Justiça André Otávio Vieira de Mello, opinou pela procedência da dúvida suscitada, para o efeito de **obstar a realização do parcelamento do solo nos moldes formulados**, nos seguintes termos:

“[...] Compulsando-se comedidamente os autos, verifica-se o descabimento da razões da suscitação requerida pela parte, já que de uma detida análise do procedimento observam-se irregularidades na implantação do

parcelamento do solo urbano.

Primeiramente cabe dizer que o parecer nº 0595/2013, de fl. 25, deixa claro que a área a qual se postula o desmembramento encontra-se na Zona de Ambiente Construído Consolidado IV (ZAXX-IV), local este em que é permitida a área mínima de 350 m<sup>2</sup> por lote, para fins de parcelamento de solo, conforme estabelecido por lei municipal.

Nesse contexto, observado que o lote de nº 5 possui a área de 262,14 m<sup>2</sup>, é incabível o desmembramento ora solicitado.

Extrai-se do art. 4º, §1º, da Lei 6.766/79, que os loteamentos deverão atender o que o prescreve as leis municipais, vejamos:

Art. 4º Os loteamentos deverão atender, pelo menos aos seguintes requisitos:

[...]

§1º A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento.

No mesmo sentido é o que prescreve o art. 17 da lei Municipal nº 2794/2008, a qual disciplina acerva do parcelamento do solo no território de Balneário Camboriú, vejamos:

Art. 17. Em qualquer parte do território do município o

parcelamento do solo em forma de loteamento ou por cotas em condomínio não poderá ter seus lotes em área inferior ao que for determinado para o seu respectivo zoneamento.

Consoante extrai-se dos artigos acima transcritos, resta clarividente que tal desmembramento não pode ser deferido da forma solicitada, vez que o lote de nº 5 não atende aos requisitos previstos em lei municipal, tendo em vista possuir área inferior à 350 m<sup>2</sup>.

Ante o exposto, o Ministério Público manifesta-se pela procedência da dúvida suscitada, para o efeito de obstar a realização do parcelamento do solo nos moldes formulados. [...]”

#### **1.4 Da sentença (fls. 47-49)**

Instruído o feito, a MM Juíza singular declarou procedente a dúvida, para o fim de obstar a realização do parcelamento do solo nos moldes formulados, especificamente pelo não atendimento a metragem mínima legal, nos seguintes termos:

“[...] O Ministério Público entende não ser possível o desmembramento da forma realizada tendo em vista que existe lote com metragem inferior ao mínimo (262,14m<sup>2</sup>) estipulado pelo plano diretor da municipalidade, que é de 350m<sup>2</sup> para a Zona de Ambiente Construído Consolidado IV (ZACC-IV).

Com razão.

O parecer de n. 0595/2013, colacionado à fl. 25, demonstra que o lote n. 5 possui área de 262,14m<sup>2</sup>, sendo

inferior ao mínimo permitido pela legislação municipal, estabelecendo o art. 17, da Lei n. 2794/2008 que:

Art. 17 Em qualquer parte do território do município do parcelamento do solo em forma de loteamento ou por cotas em condomínio não poderá ter seus lotes em área inferior ao que for determinado para seu respectivo zoneamento”.

Por outro lado, dispõe o 1º do art. 4º, da Lei 6.766/79:

“Art. 4º. Os loteamento deverão atender, pelo menos, os seguintes requisitos:

[...]

§ 1º A legislação municipal definirá, para cada zona que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento”.

E, como salientou o representante ministerial, “consoante extrai-se dos artigos acima transcritos, resta clarividente que tal desmembramento não pode ser deferido da forma solicitada, vez que o lote de n. 5 não atende aos requisitos previstos em lei municipal, tendo em vista possuir área inferior à 350m<sup>2</sup>” (fl .76).

Dessa forma, sendo incontroverso que a área desmembrada possui área inferior ao permitido pela legislação municipal, inviável o parcelamento do solo da forma como pleiteada, ainda que a situação esteja, de fato, consolidada desde 2010, como afirmam os apresentantes, já que não há como o Judiciário agasalhar

situações que vão de encontro à legislação.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a dúvida, para o fim de obstar a realização do parcelamento do solo nos moldes formulados podendo ser revista tal questão caso sejam obedecidos os preceitos legais. [...]

### **1.5 Recurso Administrativo apresentado pelos interessados (Florival Pereira e Júlio Cesar Pereira, fls. 82-90)**

Irresignados, os interessados apresentaram o mencionado recurso, oportunidade em que pugnaram pela reforma da decisão, especificamente para afastar o óbice ao pedido de parcelamento de solo.

Em suas razões, argumentaram que o posicionamento ministerial, bem como os fundamentos esposados na sentença representam formalismo excessivo.

Esclareceram que inexistente motivo para o óbice do parcelamento requerido, pois a situação fática é absolutamente consolidada desde 2010, bem como que a metragem inobservada na divisão de uma das áreas é ínfima em relação a exigência legal.

Asseveraram que é necessário compatibilizar o escopo legislativo aos direitos fundamentais e individuais que enredam a hipótese, com a especial destaque e atenção ao primado constitucional ad função social da propriedade.

### **1.6 Do parecer ministerial em segundo grau (fls. 104-107)**

Após a prolação da sentença, os autos foram remetidos à douta Procuradoria de Justiça, cujo parecer exarado pelo Procurador de Justiça Paulo Ricardo da Silva (fls. 96 e seguintes) concluiu pelo conhecimento e

desprovimento do recurso interposto, para que se mantenha inalterada, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos a sentença recorrida.

Este é o relatório.

## VOTO

### **2. Recurso Administrativo dos interessados Florival Pereira e Júlio Cesar Pereira**

#### **2.1 Admissibilidade**

Conheço do recurso porquanto preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

#### **2.2. Mérito**

Na situação vertente, os interessados ora apelantes desejam parcelamento de área comum, em cinco áreas, por cotas em condomínio, sendo que a denominada “Área 5” possuía metragem inferior (262,14m<sup>2</sup>) ao respectivo zoneamento municipal (350m<sup>2</sup>), sob o argumento de que a situação fática resta consolidada (desde 2010).

Entretanto, sem razão os apelantes.

Sobre o tema versado nos autos consabe-se que somente a Lei Municipal, por meio do Plano Diretor, respeitadas as diretrizes federais e estaduais, disporá sobre o parcelamento e ocupação do solo.

A Lei Federal n. 6.766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, é clara ao estabelecer, a exigência de que os loteamentos possuam lotes com metragem mínima de 125m<sup>2</sup> (cento e vinte e cinco



metros quadrados), podendo os Estados e os Municípios, dentro de suas respectivas competências legislativas, estabelecer exigências outras, maiores, tais como metragem mínima superior, mas nunca inferior à referida (II, art. 4º).

Em se tratando da Lei Municipal do município de Balneário Camboriú, denominado Plano Diretor (n. 2.794/2008), resta disposto que *“em qualquer parte do território do município o parcelamento do solo em forma de loteamento ou por cotas em condomínio não poderá ter seus lotes em área inferior ao que for determinado para o seu respectivo zoneamento”* (art. 17).

Como bem pontuado no parecer ministerial (fl. 106), o imóvel dos apelantes localiza-se na área I do Loteamento Jardim Primavera, a qual, conforme Plano Diretor Local, encontra-se inserida na **Zona de Ambiente Construído Consolidado (fl. 25), cuja área mínima por lote, para fins de parcelamento do solo, é de 350m<sup>2</sup>.**

Todavia, **os apelantes almejam** que uma das áreas (Área 5) subdivididas possua a metragem de **262,14m<sup>2</sup>**, ou seja, em parâmetro inferior ao disposto na norma municipal, em virtude da situação fática estar consolidada nesta medida – o que não é crível de acolhimento no presente recurso.

É certo que há a necessidade de estabelecer uma relação harmônica entre o interesse público e o privado, entretanto o desejo individual do proprietário ou condôminos de uma determinada área não pode ser considerado preponderantemente sobre o fim social a que ela se destina, considerando que toda e qualquer intervenção deve possuir a chancela do Estado.

A diretiva municipal que dispõe sobre a organização do seu território constitui instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Qualquer atuação privada fora dos limites previstos por tal norma deve ser coibido.

Nesse sentido, não é possível relegar a legislação pertinente, especialmente o Plano Diretor do município de Balneário Camboriú, sob pena de afronta ao princípio constitucional da função social da propriedade.

Isso porque, consoante dispõe o Estatuto das Cidades, a propriedade somente cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas (art. 39, Lei n. 10.257/2001).

Saliente-se, a normativa territorial existe com o fito de organização espacial, especialmente para que se possibilite o desenvolvimento sócio-econômico, bem como que se permita o cumprimento da função reflexiva do bem comum.

De outro vértice, independentemente da alegação dos apelantes no sentido de que a situação, há muito resta consolidada (cerca de oito anos), inexistente legislação que corrobore a autorização do Poder Judiciário na manutenção de parcelamento do solo sem observância da legislação municipal de regência.

Assim, diante de tais considerações, vota-se pelo desprovisionamento do recurso interposto.

### **3.1 Dispositivo**

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e desprovisionamento do recurso administrativo apresentado pelas partes, mantendo-se, na sua totalidade a sentença de primeiro grau.

Este é o voto.

**Recurso Administrativo n. 2017.900090-4**

Recorrente: Colégio Notarial do Brasil - Seção de Santa Catarina.

Advogado: Drs. Ilton Norberto Robl Filho (48.138/SC) e outro.

Relator: Desembargador Artur Jenichen Filho

RECURSO ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DA TITULAR DA ESCRIVANIA DE PAZ DO DISTRITO DE CAMPINAS, MUNICÍPIO E COMARCA DE SÃO JOSÉ, PARA SER CARTÓRIO PILOTO DE PROJETO SEU QUE PREVÊ A LAVRATURA DIGITAL DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. APROVAÇÃO PELA CORREGEDORIA, ASSESSORIA TÉCNICA E CORREGEDORIA-GERAL DESTA CORTE. INSURGÊNCIA DO COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL - SEÇÃO DE SANTA CATARINA. ARGUE NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EM RAZÃO DA SUA AUSÊNCIA NO FEITO. PRETENSÃO AFASTADA. ALEGAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE EM RAZÃO DE PEDIDO DE PROVIDÊNCIA PENDENTE DE ANÁLISE PELO CNJ. INVIABILIDADE. QUESTÕES TRATADAS SÃO DISTINTAS. PROJETO QUE SEGUE TODOS OS REQUISITOS LEGAIS VIGENTES. DECISÃO IMPUGNADA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Administrativo n. 2017.90009-4, em que é recorrente Colégio Notarial do Brasil - Seção de Santa Catarina, comarca da Capital:

ACORDAM, em Conselho da Magistratura, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 9.7.2018, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Rodrigo Collaço, e dele participaram, os Exmos. Srs. Desembargadores Artur Jenichen Filho (Relator), Luiz Neri Oliveira de Souza, Helio David Vieira Figueira dos Santos, Moacyr de Moares Lima Filho, Henry Petry Junior, Roberto Lucas Pacheco, Altamiro de Oliveira, Luiz Zanelato e Denise de Souza Luiz Francoski.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo.

Florianópolis, 9 de julho de 2018.

Artur Jenichen Filho  
Relator

## RELATÓRIO

A cartorária Sônia Regina Rupp, titular da Escrivania de Paz do Distrito de Campinas, Município e Comarca de São José/SC, apresentou o requerimento de fl. 4, que tratava de uma proposta de desenvolvimento de um gesto de acompanhamento dos processos digitais da serventia; nessa proposta, a cartorária deseja ser a serventia piloto para, em conjunto com o Tribunal de Justiça, que seja criada solução jurídica e tecnológica ideal para uma migração segura, ágil e eficaz de um sistema que torne possível a escritura pública no formato eletrônico.

Por meio do documento de fl. 18-27, o Juiz-Corregedor mostrou-se favorável ao projeto, assim como a assessoria técnica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (fl; 29-30) e Vice-Corregedor-Geral, com menção honrosa à cartorária pela iniciativa vanguardista. Irresignada com o trilhar do projeto, o Colégio Notarial do Brasil -

Seção de Santa Catarina deseja estancá-lo, e conseqüentemente tornar nula a permissão de seu prosseguimento. Surge então o presente recurso administrativo.

Argue o recorrente a nulidade do procedimento administrativo em razão da falta de participação das entidades representativas das classes notarial e registral; mencionou acerca da prejudicialidade da matéria em questão, haja vista que o Colégio Notarial do Brasil apresentou ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ diretrizes sobre os atos notariais praticados por meio eletrônico; que deve ser garantida a participação das entidades e preservado o princípio da territorialidade.

O recurso foi recebido à fl. 806 e o efeito suspensivo foi conferido por meio da decisão de fl. 822-824 e cassado pela decisão colegiada de fl. 850-855.

Vieram os autos conclusos.

## VOTO

Recebido e analisado o presente recurso, este não deve prosperar.

Os serviços notariais e de registro tem suas gêneses na Constituição Federal, a qual expressa o caráter dos seus exercícios, e de que modo se adquire poderes para seu exercício; dispõe, outrossim, acerca da sua regulamentação e define quem exercerá a fiscalização, veja-se:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

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

Denota-se, à vista da norma constitucional, que os serviços notariais e de registro são exercidos por meio de delegação àqueles que forem aprovados em concurso público para tanto, e a fiscalização de seus atos será de competência do Poder Judiciário.

A Lei n. 8.935/94, em seu art. 4º que “os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos”. (grifei).

O art. 30, XIV, da mesma lei, expressa que são deveres dos notários e dos oficiais de registro “observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente”.

Tais normas estão codificadas no Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça desta Corte, e dentre elas destaca-se:

Art. 433. O delegatário poderá dispor de página na internet para:

[...]

IV - interface de recepção e emissão de documentos eletrônicos assinados digitalmente nos padrões ICP-Brasil; e

V - requerimento de serviços efetivados por meio da rede mundial de computadores. (grifei).

O art. 447 daquele mesmo Código de Normas, ordena a adoção de sistema informatizado que permita a execução de serviços cartorários de forma digital/eletrônica.

Diante do contexto legal, deduz-se que a atividade notarial e de registros brasileira é exercida em caráter privado, por meio de delegação do Poder Público, e submetida à fiscalização do Poder Judiciário, que também edita as normas procedimentais em caráter complementar à Lei n. 8.935/94.

A norma complementar permite que haja a informatização dos serviços cartorários, não apenas para abraçar o avanço tecnológico, mas para que a própria tecnologia sirva de ferramenta para que os serviços notariais e de registro sejam prestados com “rapidez, qualidade satisfatória e de modo eficiente”. (art. 38 da Lei n. 8.935/94).

Por isso, não vislumbro óbice ao comando impugnado, e ratifico a menção honrosa emitida pelo Vice-Corregedor-Geral, uma vez que a ideia trazida à baila pela cartorária do Município de São José respeita todos os princípios inerentes à espécie; não fosse isso, a assessoria técnica desta Corte teria se oposto prontamente ao projeto dela.

De mais a mais, uma vez que os requerimentos entre os cartorários e o Tribunal de Justiça independem de qualquer aprovação de terceiros, desde

que previstos em lei, penso ser despicienda a participação obrigatória do Colégio Notarial Brasileiro no processo administrativo, e assim, afasto a nulidade arguida em razão disso. E ao se considerar que tal colégio detém ciência do teor do projeto e o acompanha desde então, cabe-lhe apenas se insurgir, como guardião, contra qualquer ato que venha a atentar contra os princípios basilares da administração pública.

No que pertine à prejudicialidade da matéria em razão do pedido de providências apresentado ao CNJ, igualmente não prospera; é que naquele pedido de providências, a questão debatida trata do selo digital de autenticação de qualquer documento/certidão emitido por um cartório de outra unidade da federação; in casu, extrai-se do projeto em questão que a intenção do cartório josefense apenas se limita a trabalhar com a lavratura de escritura pública em formato digital (fl. 7).

Tanto um quanto outro cartório possuem seus órgãos fiscalizadores e são independentes entre si, em razão da territorialidade; quanto à ela, diga-se, penso que de forma alguma estará abalada. A uma porque se trata - como dito - de lavratura de escritura pública de imóvel, a duas porque o art. 12 da Lei n. 8.935/94 é claro ao delimitar a atuação de registro de imóveis em razão das circunscrições geográficas.

Dessarte, ao meu sentir, não há qualquer indício de abalo da questão territorial de atuação cartorária.

Quanto à segurança eletrônica, o projeto encontra-se dentro dos parâmetros estabelecidos na Medida Provisória n. 2.200-2/2001, a qual institui o ICP-Brasil, que irá garantir a autenticidade, integridade e a validade jurídica dos documentos em forma eletrônica.

E por fim, no que pertine à preocupação do Colégio/recorrente quanto



à queda de arrecadação, além de não haver qualquer estudo apresentado para garantir tal previsão, vale dizer que a própria cartorária não estaria disposta a ser piloto de um projeto que fosse criar um decesso na sua receita. E mesmo que o criasse, assumiu tal compromisso em prol da coletividade.

Assim, entendo que o projeto - além de louvável - não encontra qualquer óbice legal para prosseguir e ser efetivamente posto em prática.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao presente recurso.

**Recurso Administrativo n. 2018.900012-5, de São Joaquim**

Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco

RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. NOTIFICAÇÃO (LEI N. 6.015/73, ART. 118, III). AUSÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. NULIDADE DECRETADA.

A ausência da notificação preconizada no art. 198, III, da Lei n. 6.015/73 acarreta a nulidade do processo, por cerceamento de defesa.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Administrativo n. 2018.900012-5, da comarca de São Joaquim (2.<sup>a</sup> vara) em que são Recorrentes Luiz Marcos Cruz e outra e Recorrido Cartório de Registro de Imóveis da comarca.

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso, a fim de anular o processo, a partir de fl. 44, inclusive, a fim de que seja efetuada a notificação dos recorrentes, nos termos do art. 198, III, da Lei n. 6.015/73.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Collaço e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Altamiro de Oliveira, Luiz Zanelato, Denise de Souza Luiz Francoski, Luiz Neri Oliveira de Souza, Helio David Vieira Figueira dos Santos, Moacyr de Moraes Lima Filho e Henry Petry Junior.

Florianópolis, 9 de julho de 2018.

Roberto Lucas Pacheco  
Relator

## RELATÓRIO

Na comarca de São Joaquim, o oficial registrador interventor do Ofício do Registro de Imóveis apresentou suscitação de dúvida, com fulcro no art. 198 da Lei n. 6.015/73, aduzindo que foi protocolado naquela serventia pedido de unificação de matrículas (ns. 7.043 e 8.601) e, após efetuadas exigências de prévias retificações dos imóveis, com anuência do requerente, esse postulou a suscitação de dúvida.

Depois da manifestação do órgão ministerial, o magistrado a quo julgou procedente a suscitação de dúvida, declarando correto o procedimento adotado pelo delegatário (fls. 48 a 50).

Não conformados, o requerente e sua mulher interpuseram recurso de apelação. Em suas razões recursais, alegaram, em preliminar, a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, uma vez que não foi observado o disposto no art. 198, III, da Lei n. 6.015/73, em face da ausência de notificação para impugnar a suscitação de dúvida, sendo que só tomaram conhecimento do processo quando da intimação acerca da sentença. No mérito, alegaram que, ao contrário do que consta na nota de devolução, os documentos necessários para unificar os imóveis foram anexados ao requerimento, constando, inclusive, a autenticidade da ART, na qual ficou demonstrado o levantamento topográfico, motivo pelo qual não haveria necessidade de suscitar dúvida sobre a idoneidade do trabalho técnico realizado por profissional habilitado. Afirmaram, ainda, que as exigências efetuadas objetivam, apenas, suprir falhar de registro, sendo, portanto, transferido esse ônus aos requerentes, o que seria injusto, pois, à época da abertura das matrículas - com a caracterização e individualização dos imóveis -, a correção do trabalho deveria ser realizada pela própria serventia (fls. 59 a 66).

As contrarrazões recursais foram apresentadas (fls. 88 a 90).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo.

Sr. Dr. Guido Feuser, que opinou “preliminarmente, pelo provimento da apelação para fins de se anular a sentença recorrida” e, no mérito, pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

A preliminar de nulidade invocada tem procedência, uma vez que, segundo se infere das peças que integram os presentes autos, os recorrentes não foram devidamente notificados para impugnar a dúvida suscitada pelo Oficial de Registro de Imóveis, nos termos do art. 198, III, da Lei n. 6.015/73, que assim dispõe:

Art. 198 - Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimi-la, obedecendo ao seguinte:

[...]

III - em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante juízo competente, no prazo de quinze dias.

E, por ter a matéria sido analisada com percuciência pelo Parquet ad quem, adota-se, até para evitar tautologia, excerto dos fundamentos do parecer como razão de decidir (RITJSC, art. 150) que vai transcrito, *in verbis* (fls. 97 e 98):

Conforme se infere dos autos, o oficial pretende demonstrar a observância ao mencionado dispositivo legal com o documento apresentado às fls. 08/09. Quando intimado a realizar a notificação,

apresentou o mesmo documento às fls. 42/43, afirmando portanto que os apelantes receberam a notificação no dia 23/05/2013, de forma que esta seria a data a partir da qual passaria a correr o prazo de 15 (quinze) dias para os apelados apresentarem sua impugnação. Todavia, esse panorama não reflete a realidade.

É que, salvo melhor juízo, verifica-se grave erro procedimental, que de fato culminou com o cerceamento de defesa.

Ora, à fl. 02 tem-se que a Suscitação de Dúvida foi recebida em 07/06/2013. Assim, é impossível aceitar que a notificação prevista no artigo 198, inciso III, da Lei n. 6.015/73 tenha ocorrido em 23/05/2013. O documento apresentado às fls. 08/09, e novamente às fls. 42/43, é insuficiente para comprovar a ciência dos apelantes acerca da Suscitação de Dúvida, pois é apenas nota de devolução, a qual não cumpre sequer a função de dar ciência dos termos da dúvida. Ainda, não há comprovação de que a parte recebeu cópia da suscitação. Ademais, impossível notificar alguém para impugnar uma suscitação que sequer existe. Por isso que, no caso em tela, caso fosse considerada a pretensa notificação, o prazo para interpor a impugnação expiraria no mesmo dia em que interposta a ação.

Assim, diante da ofensa dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a sentença claramente é nula.

Sobre a nulidade do procedimento em razão da ausência de notificação para impugnação, destaca-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

REGISTRO PÚBLICO - DÚVIDA SUSCITADA - TITULAR DO CARTÓRIO DE REGISTROS DE IMÓVEIS - AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO - ART. 198, III, DA LEI 6.015/73 - CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO - CASSAÇÃO DA SENTENÇA. A ausência de notificação do Apelante para impugnar a dúvida suscitada

pelo titular do Cartório de Registro de Imóveis, no prazo previsto no artigo 198, III, Lei n. 6.015/73, implica em irregularidade procedimental e cerceamento de defesa da Apelante, ferindo o disposto o art. 5.º, LV, da Constituição Federal (Apelação Cível n. 1.0024.03.983169-8/001, da comarca de Belo Horizonte, rel. Des. Gouvêa Rio, Primeira Câmara Cível, j. em 12.9.2004).

SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA - OFICIAL - AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO AO APRESENTANTE - ART. 198, INCISO III, DA LEI 6.015/73 E CONSTITUIÇÃO - NULIDADE PROCESSUAL. A ausência de notificação, pelo Oficial do Cartório de Registro, ao apresentante do documento público, sobre os termos da dúvida e, do prazo de quinze dias para impugná-la, fere o disposto no inciso III do art. 198 da Lei n. 6.015 de 31/12/1973, e a Constituição da República, que garante o direito ao contraditório e à ampla defesa no processo legal (Apelação Cível n. 1.000.00.300869-5, rel. Des. Geraldo Augusto, Primeira Câmara Cível, j. em 28.3.2003).

E não discrepa o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

REGISTRO DE IMÓVEIS - Ausência de notificação válida do apresentante do título para impugnar a dúvida no prazo legal - Ofensa ao disposto no art. 198, III, da Lei de Registros Públicos - Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa - Sentença anulada - Renovação dos atos procedimentais a partir da notificação determinada - Recurso Provido (Apelação Cível n. 990.10.099.009-9, da comarca de São José do Rio Preto, rel. Des. Munhoz Soares, j. em 14.9.2010).

À vista do exposto, deve-se dar provimento ao recurso, a fim de anular o processo, a partir de fl. 44 (decisão do magistrado afirmando que a dúvida foi devidamente impugnada), inclusive, a fim de que seja efetuada a notificação dos recorrentes, nos termos do art. 198, III, da Lei n. 6.015/73.

É como voto.

## ÓRGÃO ESPECIAL

### **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 8000041-89.2017.8.24.0000, de São Francisco do Sul**

Relator: Desembargador João Henrique Blasi

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DA LEI N. 224/2003 E DA LEI 303/2004 AMBAS DO MUNICÍPIO DE SÃO FRANCISCO DO SUL. CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. ALEGADA MÁCULA NA DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES E DESCOMPASSO COM A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

REVOGAÇÃO INTEGRAL DA LEI N. 224/2003. INVIABILIDADE, NO CASO CONCRETO, DE ADITAMENTO DA EXORDIAL. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO.

REVOGAÇÃO PARCIAL DA LEI N. 303/2004 QUANTO AO CARGO DE ASSESSOR JURÍDICO. PERDA DO OBJETO NO PONTO.

INEXISTÊNCIA DE INDÍCIO DE REVOGAÇÃO COM O ESCOPO DE FRAUDAR A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.

REMANÊNCIA DO CARGO DE AGENTE DE CONTROLE INTERNO (LEI N. 303/2004). INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. PRECEDENTES DA CORTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade n. 8000041-89.2017.8.24.0000, originária do Tribunal de Justiça, em que é Autor o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e São Réus o Prefeito Municipal de São Francisco do Sul e outro.

O Órgão Especial decidiu, por unanimidade de votos, julgar



parcialmente prejudicado o pedido declaratório de inconstitucionalidade, em razão da perda superveniente de objeto quanto às impugnações feitas aos Anexos I e IV da Lei n. 224/2003 e no tocante ao cargo de Assessor Jurídico, este previsto no Anexo I da Lei n. 303/2004, ambos do Município de São Francisco do Sul. Por fim, julgar parcialmente procedente o pedido para declarar inconstitucional o cargo de Agente de Controle Interno constante do Anexo I da mesma Lei n. 303/2004.

Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, 18/07/18, os Exmos. Srs. Desembargadores Roberto Lucas Pacheco, Rodrigo Collaço (Presidente), Stanley Braga, Francisco Oliveira Neto, Hélio do Valle Pereira, Pedro Manoel Abreu, Luiz César Medeiros, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Torres Marques, Marcus Tulio Sartorato, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Jaime Ramos, Alexandre d Ivanenko, Moacyr de Moraes Lima Filho, Sérgio Izidoro Heil e José Carlos Carstens Köhler.

Florianópolis, 24 de julho de 2018.

Desembargador João Henrique Blasi  
Relator

## RELATÓRIO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público Estadual em face dos Anexos I e IV da Lei n. 224, de 30 de junho de 2003, e do Anexo I da Lei n. 303, de 27 de maio de 2004, ambas do Município de São Francisco do Sul.

A questão de fundo atina com a criação de cargos de provimento em comissão que o demandante entende inconstitucionais, pela ausência

de descrição legal das atribuições não permite aferir se o cargo teria natureza de direção, chefia ou assessoramento, consoante exigido constitucionalmente.

A Câmara de Vereadores prestou informações pugnando pela prejudicialidade da ação no tocante aos Anexos I e IV da Lei n. 224/2004, por perda de objeto, tendo em conta sua integral revogação pela Lei Municipal n. 1.862/2017. Defendeu, ainda, a improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do Anexo I da Lei n. 303/2004 (e-TJ fls. 176 a 193).

O Procurador-Geral do Município também pronunciou-se nos autos defendendo a constitucionalidade das leis impugnadas (e-TJ fls. 320 a 373).

Por fim, o Procurador de Justiça Durval da Silva Amorim manifestou-se pela declaração de inconstitucionalidade de determinados cargos constantes dos Anexos I e IV da Lei n. 1.862/2017, que é a norma revogadora da Lei n. 224/2003, esta constante do pedido exordial. Quanto à Lei n. 303/2004, propôs a declaração de inconstitucionalidade do cargo de Agente de Controle Interno (e-TJ fls. 548 a 556).

É, no essencial, o relatório.

## VOTO

Antes de qualquer outra elucubração, é imperioso examinar a questão atinente à completa revogação da Lei n. 224/2003, do Município de São Francisco do Sul, ocomda dias depois de protocolizada a petição inicial desta ADI.

Com efeito, esta ação direta de inconstitucionalidade foi proposta em 9.2.2017 e, logo na sequência, quatro dias após, em 13.2.2017, começa a vigor a Lei n. 1.862/2017, que revogou integral e expressamente a Lei n. 224/2003, cujos anexos I e IV foram impugnados pela exordial. Posteriormente, a Lei n. 1.862/2017 também foi alterada, em parte, pela Lei n. 1.923/2017.

O Ministério Público pugnou, então, pelo aditamento da inicial para ver declarada inconstitucional, em parte, a nova norma (Lei n. 1.862/2017), ao argumento que esta igualmente criou cargos de provimento em comissão sem descrever adequadamente as suas atribuições, elencando aqueles que entendeu estarem em desacordo com a Constituição Estadual.

Tal pretensão, todavia, consumou-se nos estertores da tramitação do feito, quando submetido à Procuradoria-Geral de Justiça, na forma do art. 8º da Lei Estadual n. 12.069/2001.

Logo, o pretendido aditamento, implicaria, a vigor, novo processamento da *actio*, *seu* ganho em favor da efetividade processual.

Dessa forma, em razão da avançada fase processual em que o aditamento foi vindicado, sobretudo se considerado que a nova legislação está em vigor desde o quarto dia seguinte à propositura da *actio*, não é viável plantá-lo, consoante extrai-se do seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS 11.644/2000 E 15.327/2010 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. INSTITUIÇÃO DE SISTEMA DE GESTÃO CENTRALIZADA DE DEPÓSITOS SOB AVISO À DISPOSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. REVOGAÇÃO DA NORMA IMPUGNADA. LEI POSTERIOR QUE REGULA A MESMA MATÉRIA. PERDA

DE OBJETO DA AÇÃO E CONSECTÁRIA PREJUDICIALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A revogação da norma impugnada faz com que o objeto da pretensão inicial não mais subsista, revelando a inviabilidade do exame de sua compatibilidade com a Carta Maior por meio do controle abstrato de constitucionalidade.

2. A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto, quando sobrevém a revogação ou a alteração substancial da norma cuja constitucionalidade se questiona. [...]

**3. A revogação da norma impugnada impõe ao autor o ônus de apresentar eventual pedido de aditamento, na forma e no tempo processual adequados, caso entenda subsistentes as mesmas inconstitucionalidades na norma revogadora.**

4. *In casu*, no entanto, o requerente manteve-se inerte, cabendo ao relator o reconhecimento dos efeitos processuais decorrentes da revogação da norma originalmente impugnada, especialmente quando transcorrido considerável lapso de tempo desde a revogação, sem qualquer providência das partes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (Ag.Reg. na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.542 /SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.10.2017 - Destaquei)

Dos fundamentos do acórdão antes ementado convém invocar, ainda, o seguinte fragmento:

Preliminarmente, assento que não assiste razão ao agravante quanto ao argumento de que não foi intimado a se manifestar sobre a lei revogadora. O Poder Judiciário tem poder-dever de decidir de ofício questões de ordem pública, especialmente aquelas atinentes ao interesse processual e à prejudicialidade de fato superveniente. Por outro lado, não cabe ao Poder

Judiciário, de ofício, proceder à emenda da inicial, à ampliação objetiva da lide ou à alteração substancial de seu objeto. Caso deseje perseguir um desses propósitos, cabe exclusivamente às partes realizá-lo por meio de seu direito de petição, na forma e no tempo processual oportunos.

**Nesse sentido, havendo a sub-rogação da norma impugnada, recai sobre o requerente o ônus de apresentar eventual pedido de aditamento, por entender subsistentes, na nova regra, as mesmas inconstitucionalidades indicadas na lei revogada. Entretanto, o requerente assim não procedeu, cabendo ao relator o reconhecimento dos efeitos processuais decorrentes da revogação da norma originalmente impugnada, especialmente quando transcorrido considerável lapso de tempo desde a revogação do ato impugnado sem qualquer providência das partes, a denotar o seu desinteresse no prosseguimento da demanda.**

No mérito, a parte agravante não trouxe novos argumentos capazes de infirmar a decisão ora agravada.

Como já consignado na decisão recorrida, a presente ação direta foi ajuizada pelo ora agravante, que apontava como objeto do pedido de inconstitucionalidade a Lei 11.644, de 22 de dezembro de 2000, do Estado de Santa Catarina.

Com efeito, porém, nota-se que a Lei n. 11.644/2000 foi expressamente revogada pela Lei n. 15.327, de 23 de novembro de 2010.

Dessa forma, considerando-se que o objeto da pretensão inicial não mais subsiste no ordenamento jurídico vigente, revela-se inviável o exame de sua compatibilidade com a Carta Maior por meio do controle abstrato de constitucionalidade.

A jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto, quando sobrevém a revogação ou alteração substancial da norma questionada em sua constitucionalidade, conforme assentado nos julgamentos da ADI 1.454/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 3.8.2007; ADI 1.445-QO/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 29.4.2005; ADI 519-QO/MT, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 28.6.2002; ADI 2.515-MC/CE, Rel. Min. Carlos

Velloso, Tribunal Pleno, DJ 1º.3.2002; ADI 2.290-QO/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 29.6.2001; ADI 1.859-QO/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 26.11.1999; ADI 2.001-MC/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 3.9.1999; ADI 520/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 6.6.1997; ADI 709/PR, Rel. Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, DJ 24.6.1994 e ADI 2.118/AL, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJE nº 145, de 06/08/2010. A título de exemplo, essa última teve o acórdão assim ementado:

*“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ALAGOANA N. 6.121/1999. INSTITUI FAIXAS VENCIMENTAIS DE PAGAMENTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO PODER EXECUTIVO ALAGOANO, CONCEDE ABONO E REAJUSTA VENCIMENTOS DO QUADRO DE PESSOAL DA POLÍCIA CIVIL.*

*1. A Lei alagoana n. 6.121/1999 foi revogada tacitamente pelas Leis n. 6.252/2001, 6.253/2001, 6.276/2001, 6.592/2005 e 6.788/2006, que versaram sobre matéria objeto da lei impugnada. Precedentes. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada prejudicada em razão da perda superveniente de seu objeto.”* (ADI 2118, Relatora: Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2010, DJe de 06/08/2010).

**Diante do exposto, havendo revogação expressa da norma impugnada na ação direta de inconstitucionalidade, impõe-se, na linha de precedentes desta Corte, o reconhecimento da perda de objeto da ação do controle concentrado.** (Ag.Reg. na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.542 /SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 16.10.2017 – desta quei)

É o caso destes autos.

Consoante largamente explicitado no excerto antes transcrito, a alentada jurisprudência da Suprema Corte é clara ao reconhecer a perda de objeto da ação direta de inconstitucionalidade na hipótese de modificação substancial ou de revogação do texto impugnado, mormente se, na última hipótese, o demandante deixa transcorrer longo período de tempo sem requerer o aditamento da inicial, como sucedeu aqui. Observe-se mais

um julgado:

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 2.208/2001 E LEI 12.852/2013 - ESTATUTO DA JUVENTUDE. MEIA-ENTRADA. REVOGAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA E ALTERAÇÃO SUBSTANTIVA DA LEI 12.852/2013 PELA LEI 12.933/2013. AUSÊNCIA DE ADITAMENTO. FALTA DE IMPUGNAÇÃO À TOTALIDADE DO COMPLEXO NORMATIVO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. **1. A revogação, ou substancial alteração, do complexo normativo impõe ao autor o ônus de apresentar eventual pedido de aditamento, caso considere subsistir a inconstitucionalidade na norma que promoveu a alteração ou revogação (ADI 2.542, Rel. Min. LUIZ FUX, Pleno, DJe de 27/10/2017).** 2. A impugnação deficitária de complexo normativo unitário configura vício processual, comprometendo o interesse de agir e impedindo o conhecimento da ação. Precedentes: ADI 4.227, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 31/3/2016; ADI 2.422 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 30/10/2014; ADI 2.174, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, Tribunal Pleno, DJ de 7/3/2003. 3. In casu, havido reforço e complementação substancial da matéria em exame pela Lei 12.933/2013, o requerente manteve-se inerte, deixando de promover o aditamento do pedido, mesmo transcorrido considerável lapso de tempo desde a inovação legislativa. 4. Agravo regimental conhecido e desprovido. (ADI 2595 AgR / DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 18.12.2017 – destaqueei)

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que deve ser excepcionada a prejudicialidade da actio se a revogação da norma impugnada ocorreu para fraudar o exercício da jurisdição constitucional em abstrato, consoante retrata o seguinte excerto de julgado daquela Corte constitucional:

[...] a própria jurisprudência da Corte excepcionara a regra da prejudicialidade quando houver “indícios de que a norma foi revogada para fraudar o exercício da jurisdição constitucional em abstrato, ou seja,

quando a revogação constituir um artifício para evitar a declaração da sua inconstitucionalidade” (ADI 3306, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 07.06.2011). (Ag.Reg. na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.575, rel. Min. Edson Fachin, j. 10.2.2017)

Não é, contudo, o que se revela nestes autos, porquanto a nova norma promoveu reforma administrativa na estrutura do Poder Público local, sem intento claro e manifesto de fraudar o controle direto de constitucionalidade.

Em torno da matéria, trago a lume o seguinte acerto deste Órgão Especial:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 6º DA LEI Nº 3.556/2009, DO MUNICÍPIO DE IMBITUBA. [...] REVOGAÇÃO EXPRESSA DA LEI POR ATO NORMATIVO SUPERVENIENTE. LEI POSTERIOR QUE REGULA A MESMA MATÉRIA. PERDA DE OBJETO DA ACÇÃO, POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL NO PLEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **NÃO VISLUMBRADO INDÍCIO DE QUE A NORMA FOI REVOGADA PARA FRAUDAR O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.** EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ART. 485, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (ADI 8000169-12.2017.8.24.0000, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. 4.7.2018 - destaquei)

Dessa forma, as alterações promovidas, com substancial modificação do Lei invectivada, não deixam espaço para o prosseguimento da ação no ponto. Cumpre, então, reconhecer a perda de objeto no tocante à Lei n. 224/2003, integralmente revogada pela Lei n. 1.862/2017.

Remanesce, todavia, o pedido declaratório de inconstitucionalidade dos cargos de “Assessor Jurídico” e de “Agente de Controle Interno”, ambos constantes do Anexo I da Lei n. 303, de 27 de maio de 2004.

O Ministério Público reporta-se à alteração promovida na reportada norma, por força da Lei n. 1.982/2018, que extinguiu o cargo de



Assessor Jurídico e criou o de Procurador-Geral, este com a descrição de competências/atribuições cônsonas com as de cargos comissionados, nos lindes da Constituição. Veja-se:

De início, cumpre destacar que posteriormente ao parecer de mérito proferido pela Procuradoria-Geral de Justiça, a Lei n. 303/2004, que trata de cargos comissionados no Poder Legislativo, teve a sua redação alterada pela Lei n. 1.982/2018, que extinguiu o cargo de Assessor Jurídico e criou o cargo de Procurador Geral, ao qual foram designadas competências que preenchem os requisitos constitucionais para o provimento em comissão.

Portanto, mediante a mudança legislativa, verifica-se a extinção do interesse de agir quanto ao cargo de Assessor Jurídico, criado pela Lei n. 303/2004 e extinto pela Lei n. 1.982/2018, ambas do Município de São Francisco do Sul. (e-TJ fls. 550 e 551)

Dessa forma, há, de igual modo, perda do objeto quanto ao pedido declaratório de inconstitucionalidade do cargo de Assessor Jurídico, originariamente previsto no Anexo I da Lei n. 303/2004.

Resta, por fim, examinar a impugnação ao cargo de “Agente de Controle Interno” (Anexo I da Lei n. 303/2004), que tem natureza eminentemente técnica, está voltado para a execução de atividades desapercibidas de orientação política e reclama isenção, circunstâncias que repelem seu provimento pela via comissionada.

Além disso, não detém caráter diretivo, de chefia, ou de assessoramento, o que reforça sua inconstitucionalidade, consoante já decidido por este Colegiado, nos seguintes termos:

Ação direta de inconstitucionalidade. Município de Monte Carlo. **Criação do cargo de Controlador Adjunto Interno, de livre nomeação e exoneração.** Omissão quanto à natureza do cargo e falta de indicação de que o cargo deveria ser provido por servidor dos quadros de carreira. LCM n. 58/2013. **Ofensa aos arts. 21, I e IV e 39, VII, da Constituição Estadual,** consonantes com os arts. 37, II e IV e 48, X, da Constituição da República. Violação da regra do concurso público. Curador Especial nomeado para a ação. Honorários devidos pela Fazenda Municipal, na

forma do art. 85, § 8.º, do NCPC. Ação direta procedente (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 9151833-44.2015.8.24. 0000, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 25.10.2017 - negritei).

No mesmo sentido: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 8000541-58.2017.8.24.0000, rel. desig. João Henrique Blasi, j. 16.5.2018.

Assim sendo, por contravir ao disposto no art. 21, incs. I e IV, da Carta Magna barriga-verde, a criação do cargo de Controlador Interno não pode operar-se comissionadamente.

Sobre a matéria, da vertente jurisprudencial, colaciono:

- AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CRIAÇÃO DE CARGO COMMISSIONADO SEM CARÁTER DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA OU DIREÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULAS 279 E 280/STF. “É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico” (ADI 3.602, rel. Min. Joaquim Barbosa) [...] (RE 820.442 AgR/SP, rel. Min. Roberto Barroso, j. 28.10.2014).

- [...] Lei distrital que criou cargos em comissão para funções rotineiras da Administração Pública. Impossibilidade. 1. A decisão ora atacada reflete a pacífica jurisprudência da Corte a respeito do tema, a qual reconhece a inconstitucionalidade da criação de cargos em comissão para funções que não exigem o requisito da confiança para seu preenchimento [...] (RE 376.440 ED/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 18.9.2014).

Feitas essas considerações, concluo pela declaração da perda de superveniente do objeto, com a conseqüente prejudicialidade da demanda no tocante ao pedido declaratório de inconstitucionalidade dos Anexos I e IV da Lei n. 224, de 30 de junho de 2003, e da pretensão de inconstitucionalidade do cargo de Assessor Jurídico, este previsto no Anexo I da Lei n. 303, de 27 de maio de 2004.

No mais, é de ser julgada procedente a postulação declaratória de inconstitucionalidade do cargo de Agente de Controle Interno, instituído pelo Anexo I da Lei n. 303, de 27 de maio de 2004, por afronta ao disposto no art. 21, incs. I e IV, da Constituição Estadual.

Contudo, a declaração de inconstitucionalidade, *in casu*, em reverência à segurança jurídica e sobretudo ao interesse social, deve ser temperada nos seus efeitos.

Como regra geral, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o julgamento possui efeito “*ex tunc*”, *retirando do ordenamento jurídico o ato normativo ou lei incompatível com a Constituição. Trata-se, portanto, de ato nulo*”. (Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 12ª Edição, Editora Saraiva, p. 196)

Todavia, nos termos do art. 17 da Lei n. 12.069/01, atendo à segurança jurídica e ao interesse social, pode o Tribunal restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de momento que ele próprio fixar. Confira-se o teor do preceptivo mencionado:

Art. 17. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Tribunal de Justiça, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Da doutrina recolho:

De modo geral, conforme visto, a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado tem efeitos retroativos (*ex tunc*), declarando-se a nulidade da lei.

[...]

Uma outra consequência seria a necessidade, aprimorada pelo STF, de aplicar a técnica da modulação dos efeitos da decisão diante de situações particulares. (Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 12ª

Edição, Editora Saraiva, p. 202)

No caso destes autos, o Município não pode ficar abruptamente privado das atividades de controle interno até que possam ser adotadas providências legislativas e administrativas para o devido suprimento.

É caso, portanto, de modular os efeitos da decisão para que se operem (*ex nunc*) depois de 180 (cento e oitenta dias), contados da publicação deste acórdão.

Eis o voto.

**Conflito de Competência n. 0000486-15.2018.8.24.0000**

Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE SUSCITADO PELA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL EM FACE DA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO AJUSTADO ENTRE AS PARTES. CONTRATAÇÃO SUPOSTAMENTE INDEVIDA DE EMPRÉSTIMO VIA CARTÃO DE CRÉDITO COM RMC. CAUSA DE PEDIR ATRELADA AO EXAME DOS TERMOS PACTUADOS NO CONTRATO DE NATUREZA BANCÁRIA. COMPETÊNCIA DA CÂMARA ESPECIALIZADA. INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 3º DO ATO REGIMENTAL N. 57/2002. IMPROCEDÊNCIA DO CONFLITO.

*“É competência da Câmara Especializada o exame de recurso envolvendo causa de pedir ligada à suposta falha na prestação de serviços derivados de relação jurídica prévia e subordinada aos termos do contrato bancário ajustado entre as partes” (TJSC, Conflito de Competência n. 2015.024321-1, de Blumenau, rel. Des. Ronei Danielli, j. 17-06-2015).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 0000486-15.2018.8.24.0000, da comarca de Lages 3ª Vara Cível em que é Suscitante Egrégia Segunda Câmara de Direito Comercial e Suscitada Egrégia Segunda Câmara de Direito Civil

O Órgão Especial decidiu, por unanimidade, julgar improcedente o conflito a fim de declarar a Segunda Câmara de Direito Comercial competente para julgar a Apelação Cível n. 0301312-79.2017.8.24.0039.

### Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Desembargadores Salete Silva Sommariva, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Jaime Ramos, Moacyr de Moraes Lima Filho, Sérgio Izidoro Heil, João Henrique Blasi, Soraya Nunes Lins, Henry Petry Junior, Stanley Braga, Francisco Oliveira Neto, Hélio do Valle Pereira, Júlio César M. Ferreira de Melo, Pedro Manoel Abreu, Cláudio Barreto Dutra, Luiz César Medeiros, Fernando Carioni, Torres Marques e Rui Fortes.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Des. Rodrigo Collaço.  
Florianópolis, 18 de abril de 2018.

Desembargador Marcus Túlio Sartorato  
Relator

### RELATÓRIO

A Egrégia Segunda Câmara de Direito Comercial suscitou conflito negativo de competência em face da Egrégia Segunda Câmara de Direito Civil na Apelação Cível n.º 0301312-79.2017.8.24.0039.

Colhe-se dos autos que a Câmara suscitada, sob a relatoria do Exmo. Des. João Batista Góes Ulysséa, declinou da competência por entender que a demanda *“tem por objeto a validade de cláusula de contrato de empréstimo consignado, ou seja, refere-se a contrato bancário e, portanto, a demanda penetra matéria de competência das Câmaras de Direito Comercial desta Corte”*.

Eis a ementa do referido acórdão (fl. 171):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.

DISCUSSÃO ACERCA DO CONTRATO BANCÁRIO FIRMADO ENTRE AS PARTES. MATÉRIA DE CUNHO COMERCIAL. INCOMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. REDISTRIBUIÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

Nos termos do art. 3º do Ato Regimental n. 57/02, em consonância com o art. 6º, inciso II, do Ato Regimental n. 41/00 e art. 2º do Ato Regimental n. 85/07, a competência para o processamento e julgamento dos recursos que tenham por objeto contrato bancário firmado pelos litigantes é das Câmaras de Direito Comercial desta Corte.

Por sua vez, a Câmara de Direito Comercial suscitante, sob a relatoria da E. Desembargadora Rejane Andersen, consignou que, na hipótese dos autos, *“inexiste discussão acerca das cláusulas contratuais, mas tão somente os requerimentos exordiais da autora no sentido de que sejam suspensas as cobranças e para que a casa bancária seja condenada a pagar danos morais, tendo em vista os abalos e aborrecimentos sofridos pela autora em decorrência das atitudes perpetradas pela parte adversa”*. Os fundamentos dessa decisão foram sintetizados nos seguintes termos (fl. 180):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DISTRIBUÍDO PREVIAMENTE À COLETA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL DESTA CORTE. ALEGAÇÕES EXORDIAIS DE ENVIO, POR PARTE DA CASA BANCÁRIA, DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO SOLICITADO PELA AUTORA E DE FRAUDE. ALEGAÇÃO DA DEMANDANTE NO SENTIDO DE QUE NÃO TERIA DADO CAUSA ÀS RESPECTIVAS COBRANÇAS REALIZADAS PELO BANCO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL QUE NÃO SE VERIFICA.

“[...] versando a controvérsia exclusivamente sobre matéria cível, sem qualquer relação com questões de direito bancário, empresarial, cambiário e falimentar, resta claro que a demanda deve ser conhecida e julgada por

uma das Câmaras de Direito Civil, pois competentes para tal.

Ademais, como se vê nos autos, a pretensão formulada é no sentido de se determinar a exclusão do nome da requerente do cadastro interno do estabelecimento financeiro, bem como a condenação ao pagamento de indenização pelos danos morais decorrentes do fato alegado, ou seja, o deslinde da questão não passa pela análise de aspectos específicos do contrato de cartão de crédito ou da validade de seus encargos. A lide versa tão somente sobre a declaração de inexistência de solicitação de serviços de cartão de crédito e, conseqüentemente, da relação jurídica com o réu, razão pela qual não se pode falar em competência das Câmaras de Direito Comercial” (Conflito de Competência n. 2014.038762-0, de Brusque, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, Órgão Especial, j. 4-3-2015).

SUSCITAÇÃO DE CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA  
AO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE.

*1 Os autos vieram conclusos em 12.03.2018.*

## VOTO

Cinge-se o presente conflito em verificar a competência, neste segundo grau de jurisdição, para julgamento de ação em que a parte autora discute a ilegalidade do débito oriundo de contrato de empréstimo via cartão de crédito, supostamente firmado com o banco, e pede, ao final, a declaração de inexistência de débito, como também a indenização por danos morais.

Sobre a competência recursal neste Tribunal, estabelece o art. 3º do Ato Regimental n. 57/2002 desta Corte que as Câmaras de Direito Comercial possuem “*competência exclusiva para julgamento de feitos relacionados com o Direito Bancário, o Direito Empresarial, o Direito Cambiário e o Direito Falimentar, bem como para os recursos envolvendo questões*



*processuais relativas às matérias acima”.*

Na hipótese, na exordial, a autora requer não só a declaração de inexistência do débito, mas também alega sequer ter solicitado o cartão de crédito em questão. A causa de pedir, portanto, está fundada na conduta da instituição financeira de ter efetuado desconto na reserva de margem de cartão de crédito que a autora sequer teria solicitado, uma vez que se pretendeu a simples contratação de empréstimo consignado com desconto das parcelas diretamente de seu benefício previdenciário. Assim, a matéria ultrapassa a esfera cível, pois envolve a análise da licitude de procedimentos adotados na atividade-fim do banco, a partir de contrato bancário firmado entre as partes.

Há precedentes do Tribunal em casos análogos:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO PELA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL VERSUS TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS. MATÉRIA QUE ENVOLVE EVENTUAL RESPONSABILIDADE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA POR DESCONTO INDEVIDO EM CONTA DE CONSUMIDOR. DOCUMENTOS QUE INDICAM TAL ASSERTIVA. NATUREZA BANCÁRIA DA CAUSA DE PEDIR. INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 3º DO ATO REGIMENTAL N. 57/2002. PROCEDÊNCIA. (TJSC, Conflito de competência n. 0000947-21.2017.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 19-07-2017 – grifou-se).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO POR DÍVIDA ORIUNDA DA MANUTENÇÃO DA CONTA CORRENTE. ACORDO EXTRAJUDICIAL CELEBRADO ENTRE AS PARTES. AÇÃO OBJETIVANDO A DISCUSSÃO DO VALOR COBRADO, O RESSARCIMENTO DO QUE FOI PAGO E INDENIZAÇÃO

POR DANOS MORAIS. MATÉRIA DE ÍNDOLE BANCÁRIA. COMPETÊNCIA DA 2ª VARA DA COMARCA DE IBIRAMA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 2º, ALÍNEA “H”, DA RESOLUÇÃO N. 16 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, DE 4 DE JUNHO DE 2014. CONFLITO IMPROCEDENTE. (TJSC, Conflito de Competência n. 2014.087039-0, de Ibirama, rel. Des. Jânio Machado, j. 18-03-2015 – grifou-se).

Em decisão recente, ademais, este Órgão ratificou a tese de que, se a discussão sobre a existência, validade e eficácia da dívida questionada decorre dos termos de um contrato bancário, efetivamente firmado entre as partes, a matéria é de natureza bancária. Veja-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM FACE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. CONTRATO DE ABERTURA DE CONTA CORRENTE. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DÍVIDAS UPOSTAMENTE QUITADAS. APELAÇÃO CÍVEL DISTRIBUÍDA À TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. REDISTRIBUIÇÃO À QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. SUSCITAÇÃO DO CONFLITO. ATOS REGIMENTAIS 41/2000 E 57/2002. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL. CONFLITO PROCEDENTE.

[...] a instituição financeira esclareceu manter com a autora um vínculo por meio de um contrato de abertura de conta corrente (fl. 25). A responsabilidade pelo adimplemento da dívida incluída no cadastro negativo decorre justamente dos termos deste contrato bancário. O caso, portanto, se enquadra em direito bancário, atraindo a competência da Terceira Câmara de Direito Comercial. (TJSC, Conflito de competência n. 1002227-44.2016.8.24.0000, de São José, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 15-03-2017).

A discussão travada nos autos passa, portanto, necessariamente, pela análise dos termos do contrato de empréstimo consignado e da suposta falha nos serviços prestados pela instituição financeira ao emitir cartão de crédito não solicitado, de forma que se torna impositivo reconhecer que a matéria debatida no feito se insere no campo do Direito Bancário, a atrair, portanto, a incidência do disposto no art. 3º, parte final, do Ato Regimental n. 57/2002, acima descrito.

É importante destacar que, segundo entendimento firmado por este Órgão Especial (TJSC, Conflito de Competência n. 2012.034430-1, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Ricardo Fontes, j. 20-06-2012), o critério a ser adotado para definir se a competência recursal é das Câmaras de Direito Civil ou das Câmaras de Direito Comercial é o da causa de pedir.

Assim, se a causa de pedir está embasada em contrato bancário, celebrado entre consumidor e instituição financeira, não há como negar que a matéria seja de índole bancária, ainda que se discuta nos autos também a responsabilidade civil da instituição financeira por abalos morais.

Somente nas hipóteses em que a causa de pedir está totalmente desvinculada da existência de um contrato bancário válido, como no caso de fraudes praticadas por terceiros, é que este Órgão Julgador tem reconhecido a competência das Câmaras de Direito Civil para apreciação do recurso.

Ante o exposto, vota-se no sentido de julgar improcedente o conflito para declarar a Segunda Câmara de Direito Comercial competente para julgar a Apelação Cível n. 0301312-79.2017.8.24.0039.

## **Conflito de competência n. 0000500-96.2018.8.24.0000, da Capital**

Relator: Desembargador Ricardo Fontes

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/CINDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA E 3ª VARA DE DIREITO BANCÁRIO DA CAPITAL. PERÍCIA GRAFOTÉCNICA. NECESSIDADE. PROVA NÃO COMPLEXA. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO.

A perícia grafotécnica corresponde a meio probatório apto a identificar a autenticidade da grafia, isto é, da letra, da «impressão escrita» de determinada pessoa. Embora represente análise minuciosa e precisa de qualidade bastante peculiar de um indivíduo, não caracteriza, entretanto, prova de alta complexidade, capaz de impedir a sua realização no âmbito do rito do Juizado Especial; afinal não obstaculiza, por si só, orientar-se de acordo com os fundamentais critérios previstos no art. 2º da Lei n. 9.099/1990.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 0000500-96.2018.8.24.0000, da comarca da Capital 3ª Vara de Direito Bancário em que é Suscitante(s) Juiz de Direito da 3ª Vara de Direito Bancário da Comarca da Capital e Suscitado Juiz de Direito do Juizado Especial Cível e Criminal da Universidade de Santa Catarina – Capital – Norte da Ilha.

A Órgão Especial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao presente conflito negativo de competência, para declarar competente o Juizado

Especial Cível e Criminal da Universidade Federal de Santa Catarina.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Colaço, e dele participaram os Excelentíssimos(as) Senhores(as) Desembargador Salim Schead dos Santos, Desembargador Jaime Ramos, Desembargador Alexandre d'Ivanenko, Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, Desembargador Sérgio Izidoro Heil, Desembargador João Henrique Blasi, Desembargadora Soraya Nunes Lins, Desembargador Henry Petry Junior, Desembargador Francisco Oliveira Neto, Desembargador Hélio do Valle Pereira, Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo, Desembargador Pedro Manoel Abreu, Desembargador Cláudio Barreto Dutra, Desembargador Newton Trisotto, Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Desembargador Fernando Carioni, Desembargador Torres Marques, Desembargador Rui Fortes, Desembargador Marcus Túlio Sartorato e Desembargadora Salete Silva Sommariva.

Florianópolis, 4 de abril de 2018.

Desembargador Ricardo Fontes  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Juiz de Direito da 3ª Vara de Direito Bancário da Capital em face da decisão de declinação de competência proferida pela Juíza do Juizado Especial Cível e Criminal da Universidade Federal de Santa Catarina na «ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais com pedido de tutela antecipada de urgência» n. 0300953-73.2017.8.24.0090, ajuizada por Gustavo Ciotti

de Camargo contra Itaú Unibanco S/A.

Alega o Juízo suscitado que, uma vez inviável a realização de prova pericial no sistema dos Juizados Especiais, nos termos do art. 35 da Lei n. 9.099 de 26-9-1990, caracteriza-se necessário o processamento do feito em uma das Varas Bancárias da Capital.

O Juízo suscitante, por sua vez, sustenta que este Tribunal de Justiça entende não existir grande complexidade na produção de perícia grafotécnica, motivo por que a necessidade dessa espécie de prova não afasta a competência do Juizado Especial.

Este é o relatório.

## VOTO

Com fundamento no art. 951, parágrafo único, do Código de Processo Civil, destaca-se, de início, a dispensabilidade de oitiva do Ministério Público, porquanto a matéria não caracteriza nenhuma das hipóteses expressamente previstas nos incisos do art. 178 do CPC – interesse público ou social; interesse de incapaz; e litígios coletivos pela posse rural ou urbana.

Feita a ressalva, examina-se o presente conflito de competência.

A questão subsiste na possibilidade ou não de perícia grafotécnica perante o Juizado Especial e se tal (in)viabilidade afasta ou não a competência para o rito comum.

Quanto às provas no Juizado Especial, disciplinam os arts. 32, 33 e 35 da Lei n. 9.099/1990:

Art. 32. Todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados.

Art. 33. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias.

Art. 35. Quando a prova do fato exigir, o juiz poderá inquirir técnicos de sua confiança, permitida às partes a apresentação de parecer técnico. Parágrafo único. No curso da audiência, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, realizar inspeção em pessoas ou coisas, ou determinar que o faça pessoa de sua confiança, que lhe relatará informalmente o verificado.

A legislação especial permite, pois, a produção de todos, frisa-se, os meios de prova, inclusive a inquirição de técnicos, bem como a inspeção de coisas, todas hábeis à produção em audiência.

A perícia grafotécnica corresponde a meio probatório apto a identificar a autenticidade da grafia, isto é, da letra, da “impressão escrita” de determinada pessoa. Embora represente análise minuciosa e precisa de qualidade bastante peculiar de um indivíduo, não caracteriza, entretanto, prova de alta complexidade, capaz de impedir a sua realização no âmbito do rito do Juizado Especial; afinal, não prejudica a essencial celeridade do sistema.

Sobre o assunto, já decidiu esta Corte de Justiça em situações análogas:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. “AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS”. DEMANDA PROPOSTA NO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. POSTERIOR DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA UMA DAS VARAS CÍVEIS DA COMARCA. NECESSIDADE DE PERÍCIA GRAFOTÉCNICA PARA VERIFICAR A AUTENTICIDADE DE DOCUMENTO. FATO QUE, POR SI

SÓ, NÃO AFASTA A COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. PROVA DE MENOR COMPLEXIDADE. CONFLITO ACOLHIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO (JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA COMARCA DE JARAGUÁ DO SUL) (Conflito de competência n. 1002096-69.2016.8.24.0000, de Jaraguá do Sul, Rel. Des. Cesar Abreu, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 8-2-2018).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA CONVERTIDA EM ORDINÁRIADE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE AUTOMÓVEL. NECESSIDADE DE PERÍCIA GRAFOTÉCNICA. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL PARA QUE A PROVA PERICIAL SEJA PRODUZIDA NO JUIZADO ESPECIAL. QUESITOS DA PERÍCIA PRESENTES NA LEI 6.194/74. COMPLEXIDADE NÃO VISLUMBRADA. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL. CONFLITO ACOLHIDO.

“1. Na Lei 9.099/95 não há dispositivo que permita inferir que a complexidade da causa – e, por conseguinte, a competência do Juizado Especial Cível – esteja relacionada à necessidade ou não de realização de perícia” (RMS 30.170/SC, rela. Mina. Nancy Andrichi, j. Em 5-10-2010). (Conflito de competência n. 0000973-19.2017.8.24.0000, de São José, Rel. Desa. Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 14-11-2017).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACTIO AJUIZADA PERANTE O JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DA COMARCA DE CONCÓRDIA. NECESSIDADE DE PERÍCIA GRAFOTÉCNICA. DISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS À 1ª VARA CÍVEL



DA MESMA COMARCA. TODAVIA, DEMANDA DE MENOR COMPLEXIDADE E CUJO VALOR DA CAUSA AMOLDA-SE AO PREVISTO NO ART. 3º DA LEI N. 9.099/95. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL NESSE MICROSSISTEMA. CONFLITO ACOLHIDO (Conflito de competência n. 1001489-56.2016.8.24.0000, de Concórdia, Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Órgão Especial, j. 15-3-2017).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. IMPRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA GRAFOTÉCNICA PARA A RESOLUÇÃO DO LITÍGIO. FATO QUE NÃO É SUFICIENTE PARA AFASTAR A COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL. CONFLITO NEGATIVO JULGADO PROCEDENTE.

Só o fato de, para a resolução do litígio, ser imprescindível realização de perícia grafotécnica não é suficiente para afastar a competência do Juizado Especial para processar e julgar a causa (STJ: S-1, AgRgCC n. 104.714, Min. Herman Benjamin; AgRgCC n. 103.089, Min. Castro Meira; S-2, CC n. 83.130, Min. Nancy Andrighi; TJSC: OE, CC n. 0145829-47.2015.8.24.0000, Des. Jorge Schaefer Martins; CC n. 2015.052345-6, Des. Rodrigo Collaço; CC n. 2012.072196-7, Des. Pedro Manoel Abreu) (Conflito de competência n. 0135983-06.2015.8.24.0000, de Chapecó, Rel. Des. Newton Trisotto, Órgão Especial, j. 15-2-2017).

Em suma: a verificação dos sinais gráficos é, sem dúvidas, um processo técnico cujo conhecimento profundo sobre o tema é indispensável para uma conclusão fidedigna, mas não obstaculiza, por si só, orientar-se de acordo com os fundamentais critérios previstos no art. 2º da Lei n. 9.099/1990.

Ante o exposto, dá-se provimento ao presente conflito negativo de competência, para declarar competente o Juizado Especial Cível e

Criminal da Universidade Federal de Santa Catarina.

Este é o voto.

**CÂMARA CIVIL ESPECIAL****Agravo n. 4000540-44.2017.8.24.0000/50001**

Relator: Desembargador José Agenor de Aragão

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – LIMINAR REINTEGRATÓRIA INDEFERIDA NA ORIGEM – INSURGÊNCIA DAS AUTORAS – CONCESSÃO DA TUTELA RECURSAL PERSEGUIDA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – IRRESIGNAÇÃO DO REQUERIDO – INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO INTERNO – ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE COMODATO VERBAL NO CASO EM APREÇO – PROVA DO CONTRATO E DOS REQUISITOS INSCULPIDOS NO ART. 561 DO CPC QUE INCUMBIA ÀS AUTORAS DA ACTIO – DEMANDADO QUE EXERCE A POSSE DO IMÓVEL HÁ MAIS DE 20 ANOS – REFORMA DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE SE IMPÕE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. “Na ação de reintegração de posse baseada em descumprimento de notificação para desocupação de imóvel em contrato de comodato, imprescindível a comprovação do referido contrato, pois que o mesmo não se presume e nem se efetiva pela notificação. Inocorrendo a prova cabal da existência do comodato, não há que se falar em esbulho, ensejando a improcedência da possessória argüida” (TJMG. A.C. 2.0000.00.401102-1/000(1). Rel. Des. GOUVÊA RIOS. j. em 18/11/2003). (TJSC, Apelação Cível n. 000204294.1997.8.24.0030, de Imbituba, rel. Des. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 03-04-2018).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo n. 4000540-44.2017.8.24.0000/50001, da comarca de Tubarão 2ª Vara Cível em que é Agravante Emir Antunes e Agravados Cecília Antunes Ramos e outros.

A Câmara Civil Especial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho e Álvaro Luiz Pereira de Andrade.

Florianópolis, 24 de maio de 2018.

Desembargador José Agenor de Aragão  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto por Emir Antunes Junior contra a decisão monocrática que deferiu o pedido de antecipação da tutela recursal formulado no agravo de instrumento n. 4000540-44.2017.8.24.0000, interposto por Cecília Antunes Ramos, Eda Antunes Fernandes e Luzia Antunes de Souza, em detrimento do ora recorrente, visando a reintegração da posse das recorrentes no imóvel de matrícula n. 10.156 e a desocupação do recorrido do referido bem.

Em suas razões recursais, assevera que no imóvel descrito na matrícula n. 10.156 foi edificado um prédio com dois pavimentos, sendo um apartamento, duas salas e uma garagem no piso térreo e um apartamento situado no piso superior, onde reside desde 1992 com sua família, não possuindo nenhum outro imóvel em seu nome.

Declara que à época da construção do prédio seu genitor era condômino do terreno juntamente com a irmã Edite Antunes, tendo como usufrutuária a genitora de ambos, Sra. Maria Bedeschi Antunes, sendo que todos contribuíram financeiramente para a construção, tendo a família do agravante permanecido com o apartamento situado no piso

superior do prédio.

Alega possuir prova da posse do apartamento no piso superior do imóvel, tendo anexado aos autos de origem fotografias, carnês de IPTU, cadastro imobiliário, contas, cartas e outros documentos datados entre 1992 a 2013 (fls. 417/434).

Propala que a doação realizada por Edite Antunes em prol das agravadas possui vício de consentimento, sendo passível de anulação e que, em razão do negocio ilícito perpetrados pelas recorridas, acabou sendo preterido em seu direito à herança.

Diante da situação apresentada, o recorrente: a) requer a nulidade absoluta do processo ou da decisão que deferiu a antecipação da tutela recursal às ora agravadas, haja vista a ausência de intimação do procurador do recorrente da distribuição do agravo e da decisão que antecipou os efeitos da tutela recursal; b) aponta a existência de erro material no decisum, pois na data do protocolo do agravo de instrumento, já haviam sido juntados aos autos de origem a contestação e documentos necessários à intimação do ora recorrente, não havendo justificativa para a interposição do agravo sem a aludida documentação; c) defende a ilegalidade dos documentos novos amealhados em grau recursal pelas recorridas, sob pena de supressão de instância e violação ao art. 437, §1º, do CPC; d) pugna pela análise de todas as provas apresentadas aos autos, “em especial, as anexadas com a contranotificação de fls. 384/448 e as que seguem anexas ao agravo interno” (fl. 45); e e) sustenta a necessidade de serem as agravadas condenadas às penas por litigância de má-fé.

Ao final, requer seja dado provimento ao recurso de agravo interno para acolher as preliminares arguidas, determinando-se a anulação do processo ou do decisum que deferiu a liminar de reintegração de posse, e, no mérito, dar provimento ao recurso, analisando os documentos novos acostados aos autos, a fim de revogar a liminar reintegratória deferida às agravadas ou, sucessivamente, deferir o efeito suspensivo almejado para

suspender os efeitos da decisão objurgada, retornando o agravante para a posse do imóvel até o julgamento do mérito recursal.

Devidamente intimada, a parte agravada apresentou contrarrazões às fls. 91/108.

Este é o relatório.

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido.

Proemialmente, sobreleva consignar que, à luz da norma insculpida no Ato Regimental n. 137/2016 deste Sodalício, a competência da Câmara Civil Especial restringe-se à apreciação dos requisitos de admissibilidade do agravo de instrumento, dos pedidos de efeito suspensivo e de antecipação da tutela recursal, tratando-se, portanto, de um juízo de cognição superficial (não exauriente), cujo mérito será analisado pela Câmara Especializada competente.

Cuida-se de agravo interno interposto por Emir Antunes Junior contra a decisão monocrática que deferiu o pedido de antecipação da tutela recursal formulado no agravo de instrumento n. 4000540-44.2017.8.24.0000, interposto por Cecília Antunes Ramos, Eda Antunes Fernandes e Luzia Antunes de Souza.

Cinge-se a controvérsia em litígio familiar envolvendo a posse e propriedade do imóvel em questão.

Da análise da matrícula do terreno de n.º 10.035 (originária da matrícula do imóvel objeto da celeuma - n.º 10.156), constata-se que, de fato, referido bem foi adquirido por Emir Antunes e Edite Antunes, já falecidos, no ano de 1987 (fls. 231-232 dos autos principais).

O agravante sustenta que o imóvel em litígio foi construído em

comunhão de esforços entre Edite e Emir Antunes, falecido pai do recorrente, e que, em razão do esforço comum na construção, restou acordado que Emir Antunes ficaria com o apartamento do piso superior, enquanto Edite ficaria com o apartamento térreo e as duas salas comerciais seriam destinadas à locação.

Para corroborar, colacionou ao processado documentos que levam a crer que residia com a família no apartamento situado no piso superior do terreno desde a década de 90, tempo suficiente à aquisição do domínio do bem pelo implemento da prescrição aquisitiva.

Por outro lado, as agravadas declaram que a falecida Edite era proprietária e legítima possuidora do imóvel onde reside o agravante, o qual lhe foi cedido em comodato gratuito e verbal em época que a cedente estava em pleno gozo de sua saúde.

Sustentam que, ao adoecer, Edite teria ficado sem ter onde morar, tendo solicitado diversas vezes ao réu que lhe devolvesse o imóvel, e ingressado com notificação judicial e extrajudicial para extinção de comodato.

Após o óbito de Edite, munidas da cópia da matrícula com a averbação de doação do imóvel objeto da quaestio, as recorridas ingressaram com a ação reintegratória com o objetivo de serem imitidas na posse do apartamento situado no piso superior do terreno, imóvel utilizado pelo recorrente como moradia.

Feitas essas considerações, da análise perfunctória do processado, verifica-se que ambos os litigantes trouxeram ao processado declarações prestadas por testemunhas roborando as suas assertivas.

Neste cenário, encontrando-se a presente ação em fase instrutória, calcada em suposto contrato de comodato verbal e tendo o ora agravante se manifestado nos autos da notificação judicial de n. 0002513-81.2011.8.24.0075 (075.11.002513-4), trazendo nestes autos

e na contestação da presente demanda questões que indubitavelmente necessitam de dilação probatória para que se verifique as circunstâncias do esbulho sustentado pelas agravadas, razão pela qual não se pode concluir pela concessão liminar de medida reintegratória, na medida em que sequer restou comprovado tratar-se a situação em exame de comodato verbal, sendo temerário proceder-se à retirada do agravante do imóvel que comprovadamente reside com a família desde 1992.

Nesse diapasão, *mutatis mutandis*, extrai-se da jurisprudência desta

Corte de Justiça: APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADAS. MÉRITO. AUTORA QUE FUNDAMENTA SUA PRETENSÃO EM COMODATO VERBAL. AUSÊNCIA DE PROVA SOBRE O EMPRÉSTIMO DO IMÓVEL. DISCUSSÃO SOBRE A PROPRIEDADE QUE NÃO CABE EM SEDE DE AÇÃO POSSESSÓRIA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. [...] . 3 - MÉRITO. REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Para a concessão de reintegração de posse a parte deve demonstrar os requisitos do artigo 927 do CPC/73, legislação aplicável ao caso, quais sejam, a posse, o esbulho e a perda da posse. Assim, estando a ação possessória fundada em contrato de comodato verbal cabe à autora a demonstração inequívoca do empréstimo gratuito do imóvel. In casu, a prova testemunhal não corroborou a tese da autora, que deixou de comprovar o requisito essencial para o provimento da ação de reintegração de posse, qual seja, a sua posse anterior. (TJSC - AC n. 0300459-30.2015.8.24.0075, de Tubarão. Rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, julgado em 20/04/2017)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. COMODATO VERBAL. AUSÊNCIA DE PROVAS. INDÍCIOS DE QUE O AUTOR E SUA FALECIDA ESPOSA TERIAM DOADO UMA PARTE DO TERRENO AO SEU FILHO, ENTÃO CASADO COM A RÉ, QUE LÁ CONSTRUÍRAM UMA CASA. POSSE ANTERIOR DO



AUTOR IGUALMENTE NÃO DEMONSTRADA. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “(...) Aquele que alega a existência da posse decorrente de contrato de comodato verbal, tem o dever de comprovar a existência do comodato, sob pena de ser inválida a notificação, porquanto, não existente o comodato. Para a procedência da ação possessória, compete ao autor provar os requisitos do artigo 927, do Código de Processo Civil e, não provando o autor a sua posse e a perda da posse a improcedência do pedido é uma imposição legal. (...)”.

(TJSC, Apelação Cível n. 2011.037397-6, de São Francisco do Sul, rel. Des. Saul Steil, j. 26-09-2013). (TJSC - AC n. 2015.036132-0, de Jaguaruna. Rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, julgado em 29/10/2015).

Nesse contexto, indubitável que a matéria agitada demanda dilação probatória para possibilitar a averiguação com a devida cautela no que concerne à existência de comodato, motivo pela qual entendo que a decisão objurgada merece ser reformada, concedendo-se ao agravante o efeito suspensivo almejado, à fim de sobrestar os efeitos da decisão que determinou a reintegração das recorridas na posse do imóvel objeto do litígio que, como dito alhures, serve de moradia para o recorrente e sua genitora há mais de 20 anos, determinando se o retorno do agravante ao lar, ao menos até o julgamento definitivo pela Câmara especializada competente.

Ante o exposto, conhece-se do recurso de agravo interno e dá-se-lhe provimento.

Este é o voto.

**Agravo n. 4027984-52.2017.8.24.0000/50000, de São Bento do Sul**

Relatora: Desembargadora Hildemar Meguzzi de Carvalho

AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. MAJORAÇÃO LIMINAR DA PENSÃO ALIMENTÍCIA. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEFERIU PARCIALMENTE A TUTELA PARA FIXAR ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM 20% DOS RENDIMENTOS DO ALIMENTANTE. DECRÉSCIMO FINANCEIRO DO GENITOR NÃO COMPROVADO. DECISÃO PRESERVADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo n. 4027984-52.2017.8.24.0000/50000, da comarca de São Bento do Sul 2ª Vara em que é Agravante J. M. F e Agravado J. B da S.

A Câmara Civil Especial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Álvaro Luiz Pereira de Andrade.

Florianópolis, 24 de maio de 2018.

Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho  
Relatora

## RELATÓRIO

J.M.F. interpôs agravo interno contra decisão monocrática de minha relatoria, que deferiu parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal para majorar a verba alimentar provisória para 20% dos rendimentos do agravante, abatidos os descontos legais (previdência social e imposto de renda, se houver).

Em suas razões recursais, o agravante sustenta, em síntese, que não possui condições financeiras para pagamento da pensão alimentícia fixada em 20% de seus rendimentos. Alega que possui outros dois filhos e que foi diagnosticado como portador de “hepatite c”, que requer tratamento medicamentoso, o que implicará no aumento dos gastos. Requer, pois, o conhecimento e provimento do presente recurso, para manutenção dos alimentos provisórios no patamar de 30% do salário mínimo.

Devidamente intimada, a parte recorrida apresentou contrarrazões às fls. 74-81.

É o relatório.

## VOTO

Embora cabível, a pretensão do agravante não merece provimento. Não tem sucesso o agravo interno que pretende apenas rediscutir a lide e que não é capaz de infirmar o entendimento já adotado.

Ressalta-se que as partes entabularam um acordo parcial acerca da guarda unilateral e direito de visitas em prol do filho G., e continuação em relação aos alimentos e partilha de bens.

Deste modo, passo a analisar apenas o acerto ou desacerto da decisão impugnada quanto ao pleito de majoração da pensão alimentícia devida ao agravado.

Em nova análise do processo e dos documentos acostados, mantém-se a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, uma vez que preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 300, caput, do CPC/2015.

Inexistem nos autos provas robustas que amparem a narrativa do recorrente. Isto é, não está comprovado o decréscimo financeiro que justifique a redução liminar do encargo alimentar.

Por outro lado, as necessidades do infante, ora recorrido, estão bem delineadas, em razão de sua tenra idade e conforme observado à fl. 131 “enseja gastos com saúde, alimentação e vestuário.”

Ademais, extrai-se da decisão monocrática:

[...] denota-se que os comprovantes de rendimentos colacionados às fls. 122-124, demonstram que o agravado trabalha como vigilante na empresa Brasil Sul Serviços de Segurança Ltda. E auferir renda aproximada de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Doravante, apenas a título de argumentação, destaca-se que no exame colacionado à fl. 72, consta como data do laudo: 1º-2-2010 e o infante, ora beneficiário da verba alimentar, nasceu em 30-10-2016, ou seja, posteriormente à alegação de comprometimento da saúde do agravante.

Desta feita, não convém sacrificar o sustento da prole com base nesse argumento.

Portanto, por não avistar a fumaça do bom direito e o perigo da demora causado pela decisão recorrida, não há falar em minoração da pensão alimentícia.

Assim, diante da ausência de dilação probatória no tocante às reais possibilidades econômicas do recorrente, entendo como temerária a minoração da pensão alimentícia na forma pleiteada.

Mister salientar, por fim, que esta análise é realizada em cognição sumária e que a tese meritória do reclamo ainda será submetida ao julgamento da Câmara especializada.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso negar-lhe o provimento.

Excepcionalmente deixo de condenar o agravante ao pagamento da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC, em razão da matéria suscitada e poder aquisitivo das partes.

Este é o voto.

**Agravo n. 4019882-41.2017.8.24.0000/50000, de Balneário Camboriú**

Relator: Desembargador Sidney Eloy Dalabrida

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUSPENSIVO NEGADO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINOU O CUSTEIO DE INTERNAÇÃO EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. ALEGADA IRREVERSIBILIDADE DA DECISÃO. DIREITO À SAÚDE QUE SE SOBREPÕE AO PATRIMÔNIO DA AGRAVANTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“Na aferição da irreversibilidade da medida, deve-se apurar o chamado perigo de dano irreparável inverso, em que se verifica quais os bens jurídicos em confronto. Assim, no embate entre o patrimônio e a vida, a esta se deve conferir prevalência.” (Agravo de Instrumento n. 2013.003978-8, da Capital, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 1º/8/2013)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo n. 4019882-41.2017.8.24.0000/50000, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara Cível) em que é Agravante Geap Autogestão Em Saúde e Agravado Caor Shinnæ Justi.

A Câmara Civil Especial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Des. Wilson Fontana, com voto, e dele participou a Excelentíssima Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2018.

Desembargador Sidney Eloy Dalabrida  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (art. 1.021, *caput*, do Código de Processo Civil) interposto por GEAP Autogestão em Saúde contra decisão monocrática interlocutória proferida em agravo de instrumento, que indeferiu o pedido de concessão de efeito suspensivo ao reclamo e, conseqüentemente, manteve a decisão que deferiu liminar pleiteada por Caor Shinnæ Justi, no sentido de determinar o custeio, pela agravante, da internação da agravada na Pousada Geriátrica Vila Europa Ltda – ME, inclusive no que diz respeito aos medicamentos, fraldas e alimentação através de sonda, se necessário, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Inconformada, a recorrente sustenta, em suma, que estão presentes os requisitos necessários para a concessão de efeito suspensivo ao agravo, uma vez que a medida de urgência deferida em primeiro grau e mantida nesta Instância é irreversível, fato que, além de lhe causar graves danos, uma vez que a agravada não comprovou a capacidade financeira de ressarcir o valor dispensado, vai de encontro ao disposto no art. 300, § 3º, do CPC/15 (fl. 1-7).

Requer, assim, o provimento do presente agravo interno, a fim de que seja suspensa a determinação exarada na decisão de primeiro grau, com a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

A agravada, embora intimada (fl. 10), deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões.

Este é o relatório.

## VOTO

Sustenta a recorrente, em síntese, que a decisão monocrática impugnada deve ser reformada, sob o argumento de que a medida deferida na origem é irreversível, uma vez que, caso não confirmada em sentença, a agravada não terá condições de ressarcir o dano sofrido, em contrariedade ao previsto no art. 300, § 3º, do CPC/15.

O Código de Processo Civil regulamenta o agravo interno no seu art. 1.021, *caput*, *in verbis*: “*Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal*”.

Denota-se, pois, que este novo instrumento recursal, admitido para questionamento de qualquer decisão proferida pelo relator, substitui o agravo regimental previsto nos regimentos internos dos Tribunais Superiores.

A presente decisão limita-se à apreciação da viabilidade ou não da suspensão da eficácia do *decisum* de primeiro grau, cujo deferimento subordina-se ao preenchimento dos pressupostos contidos no art. 995, parágrafo único, do CPC/15, *in verbis*:

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.

Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero esclarecem:

Suspensão da decisão recorrida. A suspensão da decisão recorrida por força da decisão judicial está subordinada à demonstração da probabilidade de provimento do recurso (probabilidade do direito alegado no recurso, o *fumus boni iuris* recursal) e do perigo da demora (*periculum in mora*).



[...] O que interessa para a concessão de efeito suspensivo, além da probabilidade de provimento recursal, é a exigência de perigo na demora na obtenção do provimento recursal. (*Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1055-1056)

Assim, para o deferimento do efeito suspensivo ao pronunciamento *a quo*, necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e, simultaneamente, a demonstração da probabilidade do provimento do recurso.

Na hipótese, em que pese o inconformismo da recorrente, não há como dar guarida aos seus argumentos.

Denota-se dos autos que a agravante e a agravada possuem, entre si, contrato de plano de saúde, e que esta comprovou, por meio de atestados médicos, estar acometida de grave doença, a saber, Alzheimer (CID 630), demonstrando, assim, a necessidade de auxílio para higiene, locomoção, administração de remédios, fraldas e até mesmo alimentação por meio de sonda, caso necessário (fls. 91-93 do Agravo de Instrumento).

A decisão monocrática combatida manteve o pronunciamento de primeiro grau, porquanto reconheceu a presença dos requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência requerida pela agravada e, em contrapartida, não considerou presentes os pressupostos para a suspensão dos efeitos do decisum, como pretendia o agravante.

Argumentou, em síntese, que o fato de o tratamento domiciliar indicado não estar incluso no rol de procedimentos de cobertura obrigatória não afasta, por si só, o direito da consumidora à internação recomendada por médico.

Demais disso, a agravante não anexou aos autos qualquer documento passível de comprovar a necessidade de exclusão do tratamento discutido.

Ressalte-se que, conquanto não se desconsidere a possibilidade de risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação à agravante, não restou demonstrada a probabilidade do provimento recursal e, como é cediço, os requisitos à concessão do efeito suspensivo são cumulativos.

Não obstante, registre-se que não se objete com a alegação de irreversibilidade em razão da impossibilidade de retorno ao *status quo*, porquanto, nem mesmo tal matiz pode impedir a concessão da medida liminar à agravada, de modo que aqui o princípio da razoabilidade há de ser observado.

Acerca do assunto, colhe-se da doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves:

[...] mesmo quando a tutela antecipada é faticamente irreversível, o juiz poderá excepcionalmente concedê-la, lembrando a doutrina que um direito indisponível do autor não pode ser sacrificado pela vedação legal. Nesse caso, valoram-se os interesses em jogo e, sendo evidenciado o direito à tutela antecipada, é indevida a vedação legal à sua concessão (Enunciado 25 da ENFAM: “A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88)”. São, por exemplo, muitas as tutelas antecipadas em demandas em que se discute a saúde do autor, com a adoção de medidas faticamente irreversíveis, tais como a liberação de remédios, imediata internação e intervenção cirúrgica.

[...]

É uma situação-limite, que podemos chamar de “irreversibilidade de mão dupla”, ou como prefere a doutrina, “recíproca irreversibilidade”, na qual caberá ao juiz a ponderação do direito mais provável no momento de análise do pedido da tutela antecipada, aplicando-se o princípio da *razoabilidade*. Nesse caso, devem-se valorar comparativamente os riscos, balanceando os dois males para escolher o menor. Típica hipótese é a tutela antecipada para atendimento médico quando o autor demonstra

que sem ele sofrerá uma lesão irreparável (Informativo 420/STJ, 3ª Turma, REsp 801.600/CE, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 15.12.2009, DJ 18.12.2009). (*Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodvm, 2017. p. 503)

Esta Corte de Justiça, em casos semelhantes, relativizou a alegada irreversibilidade da medida cautelar, reconhecendo que se deve priorizar a saúde no embate com o patrimônio, veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DEFERIMENTO DE PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CUSTEIO DE INTERNAÇÃO DOMICILIAR (HOME CARE). RECUSA ADMINISTRATIVA. SUPOSTA EXCLUSÃO CONTRATUAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. COBERTURA CONFIGURADA. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 47 DO CDC. MANUTENÇÃO DO DIREITO À VIDA QUE SE SOBREPÕE AO PATRIMÔNIO DA OPERADORA DO PLANO. ASTREINTES. MINORAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. JURISPRUDÊNCIA DO E. STJ. EXECUÇÃO CONDICIONADA À CONFIRMAÇÃO EM SENTENÇA. RESP. 1.200.856/RS. RECURSO NÃO PROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

Segundo o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor a interpretação das cláusulas contratuais deverá ser realizada de maneira favorável ao consumidor.

“Na aferição da irreversibilidade da medida, deve-se apurar o chamado perigo de dano irreparável inverso, em que se verifica quais os bens jurídicos em confronto. Assim, no embate entre o patrimônio e a vida, a esta se deve conferir prevalência.” (AI n. 2013.003978-8, da Capital, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 1.8.2013).

Nos termos do artigo 500 do NCPC, a multa diária deve ser fixada em valor razoável, com a finalidade de compelir a parte a cumprir a determinação judicial, coibindo a reiteração de conduta perniciososa, sem representar enriquecimento ilícito.

“1.- Para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, fixa-se a

seguinte tese: “A multa diária prevista no § 4º do art. 461 do CPC, devida desde o dia em que configurado o descumprimento, quando fixada em antecipação de tutela, somente poderá ser objeto de execução provisória após a sua confirmação pela sentença de mérito e desde que o recurso eventualmente interposto não seja recebido com efeito suspensivo.” (REsp 1.200.856/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 1.7.2014). (Agravo n. 0025141-22.2016.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. em 30/3/2017)

Agravo de instrumento. Procedimento cirúrgico de catarata + trabeltania. Fornecimento de medicamentos. Antecipação de tutela deferida na origem. Insurgência do Estado de Santa Catarina. Perigo de irreversibilidade da medida. Inocorrência. Prevalência do direito à saúde. Preenchimento dos demais requisitos autorizadores da antecipação de tutela. Procedimento padronizado pelo SUS. Fila de espera. Cegueira iminente. Urgência da medida. Prazo para cumprimento da determinação. Dilação. Recurso parcialmente provido. Havendo prova inequívoca capaz de convencer este Órgão julgador da verossimilhança das alegações e fundado o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, do CPC) decorrente da demora na entrega da prestação jurisdicional definitiva, mostra-se escorreita a antecipação de tutela obrigando o Estado a fornecer o tratamento de que necessita o agravante para manutenção de sua saúde. “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético - jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida” (Min. Celso de Melo) (TJSC, rel. Des. Jaime Ramos). (Agravo de Instrumento n. 0011005-20.2016.8.24.0000, de Caçador, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 9/8/2016)

Assim, entende-se, no presente caso, que o perigo de dano atribuído à condição de saúde da agravada deve prevalecer sobre o risco de prejuízo ao patrimônio da agravante, não sendo a irreversibilidade da medida, portanto, fundamento suficiente para a pretensa concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Diante das razões expostas, voto pelo conhecimento e desprovemento do Agravo Interno interposto.

Este é o voto.

## CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

### **Apelação Cível n. 0002697-05.2012.8.24.0042, de Maravilha**

Relator: Des. Subst. Luiz Felipe Schuch

DIREITO DE FAMÍLIA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR PROPOSTA EM RELAÇÃO A AMBOS OS GENITORES. PLEITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FUNDAMENTADO EM EXPLORAÇÃO SEXUAL DE DUAS FILHAS ADOLESCENTES. COLOCAÇÃO DE TODAS AS QUATRO FILHAS DO CASAL EM FAMÍLIA SUBSTITUTA POR MEDIDA DE ABRIGAMENTO CAUTELAR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RESTABELECIMENTO DA GUARDA EM FAVOR DA GENITORA.

APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REVERSÃO DA PROVIDÊNCIA DETERMINADA NO PRIMEIRO GRAU. PARCIAL VIABILIDADE, TÃO SOMENTE EM RELAÇÃO AO GENITOR. CIRCUNSTÂNCIAS EXTRAÍDAS DO CONTEXTO PROBATÓRIO QUE NÃO RECOMENDAM A ADOÇÃO DA MESMA PROVIDÊNCIA EM RELAÇÃO À GENITORA. ADOÇÃO DA MEDIDA EXTREMA PRECONIZADA NO ART. 1.635, V, DO CÓDIGO CIVIL, SOMENTE VIÁVEL NAS HIPÓTESES TAXATIVAMENTE PREVISTAS NOS INCISOS DO ART. 1.638 DO REFERIDO *CODEX*. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEI SUBSTANTIVA CIVIL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUE INDICAM A ABSOLUTA EXCEPCIONALIDADE DO ALIJAMENTO DOS PAIS DE SEU NATURAL PODER FAMILIAR. CONDUTAS AUTORIZATIVAS NÃO DEMONSTRADAS QUANTUM SATIS NO QUE DIZ RESPEITO À MÃE, TAMBÉM OUTRORA VITIMADA PELO SEU COMPANHEIRO COM VIOLÊNCIAS DA MESMA NATUREZA. CONTEXTO

DE VIOLÊNCIA FÍSICA E PSICOLÓGICA EXTREMAS. APATIA DIANTE DAS SITUAÇÕES ABSURDAS QUE PRESENCIAVA. LAUDO PSICOLÓGICO QUE APONTA PARAMANIFESTAÇÃO DAS SÍNDROME DE ESTOCOLMO. PROVA PRODUZIDA QUE INDICA TER A GENITORA SUPERADO ATUALMENTE AQUELES OBSTÁCULOS. DESABRIGAMENTO DAS MENORES DA PROTEÇÃO DE FAMÍLIA SUBSTITUTA. RESTABELECIMENTO DO PODER FAMILIAR DA MÃE. SUBMISSÃO DA RÉ E DE SUAS FILHAS A TRATAMENTO PSICOLÓGICO. APOIO DA FAMÍLIA DA RÉ E DA ESTRUTURA DA REDE DE APOIO MUNICIPAL. RECONSTRUÇÃO DA VIDA COM AS FILHAS APÓS O AFASTAMENTO DO PAI-ALGOZ. RÉ QUE PROCUROU MUDAR DE VIDA A FIM DE GARANTIR O BOM DESENVOLVIMENTO DE SUAS FILHAS. INDICATIVOS DA RECUPERAÇÃO DAS MENINAS COM A RETOMADA DA PROTEÇÃO E CARINHO MATERNOS. PERMANÊNCIA DAS FILHAS NA GUARDA DA MÃE. SOLUÇÃO ALVITRADA PELO SERVIÇO SOCIAL FORENSE E POR PSICÓLOGA QUE ACOMPANHARAM O CASO DESDE O PRINCÍPIO. CRIANÇAS E ADOLESCENTES PROTEGIDAS QUE APARENTAM ESTAR SAUDÁVEIS, BEM CUIDADAS E FREQUENTANDO A ESCOLA E SERVIÇOS DE SAÚDE. ATITUDES MATERNAS QUE APONTAM PARA A PREOCUPAÇÃO COM O FUTURO DAS FILHAS. DESTITUIÇÃO INVIÁVEL NESSE CONTEXTO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 19, 22, 24, 100, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO, X, TODOS DA LEI N. 8.069/90. PERDA DO PODER FAMILIAR. MEDIDA EXCEPCIONALÍSSIMA QUE NÃO PODE SERVIR COMO MERA PUNIÇÃO AO GENITOR QUE EVENTUALMENTE VENHA A TRANSGREDIR. NATUREZA DA PROVIDÊNCIA QUE SE PRESTA SOMENTE PARA RESGUARDAR OS INTERESSES DOS HIPOSSUFICIENTES E QUE NÃO SE COADUNA COM A SITUAÇÃO EM ANÁLISE. ANTERIOR MODO DE VIDA CONTURBADO E ERRÁTICO DA

MÃE QUE, MESMO ALIADO À DESESTRUTURA FAMILIAR MOMENTÂNEA, NÃO IMPLICA NECESSARIAMENTE PERDA DESSE PODER-DEVER (CC, ART. 1.630). NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DE ÓRGÃOS E ENTES GOVERNAMENTAIS MEDIANTE A IMPLEMENTAÇÃO DE PROVIDÊNCIAS EMANADAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À MANUTENÇÃO DAS INFANTES NO SEIO FAMILIAR AGORA REMODELADO, NOS TERMOS DOS ARTS. 226 E 227 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. DEVER DOS FAMILIARES, DA COMUNIDADE, DA SOCIEDADE E DO ESTADO ASSEGURAREM, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS ELEMENTARES DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES (LEI N. 8.069/90, ART. 4º, *CAPUT*, E PARÁGRAFO ÚNICO). CONDUTAS DO GENITOR. EXCEPCIONAL GRAVIDADE. RECEBIMENTO DE DINHEIRO E OUTROS REGALOS COMO CONTRAPRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS SEXUAIS DAS FILHAS ADOLESCENTES. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. POSTERIOR REVOGAÇÃO POR MEIO DA DECISÃO FINAL. INCONFORMISMO DO *PARQUET* QUE MERECE ACOLHIMENTO. PROVA DOS AUTOS A DEMONSTRAR QUE A SUA PROLE PRESCINDE DE SUA PRESENÇA, AINDA QUE RESTRITA. SOLUÇÃO DIVERSA DAQUELA ADOTADA NO TOCANTE À MÃE PORQUE MUITO DIFERENTE SUA CONDUTA INICIAL E SEU COMPORTAMENTO NO CURSO DA INTERVENÇÃO ESTATAL. ADOÇÃO DA ÚLTIMA RATIO RECOMENDÁVEL EM RELAÇÃO AO GENITOR. EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR EM DEFINITIVO. DEVER DE SUSTENTO PATERNO NÃO ATINGIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A Corte Catarinense de Justiça, atenta aos comandos lançados nos arts. 226 e 227 da Constituição da República Federativa do



Brasil, vem reiterando que *“a destituição do pátrio poder de um pai elou de uma mãe sobre seu filho é medida drástica e somente deve ser determinada em situações em que se verifique a negligência dos genitores para com seus filhos, por não fornecerem condições mínimas necessárias para o desenvolvimento afetivo, psicológico, moral, educacional e material a eles”* (TJSC, Apelação Cível n. 2013.021612-2, de Canoinhas, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 11.7.2013).

Vale dizer que somente se comprovadas, exime de dúvidas, as hipóteses delineadas nos incisos do art. 1.638 do Código Civil estará o julgador legalmente autorizado a adotar a medida extrema preconizada no art. 1.635, V, do mesmo Diploma Substantivo Civil.

Adoção da medida excepcionalíssima que não se amolda à situação da mãe que teve no companheiro, ainda no início de sua adolescência, o mesmo algoz das filhas, especialmente quando, após cessada nefasta influência, passa ela a dedicar a vida à reestruturação da família remodelada e ao bem estar de sua prole.

Convivência anterior com a terrível situação das filhas decorrente da “anestesia” causada pela “Síndrome de Estocolmo”. A interpretação sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente orienta que *“somente após esgotadas todas as possibilidades de manutenção da criança no seio de sua família natural ou extensa é que se deve proceder à inscrição do menor em programa de acolhimento familiar”* ou adoção (STJ, Habeas Corpus n. 329.967/SC, rel. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, j. 4.8.2015).

Inviável a manutenção do poder familiar em favor de pai que aceita dinheiro e outros regalos de vizinhos a fim de permitir que se saciassem com suas filhas adolescentes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0002697-05.2012.8.24.0042, da comarca de Maravilha 1ª Vara em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e apelados G.A.Z e outro.

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por unanimidade,

conhecer e dar parcial provimento à apelação interposta pelo Ministério Público, a fim de determinar a extinção do poder familiar do pai J. C. M. em relação às filhas A. de F. M., A. A. M., A. F. M. e A. P. M., mantendo-o, entretanto no que dizer respeito à genitora G. A. Z, que permanecerá com a guarda da prole. Custas legais.

O julgamento, realizado em 5 de fevereiro de 2018, foi presidido pelo Desembargador Gerson Cherem II, com voto, e dele participou o Desembargador Substituto Carlos Roberto da Silva.

Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Carlos Alberto de Carvalho Rosa.

Florianópolis, 6 de fevereiro de 2018.

Luiz Felipe Schuch  
RELATOR

## RELATÓRIO

Acolho o relatório da sentença de fls. 340-344, de lavra do Juiz de Solon Bittencourt Depaoli, por contemplar precisamente o conteúdo dos presentes autos, *ipsis litteris*:

“[...] O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, através de seu agente firmatário, ajuizou ação de verificação de situação de risco, originariamente, em favor de A. de F. M., nascida em 31/05/2006, filhas de J. C. M. e G. A. Z., residentes e domiciliados na Linha Cadeado, interior do município de São Miguel da Boa Vista/SC.

Após regular processamento do feito, o Ministério Público, por sua Promotora de Justiça, propôs a conversão de verificação de situação de risco em destituição do poder familiar, em face de J. C. M. e G. A. Z., qualificados, pais das crianças A. de F. M., A.

M., A. F. M. e A. P. M., atualmente em abrigo domiciliar, pelos seguintes fundamentos: **(a)** negligência por parte dos genitores, que deixaram de dispensar os cuidados mínimos à criação de seus filhos, tratando-se com descaso e privando-os do direito de ter um desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas; **(b)** exploração e abuso sexual em relação à menor A. M., com o conhecimento e consentimento dos pais; **(c)** que os abusos sexuais por terceiros pessoas foram confirmados através de exame de corpo de delito, no qual ficou constatada a ruptura himenal; **(d)** que após a retirada de A. M. do convívio com a família natural, este apresentou melhora escolar e social no seu comportamento, tornando-se uma criança alegre, participava nas brincadeiras com interação com os demais colegas; **(e)** que não há informações acerca da prática dessa conduta em relação às demais filhas, no entanto, todas estão expostas a risco caso continuem sob o poder familiar dos genitores; **(f)** que no ano de 2007 o genitor J. C. M, foi investigado pelo suposto cometimento do crime de submissão de crianças à exploração sexual, com indícios de que estava oferecendo as filhas a homens em troca de dinheiro; **(g)** que os requeridos não podem continuar exercendo o poder familiar em relação às filhas, sob pena de as crianças e as adolescentes continuarem sendo exploradas sexualmente pelos pais, justificando-se a colocação das crianças em família substituta, mediante adoção.

Requeriu a suspensão liminar do poder familiar dos requeridos sobre as filhas A. de F. M., A. M., A. F. M. e A. P. M.; a citação dos requeridos para querendo, contestar a presente demanda e, ao final, a procedência do pedido, decretando-se a perda do poder familiar dos requeridos em relação às filhas, encaminhando-se para colocação em família substituta, mediante processo de adoção.

Juntou documentos (ação de verificação de situação de risco – fls. 02/92).

Decisão deferindo o pedido liminar e determinando a suspensão temporária do poder familiar dos requeridos sobre as menores,

mantendo-se a situação original de acolhimento (fls. 94/95).

Citados (fl. 97), os demandados apresentaram contestação (fls. 102/107), aduzindo, em síntese: **(a)** que em nenhum momento os genitores praticaram os atos relatados na inicial, consistentes em exercer a exploração sexual das filhas menores, oferecendo-as a terceiros em troca de dinheiro; **(b)** que na denúncia ofertada contra o requerido pelo suposto favorecimento a exploração sexual da filha A. F. M. no ano de 2007, nada restou comprovado, situação que se coaduna também nos presentes autos, eis que inexistem elementos comprobatórios da efetiva prática de atos de favorecimento sexual pelos contestantes; **(c)** que a menina A. de F. M. negou os fatos narrados pelo Ministério Público, destacando que nunca trabalhou em outro local e que não avistou qualquer homem mais velho na casa de seus pais, situação também relatada pela menor A. M.; **(d)** que apesar do laudo pericial comprovar que a adolescente A. de F. M. não é mais virgem, cabe observar que o mesmo menciona que a lesão himenal não é recente, bem como os vestígios de desvirginamento e de conjunção carnal; **(e)** que os requeridos são pessoas humildes, possuindo pequena propriedade rural, da qual extraem o suficiente para sua alimentação, além de trabalharem para terceiros, auxiliando nas atividades agrícolas e, eventualmente, fazendo alguns trabalhos de faxina ou pequenos consertos em obras para obtenção de rendimento extra, nessas condições não procedem as informações contidas na peça preambular; **(f)** que não houve qualquer prática dos atos previstos na legislação civil vigente que autorizem a decretação da medida excepcional de destituição do poder familiar, sendo que as provas se resumem no suposto depoimento da menor A. de F. M. para a sua professora e ao Conselho Tutelar, sem o acompanhamento dos requeridos; **(g)** que as testemunhas ouvidas em juízo não comprovaram a situação de abuso, se portanto os indícios apenas pelos relatos da professora e Conselheira Tutelar, sendo que se efetivamente houve os referidos atos, os pais em nenhum momento tomaram conhecimento. Ao final, requereram a improcedência do pedido de destituição do poder familiar, juntando documentos (fls. 108/109).

Réplica pelo Ministério Público (fls. 111/120), rebatendo as teses defensivas e ratificando os argumentos lançados na peça portal.

Encaminhamento do PIA – Plano Individual de Atendimento (fls.

123/168 e 176/187), pela equipe de assistência social do município de São Miguel da Boa Vista.

Designada audiência para colheita de prova testemunhal e determinada a realização de estudo social na residência dos requeridos (fls. 172/175). Aportou aos autos relatório de atendimentos psicológicos (fls. 173/175) e relatório de acompanhamento (fls. 196/198).

Manifestação do Ministério Público (fls. 199/200), informando sobre suposta violência psicológica exercida pela família acolhedora em relação às menores, requerendo a troca de família acolhedora, o que foi deferido pelo juízo (fl. 201).

Realizada audiência de instrução (fl. 201), foram ouvidas sete testemunhas (fls. 202/203).

Novo ofício encaminhado pelo serviço de acolhimento do município de São Miguel da Boa Vista (fls. 212/214), informando a necessidade de troca da família acolhedora a fim de preservar a integridade emocional das menores, com parecer ministerial parcial ao deferimento do pedido (fl. 215), com acolhimento do pedido pelo juízo, determinando a substituição da família acolhedora por outras duas famílias indicadas (fl. 216).

Alegações finais apresentadas pela representante do '*Parquet*' (fls. 219/227), pela procedência do pedido, decretando-se a perda do poder familiar dos requeridos J. C. M. e G. A. Z. em relação às filhas A. de F. M., A. M., A. F. M. e A. P. M., em razão da comprovação de que o ambiente familiar dos requeridos é desprovido de condições saudáveis para a criação das filhas em desenvolvimento.

Razões derradeiras pelos demandados (fls. 230/234), pela improcedência do pedido inicial, tendo em vista que os elementos de prova são insuficientes para a decretação da medida extrema pleiteada, além do que as provas se resumem no depoimento da menor A. de F. M. e o depoimento da sua professora, que se limitou a repetir o que a adolescente havia relatado [...]"

O magistrado de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos exordiais, nos seguintes termos:

“[...] Ante o exposto, forte no artigo 269, I, do CPC, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados pelo Ministério Público, mantendo os requeridos no poder familiar dos filhos A. de F. M., A. A. M., A. F. M. e A. P. M., deferindo-se a guarda das menores à genitora.

Custas isentas.

De imediato, considerando-se que eventual recurso terá apenas efeito devolutivo, determino: (a) a expedição de mandado de desacolhimento; e (b) remessa do caderno processual ao SSF para expedição das guias de desacolhimento.

Oficie-se ao Conselho Tutelar do município de São Miguel da Boa Vista, solicitando acompanhamento na dinâmica familiar, comunicando ao Ministério Público qualquer situação de vulnerabilidade que as crianças/adolescentes eventualmente forem submetidas por seus genitores.

Por fim, determino que a Sra. Assistente Social Forense oriente a genitora das menores sobre a possibilidade de postular alimentos em favor das mesmas junto ao genitor, podendo, inclusive, acionar a Defensoria Pública do Estado de SC, já que se enquadra na situação de pessoal hipossuficiente.

P. R. I., observado o segredo de justiça.

Após o trânsito em julgado e, atendidas as diligências, ao arquivo definitivo, com as anotações [...]”.

Irresignado com a prestação jurisdicional, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina apelou aduzindo, em resumo, que “o conjunto probatório amealhado aos autos demonstra que nenhum dos genitores merece ser mantido no poder familiar e tampouco possui condições para exercer a guarda das filhas” (fl. 375). Acrescentou que “os fatos levados ao conhecimento do Conselho Tutelar da cidade de São Miguel da Boa Vista e ensejaram a propositura da presente demanda, uma vez que restou apurado que os apelados, além de terem ciência dos fatos, favoreciam a prática dos abusos sexuais e ameaçavam as adolescentes para que não fossem descobertos. A participação dos apelados na exploração sexual das adolescentes A. [n. 2] e A. [n. 1], suas filhas, ficou suficientemente

comprovada durante a instrução processual” (fl. 376). Complementou, por outro lado, que “a psicóloga do Município de São Miguel da Boa Vista, que realizava o atendimento das adolescentes, aduziu que A. [n. 2] confirmou os abusos sexuais sofridos e relatou detalhes de como ocorriam os fatos. Acrescentou que era possível verificar significativa melhora no comportamento das adolescentes após terem sido retiradas do ambiente familiar, tanto física quanto emocionalmente (fl. 202). Se não bastasse a profissional relatou ainda que A. [n. 1] afirmou nos atendimentos que namorava a pessoa de E. – homem muito mais velho que ela, cuja responsabilidade penal pela prática do crime de estupro ainda está em curso – apenas por vontade do seu pai, pois não gostava dele. Por fim, relatou a psicóloga Cintya Dutra Post que nos atendimentos prestados aos genitores pôde perceber um olhar carinhoso e preocupado da genitora e um comportamento frio e despreocupado do genitor no que se refere à situação das filhas. Referidos fatos já tinham sido relatados pela profissional no relatório de atendimento psicológico de fls. 173/175. Muito embora A. [n. 1] tenha negado os fatos imputados aos seus genitores na oportunidade em que foi ouvida no procedimento de aplicação de medida de proteção (fl. 87), está cristalino nos autos que eles ameaçavam constantemente as suas filhas para que a verdade não viesse à tona” (fl. 378). Narrou que “não há qualquer dúvida de que A. [n. 2] e A. [n. 1] foram expostas à exploração sexual pelos apelados, os quais autorizavam e cediam os espaços da própria residência para que vizinhos pudessem manter relação sexual com as filhas, tudo sob ameaça de que se contassem algo para alguém iriam apanhar. Aliás, em razão dessa participação na exploração sexual das filhas, que contraria o ‘dever legal de cuidado’, os apelados também foram denunciados como incursores nas sanções do crime de estupro, cuja ação penal ainda tramita nesta Comarca. Diante disso, depois de levar tais fatos ao conhecimento das autoridades competentes, merecem as adolescentes a devida proteção do Estado, o que não poderá ser alcançada com a manutenção do poder familiar dos pais e com a

nova concessão da guarda à mãe” (fl. 379). Discorreu que a “apelada G. demonstrou em mais de uma oportunidade a sua vinculação afetiva com o esposo (apelado), não sendo possível garantir que ela se manterá afastada dele para preservar a integridade psicológica e a dignidade sexual das suas filhas, pois durante anos nunca foi capaz de tomar tal atitude. E, mais, suas filhas foram abusadas sexualmente, dentro do próprio lar familiar e sob às vistas dos genitores, e a apelada, além de ter ciência e nada fazer, contribuía para a consumação” (fl. 380). Finalizou asseverando que “a perda do poder familiar não acarreta a ruptura do dever alimentar dos pais, uma vez que a obrigação familiar é direito indisponível dos filhos” (fls. 372-384).

O Ministério Público, em nova manifestação, em parecer de lavra do Procurador de Justiça Dr. Mário Gemin, opinou, desta feita, pelo conhecimento e pelo desprovemento (fls. 438-440).

É o relatório.

## VOTO

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, haja vista a exceção contida no § 2º, IX, do mesmo dispositivo legal, diante da natureza das lides relativas ao direito de família.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por seu Órgão Ministerial com atribuições na 1ª Vara Cível da Comarca de Maravilha, da sentença que julgou improcedentes os pedidos de destituição do poder familiar dos pais em relação às



adolescentes e crianças A. de F. M., A. A. M., A. F. M. e A. P. M., restituindo a sua guarda à genitora G. A. Z.

O recurso deve ser parcialmente acolhido.

Com efeito, conquanto as preocupações do Órgão do Ministério Público lançadas nas razões recursais realmente tenham algum respaldo no material probatório, esse acervo não permite a adoção da medida extrema pretendida em relação à genitora G. A. Z.

Consabido que o poder familiar somente será extinto, em situações como a dos autos, “*por decisão judicial, na forma do artigo 1.638*” (CC, art. 1.635, V). Nesse passo, prescreve o dispositivo referido:

“Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

- I - castigar imoderadamente o filho;
- II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

Importante aqui consignar que, por impactar direta e violentamente direitos fundamentais dos pais e, principalmente, das crianças e dos adolescentes que se busca proteger, a interpretação dessas relativizações ao poder-dever do poder familiar deverá ser restritiva. E mais, para a caracterização de tais hipóteses taxativas de precarização desse poder-dever, a situação fática apurada deverá estar cabalmente demonstrada.

Por esse mesmo trilho, o Estatuto da Criança e do Adolescente especificamente disciplina que a “perda e a suspensão poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos

previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22” (Lei n. 8.069, art. 24 – sublinhou-se).

Nesse passo, o magistrado sentenciante, consciente dessas balizas legais e interpretativas, muito bem fundamentou a decisão de rejeição do pedido ministerial (fls. 340-344):

“[...] Destarte, em que pese a prova oral colhida, em especial das depoentes Cintia Dutra Post, Graciela Deis Metz e Tania Mayer Fedrigo (fl. 202), demonstrarem fortes indícios da efetiva prática de exploração sexual pelos pais em relação às adolescentes A. A. M. e A. de F. M., o ‘relatório social’ (fls. 326/335) trouxe informações bastante significativas e importantes acerca da efetiva melhora nas condições e comportamentos da genitora no tocante às filhas.

Entendo, nesses casos, que deve ser priorizada a adoção da doutrina da proteção integral, a qual fortalece o princípio do melhor interesse da criança, que deve ser observado em quaisquer circunstâncias, inclusive nas relações familiares e nos casos relativos à filiação.

*In casu*, havendo comprovação efetiva de mudança em relação aos genitores no sentido de ser afastada a situação de risco original, com manifestação de desejo e disponibilidade para com a situação anterior de união da família biológica, pais e filhos, há que se ter em mente que toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes, nos termos do art. 19, do Estado da Criança e do Adolescente.

De considerar ainda que restou informado pela equipe de acolhimento que os genitores não convivem mais e que a requerida participou de todos os atendimentos individuais e de grupo para se fortalecer e enfrentar a separação, mudando-se para o perímetro urbano do município de São Miguel da Boa Vista em uma casa alugada próximo de sua mãe (fl. 329). Do mesmo modo, são as informações prestadas em relação ao consentimento da avó materna com a separação da filha, no sentido de que ‘está orgulhosa que sua filha (G. A. Z.) conseguiu se libertar e se manter firme na decisão mesmo que nos primeiros dias algumas pessoas

demonstraram preconceito diante dos fatos e não quiseram lhe dar trabalho nem alugar um imóvel'. Ainda, 'que todos os dias visita sua filha para tomar chimarrão e conversar sobre assuntos familiares e reforçar os laços afetivos já que por muitos anos foram privadas de conversas entre mãe e filha pois seu genro não permitia visitas e nem convivência familiar entre mãe x filha x netas' – fl. 328.

Sobre o atual comportamento das menores os relatos dão conta de que todas estão emocionalmente bem, estudam, além de continuarem com o tratamento nutricional e apresentarem significativa melhora na qualidade de vida com a diminuição do peso. A adolescente A. de F. M. iniciou suas atividades laborativas como babá, no período da tarde e demonstra estar muito feliz com a atual situação vivida (fls. 326/327).

Outro aspecto importante evidenciado no relatório apresentado é de que a ausência da mãe gera tristeza nas menores, sendo que as mesmas relataram que sentem vontade de ver, conversar e estar com a mãe (fl. 328) [...].

Ocorre que, através da intervenção de equipes institucionais com profissionais habilitados, o caso pôde ser revertido em favor da família ameaçada, mantendo-se as menores no seio familiar junto à sua mãe, princípio primordial da instituição familiar albergada pela Constituição Federal.

As circunstâncias fáticas e pareceres técnicos demonstrados nos estudos sociais e relatórios realizados por profissionais habilitados, comprovam que as crianças estão, atualmente, inseridas em um modelo de família que pode ser considerada normal para as condições sociais por eles vividos, não encontrando-se *[sic]* em situação de risco, ao menos por ora.

Em relação ao requerido, ante a separação do casal e a improcedência da presente demanda, as menores retornarão à guarda da mãe, com ela permanecendo, o que, por si só não pressupõe a procedência do pedido em relação ao mesmo, eis que a destituição do poder familiar se trata de medida extrema.

Consigno, por oportuno que, muito embora as razões contidas no parecer ministerial, consigno que optando-se pela destituição do poder familiar em relação ao genitor, a medida tornar-se-ia muito mais gravosa para as menores, dificultando sobremaneira a situação das mesmas, restando muito mais prejuízos do que benefícios pois extirparia definitivamente

a figura do genitor e eliminaria a ascendência paterna e o sobrenome de família nos registros de nascimento das crianças.

Por medida de prudência, reputo mais do que necessário manter-se a paternidade do genitor, até mesmo para a finalidade de futuro pleito de verba alimentícia em favor das menores, considerando o princípio da proporcionalidade – necessidade/possibilidade – e da obrigatoriedade de prestar alimentos pelo pai aos filhos.

Ademais, uma vez afastada a convivência do pai com as filhas através da separação, mantendo-se essas sob a guarda exclusiva da genitora, resta também afastada a situação de risco gerada quando da união mantida pelos genitores.

Com a *venia* aos que que pensam de forma diversa, a meu entender, deve ser priorizada a manutenção da família natural, já existente, com empenho de todo o auxílio possível para a sua conservação, e somente em caso de inviabilidade total da sua permanência é que se poderá cogitar desfazer o vínculo natural existente, visando á formação de outro [...].

Em fechamento, com o objetivo de preservar a família, sendo este o anseio maior da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, a medida que se impõe á a improcedência dos pedidos [...]”.

A respeito dos bem lançados fundamentos, que demonstram o cuidado e o zelo do Juiz de Direito, extrai-se do contexto probatório produzido no processado que a sentença deve apenas em parte ser mantida, pontualmente no que tange à improcedência dos pedidos deduzidos na exordial em face da genitora G. A. Z., a fim de manter seu poder no tocante a todas as suas filhas, solução que, porém, não deverá ser estendida ao corrêu, porque distintas as situações.

Conforme motivou o julgador da origem, em que pese o indubitoso quadro de desagregação e de dificuldades familiares de toda ordem, especialmente econômico-financeira, efetivamente não existem razões suficientes para a adoção de uma das medidas mais drásticas previstas no sistema jurídico pátrio em relação à genitora G. A. Z, conquanto se reconheça desídia na resolução rápida dos horrores pelos quais passavam principalmente as suas duas filhas com mais idade A. de F. M. e A. A. M. Nesse contexto, sabe-se que o juiz de direito, por estar mais próximo aos

fatos ensejadores da medida preconizada pelo Ministério Público quanto à mãe G. A. Z., tendo ouvido presencialmente as testemunhas arroladas e podendo “sentir” as circunstâncias e a fidedignidade de cada fala, daí a precisão do termo “sentença”, possui uma visão privilegiada desse cenário, de sorte que, nessas circunstâncias, deve merecer a confiança deste Segunda Grau, notadamente no tocante às temáticas deste jaez, conforme princípio amplamente difundido nesta Corte (TJSC: Agr. de Instr. n. 2014.077170-0; Agr. de Instr. n. 2014.060921-0; e Ap. Cível n. 2014.035511-1).

Ademais, deve ser reconhecido que, embora com algumas ponderações destoantes, a parte mais significativa do acervo probatório indica que, embora não houvesse estruturação familiar adequada para uma exemplar formação intelectual, cidadã e moral das crianças, com a apuração de um comportamento errático e displicente da recorrida como mãe, não restou suficientemente comprovado que ela tenha efetivamente abandonado suas filhas à própria sorte ou que tenha contribuído decisivamente para sua degradação moral afrontosa “aos bons costumes”, nos termos do art. 1.638 do Código Civil e art. 98, II, da Lei n. 8.069/90, além dos fundamentos suscitados na exordial.

Mostra-se impossível ignorar que os fatos noticiados na exordial causam repulsa a quem medianamente tenha um senso de responsabilidade com o futuro das crianças e adolescentes. Aliás, repugna o fato de que quem deveria empreender todos os esforços, ao limite de suas forças, para proteger a prole indefesa, tenha se omitido e, até mesmo, utilizado de seu poder familiar, para impor, mediante o temor reverencial, que as filhas adolescentes se sujeitassem à lascívia de homens mais velhos, possivelmente em troca de dinheiro ou regalos outros.

Por esse trilho, da prova oral, colhe-se o relato da menina A. A. M. sobre os abusos por ela sofridos (mídia de fl. 88, 49seg-3min4seg):

“[...] sobre os fatos descrito na inicial, relata que o Erno ia lá e queria agarrar; seus pais autorizavam que ele fosse na sua casa; ele ia até a sua casa à tarde; confirma o que relatou para a professora Graciela Deise

Mentz sobre ter sofrido abusos sexuais sobre a sua cama, no galpão e na estrebaria da propriedade; não era sempre o mesmo homem, pois ia também o João e o Ivo; tudo acontecia em sua própria casa; esses fatos ocorreram somente com a depoente não atingindo suas irmãs; os fatos ocorreram mais de uma vez [...]”.

Compreensível que, com tão tenra idade e constrangida pelos fatos abjetos que se passaram consigo, tenha a vítima dificuldades em relatar detalhadamente em juízo tudo o que se passava em sua casa (sua irmã mais velha A. de F. M., chegou a negar a ocorrência, possivelmente como forma de blindar os pais [DVD de fl. 88, 1min10seg–4min46seg]), mas se revela possível inferir a dimensão dos danos extraordinários causados a sua formação psicológica, notadamente quando cotejadas suas palavras com o depoimento de sua professora e confidente, Graciela Deise Metz, que descreveu detalhadamente as violências sofridas principalmente por A. A. M. (mídia de fl. 88, 44seg-10min10seg):

“[...] trabalha na escola desde 2007; desde o início ouvia boatos de que algo não estava correto; tentaram encaminhar as meninas ao psicólogo para ver se conseguiam um resultado; mas na escola há uma declaração de 2008 na qual consta que os pais proibiram as alunas A. [primeira filha] e A. [segunda filha] de consultar com a psicóloga; a menina já foi sua aluna no terceiro ano; mas não foi apenas a depoente que percebia que estava acontecendo alguma coisa diferente; A. sempre foi uma criança que não brincava, não se envolvia com os colegas e estava sempre triste; todo dia ela tinha uma dor (de barriga, de cabeça); entre as professoras comentavam que havia algo errado, mas as meninas não falavam; elas praticamente não falavam na escola; esse ano ela é sua aluna; além de professora tem formação em psicopedagogia clínica então usou dessa experiência para tentar se aproximar dela, já que os pais não autorizavam ela ir ao psicólogo; em momento algum a menina foi induzida ou forçada a dizer nada; procurou criar um vínculo de amizade com ela; começou a trabalhar com o corpo humano e, no quinto ano, tem a parte que trata da sexualidade; começou a tratar do assunto e saiu com atestado; ao retornar e retomar o assunto soube que ela contou em uma terça-feira para duas colegas da sala de aula que no final de semana teve que ‘manusear o pênis do Erno’ e que o pai e a mãe viram; foi ameaçada de que se contasse para

alguém iria apanhar de ‘soitera’; as colegas ficaram apavoradas e relataram à depoente que A. teria algo para contar; levou ela para outra sala e perguntou se A. queria contar algo; a menina começou a chorar e disse que se contasse iria apanhar; procurou tranquilizá-la dizendo que não precisava ter medo e que esse seria ‘o nosso segredo’; assim que a menina contou, já a encaminharam para o Conselho Tutelar e Assistência Social; passou mais alguns dias, continuou ensinando sobre o corpo humano e quando aprofundou a questão a sexualidade em três aulas em uma quinta-feira e durante todo o tempo ela chorou; ela sentava mais ao fundo da sala de aula e enquanto a depoente explicava escorriam lágrimas da face de A.; naquele dia chegou a Conselheira Tutelar para tratar daquele outro episódio com alguma ‘posição do Fórum’ sobre o assunto; foi chamada à secretaria da escola; teve um intervalo entre o final da sua aula e a entrada da professora de artes; quando a outra professora entrou na sala a menina chorava desesperada; como não tinha encerrado a aula por ter sido chamada antes do término, retornou para buscar o material de aula e foi informada pela professora que a sucedeu sobre o choro compulsivo e que ela tinha dor de cabeça; pediu que ela fosse encaminhada à sala dos professores; trancou a porta e disse para a sua aluna que sabia que ela não tinha dor de cabeça, mas alguma outra coisa; na aula havia comentado que sexo era algo bom mas quando praticado por pessoas adultas que se amam e não quando houvesse abuso sexual, situação que sempre deveria ser denunciada, então perguntou diretamente a ela se era isso que estava acontecendo com ela e a menina respondeu afirmativamente; sugeriu que fossem à secretaria, momento em que a menina não relatou somente para a professora mas também para a conselheira tutelar, para a diretora, para o orientador que também estavam presentes; num primeiro momento a menina contou fatos isolados e genericamente, sem definir o que cada um tinha feito, mas mencionou o nome dos três abusadores Erno, João e o Ivo; a menina relatou que estava com muito medo naquele dia, pois à tarde eles iriam à casa dela e que os pais sairiam; a polícia chegou a fazer campanha posteriormente mas não conseguiu visualizar nada; no outro dia ela retornou à escola bem feliz dizendo que não tinha acontecido nada com ela, foi quando a encaminharam à delegacia para registrar os episódios; até então o que ela havia relatado é que ‘mexiam nela’, em suas partes íntimas e que ela tinha que ‘chupar eles’ e que se contasse para alguém iria apanhar; as meninas são muito tímidas, então faziam

perguntas então relatava isoladamente que por vezes isso ocorria no quarto, outras no galpão; também ocorria de eles ficarem observando ela tomar banho; procuraram não forçar muito os relatos, inclusive por orientação do delegado; desse modo, no dia do depoimento ela acabou relatando que os abusadores levavam dinheiro para o pai; a mãe por vezes estava presente e visualizava as cenas; **às vezes também a mãe mandava eles embora e a depoente até sorria pois quando ‘terminavam’ a mãe pegava uma vassoura e ‘atropelava eles de lá’**; na cabeça delas os pais não tinham culpa; ficavam muito entristecidos de ouvirem os relatos; estabeleceu um vínculo com a menina pois entendeu que seria melhor que ela se sentisse sua amiga; quase todos os dias ela vinha conversar; depois que ela saiu de casa ocorreu uma mudança extraordinária (‘de zero pra dez’) na aprendizagem; quanto à penetração, ela confirmou somente na quarta-feira de tarde durante o depoimento até então ela não havia confirmado ter sido penetrada; acredita que ela tenha vergonha de relatar essa parte; quando perguntaram se eles usavam camisinha ela respondeu afirmativamente, então, antes do depoimento ela não confirmava ter havido penetração, mas ao mesmo tempo dizia que eles tinham usado camisinha; por vezes ela ainda chora, até por sentir saudades de casa, mas é outra criança depois que saiu de casa; atualmente ela interage, brinca, conversa e quem não sabe nem percebe porque ela está inserida no contexto das brincadeiras com os colegas; anteriormente às medidas de proteção, chegava alguém na escola percebia aquela menina sentada em um banco, sempre triste; A. [segunda filha dos réus] relatou informalmente que isso ocorria com ela e com sua irmã A. [primeira filha dos réus]; o Erno seria o namorado da sua irmã A. [primeira filha dos réus], mas que a menina não queria namorar com ele, mas tinha que assim proceder porque ele queria; geralmente quando o Erno estava na casa, também estavam o João e o Ivo e tinha dias que ela tinha que manter relações sexuais com os três; esses abusos, segundo relatos da menina ocorriam quase todos os dias em algumas semanas; quando perguntada respondeu que esses abusos ocorriam desde que ela frequentava o quarto ano; então além daquele quarto ano, ela reprovou e teve que repetir de ano e agora está no quinto ano, quando tudo foi descoberto; ela disse que não contou antes porque tinha medo pois iria apanhar [...]

Por esse mesmo rumo, Tânia Mayer Fedrigo, conselheira tutelar do



Município de São Miguel da Boa Vista referendou, grosso modo, as informações prestadas pela professora da A. A. M. (mídia de fl. 88, 45seg-7min10seg):

“[...] havia suspeita dos fatos há muitos anos, cerca de quatro anos, desde o mandato do Conselho Tutelar anterior; na época não foram adiante por falta de provas já que o exame nada constatou; as meninas frequentavam o atendimento psicológico e uma delas comentou que a irmãzinha estava sendo abusada pelo tio; então o exame foi feito nesta menina; atualmente a psicóloga acredita que os abusos eram praticados na menina que relatou; não recorda se era a mais velha, pois confunde os nomes delas que são parecidos; mas não se conformavam pois o comportamento estranho continuava, pois as meninas não se misturavam, eram muito quietas na escola, além de não terem notas boas; o pai proibiu as meninas de prosseguirem com o tratamento psicológico, inclusive assinou um documento na escola que foi mostrado; chamaram o pai e convenceram-no a permitir o tratamento ao argumento de seriam muito quietas e estavam com dificuldades na escola; a professora Graciela na escola também começou a tratar do corpo humano, relacionamento sexual, abusos sexuais; certo dia a chamaram na escola pois a A. [segunda filha do casal réu] não estava bem, com dor de cabeça e estava chorando; naquele dia a professora havia tratado de abuso sexual e, conforme relato dela, corriam lágrimas do rosto da menina; a professora convenceu a menina de relatar para a depoente, para a diretora e a orientadora; a menina era muito fechada mas acabou contando algumas coisas; a menina relatou que sua casa era frequentada por alguns homens e que eles passavam a mão, agarravam ela, ‘espiavam’ ela tomando banho; A. também contou que além de namorar com a irmã, Erno também ‘agarrava ela e as outras maninhas’; no dia em que levaram ela ao IML e prestar depoimento ela contou que levavam dinheiro mas não sabia se era para o pai ou para a irmã mais velha; quando perguntavam se ela era virgem ainda ela afirma que sim; mas quando perguntada se os homens usavam camisinha quando ‘agarravam ela’ respondia afirmativamente, mas não confirmava a penetração; a menina contou que faziam ela ‘chupar o pênis dos homens’; se ela não fizesse o que queriam eles batiam nela; o Erno, que seria o namorado da irmã mais velha, que tinha mais de trinta anos, ameaçava dizendo que se ela contasse a alguém apanharia de ‘soitera’; sabem que

depois do abrigo das meninas, as notas estão melhorando e a relação com os colegas também melhorou muito; um cunhado seu estuda com A. e relatou que agora ela brinca com os demais colegas, conversa e sorri; a menina continua na mesma turma na escola [...]”.

Relevante registrar, desde logo, que tais depoimentos, colhidos na fase embrionária do procedimento, foram reafirmados, em sua parte essencial, quando as testemunhas foram reinquiridas na etapa de instrução processual (audiovisual de fl. 204).

A par disso, os réus negaram os episódios e as condutas imputadas na exordial. A mãe G.A.Z disse (mídia de fl. 88, 41seg-2min26seg):

“[...] em relação aos fatos narrados na inicial afirma que não tinha conhecimento de nada; nunca viu nada de estranho e não tem nada a dizer; os fatos narrados na inicial não aconteciam; João da Fonseca e o Ivo são vizinhos da sua casa; por vezes eles frequentavam a casa para tomar chimarrão; nunca aconteceu algum abuso de suas filhas; não sabe o motivo pelo qual estão comentando acerca desses abusos; José Antonio da Costa não conhece; a sua filha mais velha tinha um namorado de trinta e três anos; ele namorava com ela na sua casa; nunca dormiu com ela, pois não permitiam; as suas filhas estavam indo bem na escola; a A. [segunda filha] tinha um pouco de dificuldade; suas filhas chegaram a frequentar consultório de psicóloga algum tempo; costumavam permitir que elas fossem visitar a psicóloga, mas teve uma ocasião que o J. não permitiu; depois foi assinado um compromisso no Conselho Tutelar para que frequentassem as sessões com a psicóloga [...]”.

Por seu turno, J.C.M negou que tivesse ciência dos abusos sofridos pelas filhas, embora concordasse com o namoro da mais velha com um homem de mais de trinta anos (mídia de fl. 88, 36seg – 4min5seg):

“[...] sobre os fatos narrados na denúncia, assegura que não viram nada e também não sabem de nada; se aconteceu não sabem de nada; a única que tinha namorado era sua filha mais velha; o nome dele é Erno e frequentava sua casa, mas sempre estavam presentes; ele tem trinta e três anos e sua filha tinha catorze anos; permita que namorassem pois começou com ‘cartinhas na escola’; sobre A. [segunda filha] ela ia para a aula e a mãe ficava em casa e o depoente ia trabalhar, inclusive foi trabalhar em Caxias,

como peão, por dia; conheceu José Antônio da Costa em São Miguel da Boa Vista; conversaram por cerca de dez minutos e depois nunca mais o viu; ele nunca frequentou a sua casa; R. M. é seu irmão e frequentava sua casa seguidamente; nunca aconteceu nenhum abuso; quanto ao desenvolvimento intelectual de suas filhas, sabe que apreendiam pouco, até porque o depoente também é analfabeto; chegou a frequentar escola mas ‘só para comer merenda’; só tomou conhecimento dos motivos quando levaram suas filhas para o abrigo; ninguém de adulto, mais velho, frequentava a sua casa; suas filhas frequentavam o atendimento psicológico; não tinham como acompanhar elas; diziam para as filhas rumarem direto da aula para as consultas, dizendo ‘se tem que ir, tem que ir’; reafirma que suas filhas frequentavam o atendimento psicológico, pois eram levadas pelas professoras do colégio ao consultório [...]”.

Nesse ponto, lançado um olhar atento e mais abrangente sobre tudo o que se passou com a destroçada família, imperioso realizar uma quebra da unidade nas condutas dos genitores, dando azo à diversidade de solução da actio quanto a um e outro.

De fato, não se olvida ter a mãe falhado brutalmente em seus deveres atinentes ao poder familiar, principalmente quanto ao dever de cuidado com a prole, uma vez deveria tê-la colocado a salvo de quaisquer formas de exploração e violência, inclusive, se fosse o caso, com risco próprio.

Mas esse é o mundo ideal, baseado em valores do ‘cidadão médio’ consciente de seus deveres de atender às necessidades mais básicas na vida de crianças e adolescentes. Entretanto, a investigação pormenorizada do material probatório revela que a mãe das meninas protegidas teve essa capacidade de indignação com o que se passava em sua família anestesiada pela sua própria história de vida e pela submissão cega ao seu próprio algoz de outrora, restando presa a um relacionamento amoroso doentio, que a fazia reproduzir, de modo inconsciente, nas filhas suas próprias mazelas de outrora, cenário totalmente diverso do atual, como se observará na sequência.

Em temática tão sensível, a interpretação do acervo probatório e sua subsunção à legislação de regência, não se mostra suficiente para o

jugador inferir a solução mais adequada para a causa, devendo lançar mão das impressões técnicas dos profissionais das áreas de conhecimento envolvidas.

Nesses moldes, relevantíssimo e esclarecedor o “Relatório de Atendimento Psicológicos” acostado ao feito por descortinar o que se passou com a ré G. A. Z. ao aceitar aquela inimaginável situação em que se encontravam as filhas (fls. 174-176):

“[...] A partir desses acompanhamentos observaram-se relevantes detalhes apontados nas falas dos pais das jovens, que necessita de um ‘olhar minucioso’ podendo ser uma via para a compreensão das situações vivenciadas pela família, partindo da leitura do contexto histórico familiar dos pais até chegar a história atual das filhas.

Nos atendimentos que se somaram oito ao todo, G., mãe biológica, relata sua difícil convivência com seus pais enquanto jovem e ainda solteira, fala sobre a doença e morte precoce do pai e as dificuldades que a mãe encontrou em criar ela e os irmãos praticamente sozinha. Diz ter sido impedida de estudar, de ter que trabalhar muito e queixa-se das muitas dificuldades de relacionamento com a mãe, dizendo-se vítima de indiferença e inclusive agressões físicas, entendidas como um ‘desgosto’ da mãe por ela e interpreta e relembra a mãe como alguém constantemente muito nervosa.

Dentro desse quadro onde alega negligência da mãe, relata ter sido vítima aos 12 anos de abuso sexual por J., hoje atual marido e na época funcionário do pai. Conta que por muitas vezes ele entrava em seu quarto e abusava sexualmente dela ameaçando mata-la caso comentasse com os pais sobre o ocorrido. Por sentir-se culpada e amedrontada pela situação, acabou silenciando e com tempo foi ‘acostumando’ justificando na vulnerabilidade e solidão, os motivos de seu silêncio.

G. diz ter encontrado em J. consolo e amizade, vindo aos 13 anos engravidar deste que assumiu a paternidade da filha A. [mais velha], foram morar juntos, vivendo maritalmente e tiveram mais três filhas.

G. apresenta sintomas de Síndrome de Estocolmo, estado psicológico onde a vítima se sente ‘anestesiada’ em relação ao agressor não conseguindo

reagir, desenvolve como sistema de defesa, por medo, a identificação se colocando como parceria, ao invés de revoltar-se. Nessa situação pensa ter criado vínculos afetivos e impõe-se a condição de repetir atitudes violentas (no sentido de violar lei e regras). Ameaçada de perder a guarda das filhas, G. diz nunca ter sido feliz com J., diz ter sempre vivenciado uma relação truculenta, de muita agressão física e verbal, impossibilidade de estudar, vítima de ciúmes e de maus tratos, sendo limitada em seu viver.

Alegando esses motivos separa-se do marido, porém, uma vez ‘liberta’ por sua escolha, também por opção, volta ao convívio com J. e juntos partem para reconstrução da vida a dois em outro Município. Mais uma vez os claros sintomas de Síndrome de Estocolmo aparecem uma vez que defende o agressor tanto dela bem como das filhas, sentindo-se vinculada afetiva e emocionalmente, identificada ao agressor quando não defende suas filhas dos maus tratos revitimizando elas e não as protege de abusos que ela também sofre e nega ser sabedora por medo ou real identificação, abandonando tudo e partindo com ele [...]”.

Percebe-se, claramente, a diferença de postura de ambos os genitores, já que evidenciado nos autos que o pai, vindo à tona a terrível situação das meninas, jamais demonstrou efetiva preocupação com o destino de suas filhas, mas se seria punido criminalmente ou não por suas odiosas condutas, a teor do que consta no refalado relatório de atendimentos psicológicos (fl. 175):

“[...] O pai biológico J., nos únicos três encontros, que frequenta contrariado à sua vontade (segundo a esposa, por imposição sua na condição de deixa-lo se não frequentasse), apresenta comportamento frio, indiferente, por vezes não sustenta o olhar como se estivesse com medo de ‘se entregar’ em sua fala, e por outras fixava o olhar na tentativa de impor segurança e constranger. Tenta desviar o assunto e forjar comportamento amistoso o que não era compatível com o comportamento constantemente agressivo apresentado. J. por muitas vezes negou às filhas o tratamento psicológico solicitado devido às dificuldades de aprendizagem que as jovens apresentavam, ele assinou inclusive termo de responsabilidade sobre esse assunto junto a Escola. Ameaçou tanto a Psicóloga bem como a Assistente Social se insistissem no assunto demonstrando hostilidade.

J. chantageou várias vezes a companheira alegando que se ela o deixasse tentaria o suicídio, diante do medo da prisão relatando nas sessões que frequentou considera-se essa possibilidade, pois a pergunta constante não era sobre o paradeiro e bem estar das filhas, mas, se ele seria preso ou não, demonstrando egocentrismo, com traços de perversidade. Não expressa sentimento algum pelos rebentos, quando não está com a cabeça baixa se escondendo, traz um sorriso irônico tentando intimidar a profissional perguntando constantemente sobre a vida pessoal desta, demonstrando total desinteresse pela situação das filhas [...].”

Além disso, o próprio comportamento do genitor após a descoberta dos fatos revela sua peculiar personalidade, mostrando-se ora indiferente e desinteressado quando das intervenções da rede de apoio, ora adotando postura intimidatória, ao contrário da mãe, afável e preocupada com a resolução da situação das filhas.

Por esse trilha, a psicóloga Cintia Dutra Post, ouvida sob o manto do contraditório, inclusive na presença dos pais, reafirmou que o genitor manipulava a situação de tal modo que as filhas não fossem submetidas à sua intervenção, criando embaraços e obstáculos. Além disso, o pai mostrava-se frio e indiferente à situação, ao contrário da mãe que transmitia carinho e estar preocupada com as filhas (mídia de fl. 204, 55seg-7min58seg):

“[...] acerca de quatro anos aproximadamente as crianças foram encaminhadas para atendimento em razão de dificuldades de aprendizagem; uma das meninas tinha dificuldade até para se expressar; percebia que tinha algo diferente com elas; **buscou informações na escola e soube que o pai não queria o atendimento psicológico principalmente com a depoente; ficou incomodada com a situação pois eram crianças que necessitavam do atendimento; solicitou para a escola que o pai assinasse um termo que não queria o atendimento com a depoente, mas que então procurasse outro profissional; as crianças não foram mais encaminhadas para atendimento com a depoente; no ano passado retornaram para atendimento com a depoente depois de serem retiradas da casa dos pais;** no atendimento uma das meninas, a A. [segunda filha do casal réu] falava sobre abusos sexuais, sobre o que aconteceu, inclusive

fornecendo detalhes; ela se referia ao abusador não pelo nome mas ‘aquele homem’ ou ‘aqueles homens’; percebeu claramente a evolução da meninas do atendimento inicial para a situação pós-acolhimento, tanto fisicamente quanto em relação à questão emocional; elas eram crianças muito contidas, reservadas, crianças que não sorriam, não falavam, não brincavam; utiliza técnicas com desenhos e eram bem frios, sem cor e hoje são bem diferentes; hoje ‘estão entrando em um processo de crianças normais’, que brincam, sorriem; também houve outra evolução pois antes do abrigo as meninas também compareciam mal cuidadas, também acredita que seria devido à condição, pois atualmente estão em situação melhor com a família acolhedora, enquanto que a família biológica tinha muita dificuldade financeira, de modo que hoje elas comparecem bem vestidas, com o cabelo arrumadinho, sem piolho, pois sempre tinham muito, enfim, estão bem cuidadas; a filha mais velha do casal, A. falou que era obrigada a namorar, pois não gostava do rapaz; ela falava não que fosse obrigada literalmente a namorar, mas que o pai gostaria que ela namorasse; desconhece se havia relação de afetividade entre as crianças e os pais, pois não teve nenhuma aproximação por eles não comparecerem ao atendimento; **os pais passaram a frequentar o atendimento psicológico posteriormente; nesses atendimentos percebeu um olhar carinhoso e preocupado da mãe; o pai demonstrou um comportamento bem frio, inclusive despreocupado com a situação, com distanciamento das filhas, indiferente**; a A. [segunda filha do casal] relatou abusos por outros homens; não perguntou muito sobre o assunto pois não quis revitimizar, pois não é sua função, inclusive faria a criança sofrer; optou pela linha de tratamento de ‘a vida segue e vamos tentar superar isso e conviver de forma menos dolorosa possível com essa verdade’; não chegou a comentar se os pais sabiam ou presenciavam os abusos; esclarece ter solicitado à escola que o pai assinasse o documento a fim de evitar que se alegasse negligência; solicitou o documento para quer ficasse claro que o pai se negava a mandar a criança para o atendimento e não havia recusa de atendimento por parte da depoente; desconhece que os pais tenham autorizado o atendimento com outra psicóloga; as crianças não reportaram nenhuma queixa em relação ao tratamento diário dispensado pelos pais [...]”.

Restaria, portanto, a averiguação de eventual alteração do quadro fático

após a decisão que reestabeleceu a guarda das meninas em favor da mãe (fl. 344). Nesse contexto, mostrou-se importantíssima a providência determinada por esta Câmara, pois trouxe ao colegiado um panorama atualizado, posterior à prestação jurisdicional no Primeiro Grau, desta nova etapa da relação da genitora G. A. Z. com as suas filhas.

Por esse rumo, o estudo social realizado em 17 de agosto de 2015, revelou quanto à capacidade de G. A. Z. suprir as necessidades básicas de suas filhas por meio de seu trabalho remunerado, além do auxílio da família, prestação de alimentos do genitor e de políticas públicas de renda mínima (fls. 417-424):

**“[...] 3.2. Situação socioeconômica e familiar de G. para a exercício da guarda das filhas**

G. trabalha com serviços gerais, especificamente como auxiliar de Cozinha e faxineira. Possui vínculo informal na Restaurante e Lanchonete Piccoli há pouco mais de um ano – onde realiza o trabalho de terça à domingo (das 11h15min às 15h) – sendo que nas quintas, sextas, sábado e domingos (o horário se estende no período das 18h30min às 22 horas). G. explicou que o empregador não manifesta iniciativa para efetuar o registro formal deste trabalho – pois alega que pensa em encerrar as atividades no futuro, devido ao baixo movimento. Desta forma, G. faz recolhimento previdenciário como autônoma sob o valor de um salário mínimo mensal.

G. exerce ainda a supervisão de uma criança em sua casa (com babá) – no período matutino (apenas duas vezes na semana) e uma vez por semana presta serviço de diarista no estabelecimento público do Cartório de Registro Civil. G. declarou rendimentos próprios de aproximadamente R\$ 600,00, acrescidos do benefício assistencial Bolsa Família no valor de R\$ 326,00 e dos alimentos pagos pelo genitor no valor de R\$ 300,00 – totalizando R\$ 1226,00 mensais.

Quanto às despesas do grupo familiar G. informou os gastos com aluguel (R\$ 250,00), luz e água (R\$ 100,00); alimentação (R\$ 400,00); manutenção de aparelho ortodôntico para a filha A. [segunda filha] (R\$ 75,00); crediário para aquisição de máquina de lavar roupas (R\$ 179,00)



– totalizando aproximadamente R\$ 1000,00.

G. refere que consegue atender às necessidades do grupo familiar de forma satisfatória – pois, recebe bastante auxílio de sua mãe e irmãos (residentes na localidade) – sobretudo com produtos alimentícios e vestuário. Também procura fazer aquisições de material escolar e roupas em crediário – pois a renda mensal torna-se insuficiente para adquirir em parcela única.

O grupo familiar é composto unicamente por G. e as filhas. A residência onde o grupo familiar reside é alugada. Apresenta condições satisfatórias de habitação, higiene e organização adequadas. O imóvel está garantido com móveis e utensílios para servir às necessidades da família; a casa está dividida em oito cômodos principais: três quartos, sala, cozinha, lavanderia, área externa e banheiro.

A casa da família está localizada em região de fácil acesso aos serviços de saúde, educação e comércio.

As irmãs deslocam-se para a escola a pé. A. [filha mais velha], A. [filha mais nova] e A. [terceira filha] estudam no período matutino e A. [segunda filha] no período vespertino. No contra-turno escolar, duas vezes por semana – todas as irmãs frequentam as oficinas do Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos, onde fazem atividades culturais e esportivas.

Quanto às condições de saúde G. informou que ela possui hipertensão e realiza tratamento contínuo. Em relação às filhas apenas A. [terceira filha] possui diagnóstico de déficit de atenção e faz tratamento com o uso de medicamento Ritalina e Cloridrato de Amitriptilina. A. [segunda filha] faz uso de aparelho ortodôntico. G., A. [primeira filha], A. [terceira filha] apresentam sobrepeso. Realizavam acompanhamento nutricional pelo serviço público municipal – entretanto, a oferta foi interrompida e aguardam nova oportunidade para continuar recebendo a orientação – já que à época do tratamento haviam conseguido reduzir o peso e obter dicas de alimentação e vida saudável [...].”

E, do referido documento, colhe-se elementos de convicção quanto à firmeza de propósito da genitora em se manter afastada da influência nefasta de seu ex-companheiro e de reestruturar sua vida familiar,

demonstrando ter apreendido a gerir os destinos de seu clã remodelado (fls. 417-424):

“[...] Quanto à cultura familiar e hábitos de lazer – G. informou que aprecia a convivência com a família extensa por ascendência materna (a avó materna e três tios das meninas e primos residentes na localidade). Também informou que frequentam a comunidade onde as meninas participam da catequese.

Quanto à guarda G. diz que têm sido muito gratificante exercer o cuidado e educação das filhas. Diz que conta com o auxílio de seus familiares de origem e com o apoio da rede de atendimento local – sobretudo, os profissionais do CRAS. Quanto ao genitor mantém regularmente o dever de alimentos – porém, não reajusta o valor pago e este tem sido irrisório frente às necessidades das filhas. G. explicou que J. C. pretendeu visitar as filhas com regularidade – logo que ela obteve a guarda – e que J. queria fazê-lo na residência de G. A entrevista explicou que procurou orientação jurídica sobre a suspensão do direito de visitas do genitor – e que se fosse concedido autorização esta visita ficaria a encargo dele organizar, em local saudável, à responsabilidade de seu deslocamento, supervisão, interação e atendimento às necessidades das filhas. G. manifestou a indignação com a postura de J. C. que afirmava o desejo de visitar as filhas mas, intencionava retomar a comunicação e aproximação com G. – inclusive, atrapalhando a rotina da família e colocando-se na condição de visita, como se ela tivessem a obrigação de servi-lo. G. explicou que com a orientação jurídica esta postura do genitor foi cessada. G. afirmava que J. está residindo em Maravilha com a mãe dele (avó paterna das meninas); eventualmente as filhas pedem para ligar para o pai e referem saudade – sendo que A. [filha mais velha] providencia a ligação e a comunicação entre pai e filhas. Há uns três meses J. deslocou-se de bicicleta até São Miguel da Boa Vista – compareceu de forma respeitosa para ver as filhas e depois retirou-se. Alegou que não pode combinar visita com as filhas pois não tem dinheiro para deslocar-se até a localidade.

Quanto ao futuro – G. refere que deseja ver suas filhas concluindo os estudos, bem encaminhadas para a vida independente. Também deseja conseguir um emprego com carteira assinada – sendo que observa na localidade uma tendência ao emprego apenas informal. Desta forma, desejaria aumentar os rendimentos e poder subsidiar empréstimo

habitacional para a aquisição de casa própria.

Quanto ao exercício efetivo da guarda G. refere que não é fácil; por vezes se sente insegura e recorre às orientações sociais e psicológicas da rede de atendimento local. Explicou que apresenta dúvidas e insegurança frente aos desafios da adolescência das filhas A. [filha mais velha] e A. [segunda filha] – que passam a interessar-se pelo namoro e desleixar com outros compromissos de estudo, por exemplo. G. refere que tem preocupação e procura conhecer o perfil dos rapazes os quais as filhas estão envolvidas; atribui horários e responsabilidades acerca desta convivência. G. explicou que por vezes enfrenta resistência por parte das filhas, mas que mantém-se [sic] firme no propósito de protegê-las, preservar a sua integridade, acompanha-las nesta fase de descobertas e naturalmente de envolvimento afetivo.

Quanto as filhas A. [terceira filha] e A. [filha mais nova] são ainda crianças e G. refere que são muito tranquilas de educar e supervisionar. Interagem bem com as brincadeiras e são bastante afetivas com a mãe.

### **3.3. Informações adicionais**

Segundo informações obtidas junto ao CRAS de São Miguel da Boa Vista a família de G. vem sendo atendida regularmente pelo Serviço Social – na forma de visitas domiciliares e atendimentos no setor – além da vinculação das irmãs nas oficinas do Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos [...].

Os profissionais do CRAS informaram que observam uma evolução significativa na autonomia e protagonismo de G. frente a responsabilidade familiar. Referiram que no início G. estava bastante dependente e insegura – sempre acionando os profissionais para a tomada de decisão familiar. Atualmente, consegue administrar as rotinas com maior segurança; esforçar-se no desempenho da quarta e tem conseguido oferecer condições dignas e plenas frente ao direito das filhas à convivência familiar e comunitária, à educação, saúde, entre outras necessidades. Observam que os desafios da convivência são aqueles de ordem geracional – normal à qualquer entidade familiar, como se observa agora com a fase de adolescência das filhas A. [filha mais velha] e A. [segunda filha] [...].

Conforme informação obtida nas escolas – G. demonstrava preocupação com a formação escolar das filhas e comparece sempre que acionada, atendendo prontamente as solicitações – ou em oportunidade oferecida pela escola.

A dificuldade de aprendizagem apresentada por três das irmãs é histórica – mas, se observou grandes progressos após o atendimento psicossocial e a reinserção familiar com a genitora.

Ressalta-se que não há conhecimento desta serventúria em ocasião da presente intervenção – de fatos que desabonem a requerida G. do intento de continuar exercendo a guarda e responsabilidade em relação às filhas. Constatou-se uma significativa rede de apoio familiar e a atenção da rede pública de atendimento social, psicológico e de saúde – à disposição das necessidades da família, sobretudo das crianças e adolescentes.

Em entrevista social com as irmãs A. [filha mais velha], A. [terceira filha], A. [segunda filha] e A. [filha mais nova] – estas mostraram-se ansiosas para mostrar seus cadernos, seu quarto, seus pertences. A. [filha mais nova] e A. [terceira filha] estavam brincando em frente à casa, numa área de sombra – onde montaram uma casinha de brinquedos e simulavam a preparação de comidinhas e afazeres domésticos.

As irmãs referem felicidade e satisfação por estarem convivendo com a mãe; durante a interação na família presenciou-se momentos de afetividade espontânea entre mãe e filhas de forma recíproca.

#### **4. Parecer Social**

Considerando a dinâmica socioeconômica e cultural descrita no Estudo Social realizado – assevera-se a partir de análise os principais aspectos que subsidiam o Parecer Social;

- G., mãe de A. [filha mais velha], A. [segunda filha], A. [terceira filha] e A. [filha mais nova] (assistidas no presente processo) – exerce a guarda das filhas há aproximadamente um ano e meio; após decisão judicial na Comarca de Maravilha pela improcedência da ação de destituição do poder familiar e o desligamento das meninas da situação de acolhimento, reinseridas sob guarda da genitora;

- Constatou-se que a reinserção familiar das irmãs com a sua mãe foi exitosa, pois, durante todo o período de convivência não houve intercorrências negativas que desabonem a genitora de continuar exercendo a guarda das filhas;
- G. demonstra desempenhar com zelo e responsabilidade a guarda das filhas; dispõe de emprego e renda; residência em endereço fixo – condições que favorecem a estabilidade familiar;
- A situação de risco supostamente relacionada à ocorrência de abuso sexual das adolescentes A. [primeira filha] e A. [segunda filha] cessou; a família está assistida pela rede de proteção e atendimento social, educacional e de saúde – sobretudo, junto ao CRAS de São Miguel da Boa Vista, onde receberam atendimento psicológico, social e participam de oficinas de cultura e esporte;
- A família possui convivência comunitária, junto à comunidade local, por meio da catequese, escola e oficinas de desenvolvimento pelo SCFV (Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos);
- G. dispõe de ampla rede de apoio familiar por parte de seus ascendentes e colaterais maternos (avó e tios das meninas) na localidade – com os quais retomou ampla convivência – esta que outrora era restringida pelo ex-companheiro J. C. (genitor das infantês);
- O genitor J. C. mantém o dever de alimentos (porém, não reajustado aos novos parâmetros do salário mínimo); intentou manter convivência assídua com G. e as filhas logo que houve a concessão da guarda; porém, após orientação jurídica da suspensão no direito de visitas não pleiteou a reversão da restrição; constatou-se que as irmãs referem saudade do pai, sobretudo as menores A. [terceira filha] e A. [filha mais nova] – sendo que mantém contato telefônico eventual, quando por iniciativa das filhas;
- Constatou-se que as dificuldades familiares são aquelas relacionadas a normalidade do cotidiano das famílias, no caso em tela, muito presente a fase da adolescência de A. [segunda filha] e A. [filha mais velha] – com seus anseios de vida independente e relacionamento afetivo. Entretanto, a mãe G. tem se mostrado presente, preocupada – dedicada à educação, orientação e supervisão das filhas;

- Constatou-se em G. uma mudança significativa, uma vez que superou a postura frágil, dependente, insegura – para uma atitude autônoma, corajosa e batalhadora. Com seu trabalho mantém as necessidades do grupo familiar, desempenha sozinha a educação das filhas; demonstra motivação e esforço para melhorar as condições socioeconômicas da família.

Diante do exposto, manifesta-se parecer favorável à manutenção da guarda das irmãs A. [filha mais velha], A. [segunda filha], A. [terceira filha] e A. [filha mais nova] com a sua mãe G. – consequentemente opinando pela improcedência da destituição do poder familiar [...]”.

No mesmo sentido, o parecer psicológico elaborado no Departamento de Assistência Social – CRAS do Município de São Miguel da Boa Vista, em 27 de agosto de 2015, portanto, também muito tempo após a prolação da sentença, reforçou (fls. 426-434):

“[...] 5) CONCLUSÃO [...]

Ao final desse processo de avaliação foi possível concluir: em razão de a demanda apresentada [...] estar relacionada a questões familiares decorrentes de um processo de Acolhimento e de restabelecimento do poder familiar, conclui-se que para este momento é favorável manter a guarda a genitora G. No entanto, a perda dessa guarda no momento pode acarretar em problemas Psicológicos e de relacionamentos sociais severos às irmãs como também à genitora devido ao fatos de estarem se restabelecendo e resignificando seus lanços afetivos e emocionais diante do exposto [...]”.

Nesse compasso, a retirada das crianças e das adolescentes do lar, com a conseqüente separação das filhas, por meio das medidas acautelatórias, parece ter sido o cho romper com aquele quadro de inércia frente aos abusos sofridos pelas hipossuficientes.

Desse modo, restou cabalmente demonstrado o esforço pessoal da genitora G. A. Z. de suprir as necessidades de suas filhas enquanto pessoas em desenvolvimento, alterando substancialmente sua própria forma

de viver e encarar seus deveres maternos, afastando-se daquele cenário anterior degradante para si e para as filhas, superando sua apatia frente às dificuldades.

Evidentemente que esse quadro não apaga todo o passado de omissão e até mesmo de convivência com a conduta do ex-companheiro, contudo não se deve perder de vista que, em casos como o dos autos, a extinção do poder familiar não serve como mera punição do genitor infrator diante de uma conduta violadora de direitos, mas tão somente visa à preservação do melhor interesse das crianças e dos adolescentes protegidos, circunstância que, como visto, não se amolda ao caso, no que tange à mãe das meninas.

De fato, importantíssimo sublinhar que, se efetivamente G. A. Z. errou no passado, a despeito das circunstâncias anteriormente delineadas, o rompimento de seu estreito vínculo com as filhas no cenário atual representaria penalidade aplicada às meninas, que tanto precisam da genitora nesta complicada fase da vida, justamente as vítimas de toda essa triste história familiar anterior [já superada, conforme apontamentos dos profissionais envolvidos], e a quem o Estado-Juiz deve, ex vi legis, uma prestação jurisdicional que melhor atenda aos seus interesses.

Nesse andar, sabendo-se das consequências nefastas do afastamento da criança protegida da “convivência familiar e comunitária” (ECA, Capítulo III) pela perda do poder familiar, por isso mesmo caracterizando tal via a *ultima ratio* para que que a ré G. A. Z. precisou para, depois da alguma renitência, romper com aquele quadro de inércia frente aos abusos sofridos pelas hipossuficientes.

Desse modo, restou cabalmente demonstrado o esforço pessoal da genitora G. A. Z. de suprir as necessidades de suas filhas enquanto pessoas em desenvolvimento, alterando substancialmente sua própria forma

de viver e encarar seus deveres maternos, afastando-se daquele cenário anterior degradante para si e para as filhas, superando sua apatia frente às dificuldades.

Evidentemente que esse quadro não apaga todo o passado de omissão e até mesmo de convivência com a conduta do ex-companheiro, contudo não se deve perder de vista que, em casos como o dos autos, a extinção do poder familiar não serve como mera punição do genitor infrator diante de uma conduta violadora de direitos, mas tão somente visa à preservação do melhor interesse das crianças e dos adolescentes protegidos, circunstância que, como visto, não se amolda ao caso, no que tange à mãe das meninas.

De fato, importantíssimo sublinhar que, se efetivamente G. A. Z. errou no passado, a despeito das circunstâncias anteriormente delineadas, o rompimento de seu estreito vínculo com as filhas no cenário atual representaria penalidade aplicada às meninas, que tanto precisam da genitora nesta complicada fase da vida, justamente as vítimas de toda essa triste história familiar anterior [já superada, conforme apontamentos dos profissionais envolvidos], e a quem o Estado-Juiz deve, *ex vi legis*, uma prestação jurisdicional que melhor atenda aos seus interesses.

Nesse andar, sabendo-se das consequências nefastas do afastamento da criança protegida da “convivência familiar e comunitária” (ECA, Capítulo III) pela perda do poder familiar, por isso mesmo caracterizando tal via a *ultima ratio* para a solução da pretensão deduzida pelo Ministério Público de Primeiro Grau, outras medidas devem ser adotadas em apoio social à família.

Aliás, o magistrado, conforme registrou na sentença, não descuidou de tais providência ao provocar a atuação dos órgãos e entes com atribuições em casos tais, até porque, por esse viés, a Constituição da República



Federativa do Brasil preconiza que *“a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”* (CRFB, art. 226).

Delineando a proteção estatal constitucionalmente imposta, a Lei n. 8.069/90 discorre que *“toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária [...]”* (ECA, art. 19, *caput*).

E mais, tratando *“das medidas específicas de proteção”*, a referida lei disciplina que *“na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”* (Lei n. 8.069/90, art. 100, *caput*).

Ademais, sabe-se também ser princípio regulador da aplicação dessas medidas a *“prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta”* (ECA, art. 100, parágrafo único, X).

A respeito das responsabilidades compartilhadas, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina vem reiterando que não se deve olvidar ser *“dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com a mais absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e, especialmente, à convivência familiar, ainda que em família substituta, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”* (Apelação Cível n. 2014.070355-6, de Campos Novos, rel. Des. Fernando Carioni, j. 11.11.2014).

Nesse cenário, também mostra-se importante realçar que “a destituição do pátrio poder de um pai e/ou de uma mãe sobre seu filho é medida drástica e somente deve ser determinada em situações em que se verifique a negligência dos genitores para com seus filhos, por não fornecerem condições mínimas necessárias para o desenvolvimento afetivo, psicológico, moral, educacional e material a eles” (TJSC, Apelação Cível n. 2013.021612-2, de Canoinhas, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 11.7.2013).

Por conseguinte, sabendo-se que “a convivência familiar é direito fundamental da criança, devendo ser priorizada a sua manutenção na família de origem, quando se mostrar possível a reestruturação familiar, mediante a aplicação de medidas protetivas” (Apelação Cível n. 2012.061938-7, da Capital. Relator: Des. Monteiro Rocha. J. 3-12-2012)” (TJSC, Apelação Cível n. 2012.082941-4, de Cunha Porá, rel. Des. Substituto Paulo Ricardo Bruschi, j. 9.4.2013), não restando caracterizadas as hipóteses taxativas que recomendam a destituição do poder familiar de G. A. Z., a manutenção do poder familiar materno é medida que se impõe.

Por outro lado, como verificado anteriormente, a mesma compreensão não se pode ter quanto ao genitor J. C. M. tanto em relação aos atos atentatórios à dignidade sexual de suas filhas adolescentes quanto à recalcitrância em oportunizar-lhes o tratamento psicológico adequado, mostrando-se insensível às necessidades das filhas, menosprezando e até mesmo afrontando os atores da rede de proteção que atendeu as crianças e as adolescentes, dando demonstração de que não se arrependeu de seus atos, pelo contrário sequer demonstrou efetiva preocupação com o destino de sua prole, sempre atento ao que poderia suceder-lhe, de sorte que não deverá permanecer com o poder familiar no que diz respeito a todas as suas filhas.

É que se sabe ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com a mais absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e, especialmente, à convivência familiar, ainda que em família substituta, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Nesse contexto de total proteção aos interesses da criança, é que se defere a medida extrema de destituição do poder familiar dos pais biológicos” (TJSC, Apelação Cível n. 2012.015389-6, de Curitiba, rel. Des. Fernando Carioni, j. 17.4.2012).

Deve ser sublinhado, ainda, que a preocupação do julgador da origem, quanto ao dever de sustento, não deve servir de fundamento para a rejeição do pedido de extinção do poder familiar, pois consabido que “salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público” (Lei n. 8.069/90, art. 33, § 4º).

Sabe-se, ainda nessa esteira, que “assim deve ser, uma vez que já na doutrina anterior entendia-se que ‘mesmo que se verifique a perda do poder familiar, ou a suspensão de seu exercício, permanece para os pais o dever de sustentar os *filhos*’. *Oportuna a determinação trazida no art. 33, § 4º, deixando expressa a obrigação de prestar alimentos* enquanto pendente o processo de adoção, ainda que a criança ou adolescente esteja sob a guarda de outrem. A obrigação alimentar não se confunde com o cumprimento de dever de sustento e educação dos filhos (arts. 1.566, IV e 1.634, I, do CC), atributo do poder familiar e um dos deveres do

casamento. O dever familiar cuida da exigência dos pais em relação aos filhos, enquanto que a obrigação alimentar deriva do parentesco. O dever de sustento se extingue, via de regra, com a capacidade, enquanto que a obrigação alimentar pode durar por tempo indeterminado, enquanto se mantiverem as condições. Diferenciam-se as obrigações de alimentos do dever de sustento: enquanto na obrigação de alimentos há estreito vínculo da necessidade do alimentante e possibilidade do alimentando, o dever de sustento não está vinculado exatamente a tal proporção, na medida em que tem por fundamento o dever decorrente do poder familiar e se mede pela proporção do que dispõem os devedores” (CURY, Munir, p. 173).

Por consequência, a extinção do poder familiar não implica a desoneração da obrigação alimentar que permanecerá hígida.

Ante do exposto, voto no sentido de conhecer e dar parcial provimento à apelação interposta pelo Ministério Público, a fim de determinar a extinção do poder familiar do pai J. C. M. em relação às filhas A. de F. M., A. A. M., A. F. M. e A. P. M., mantendo-o, entretanto no que dizer respeito à genitora G. A. Z, que permanecerá com a guarda da prole.

É o voto.

**Apelação Cível n. 0502598-16.2013.8.24.0018, de Chapecó**

Relator: Des. Subst. Luiz Felipe Schuch

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLÊNCIA CONTRA MULHER. SUPOSTAS AGRESSÕES FÍSICAS E PSICOLÓGICAS PRATICADAS PELO CÔNJUGE VARÃO EM FACE DA CÔNJUGE VIRAGO NA CONSTÂNCIA DA SOCIEDADE CONJUGAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DO RÉU.

PRELIMINAR. ALEGADA A INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO TRIENAL (ART. 206, § 3º DO CÓDIGO CIVIL) DIANTE DA INAPLICABILIDADE DA CAUSA SUSPENSIVA PREVISTA NO ART. 200 DA LEI MATERIAL CIVIL. TESE REJEITADA. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO ENTRE CÔNJUGES NA CONSTÂNCIA DA RELAÇÃO CONJUGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 197, I, DA LEI ADJETIVA CIVIL. PRECEDENTES DO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DO FIM DA SOCIEDADE CONJUGAL. LAPSO TEMPORAL NÃO CONSUMADO. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO POR FUNDAMENTO DIVERSO.

MÉRITO. ALEGADA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO ACERCA DOS DANOS MORAIS. INSUBSISTÊNCIA. REPARAÇÃO DEVIDA COM FUNDAMENTO NO ART. 5º, V E X, E ART. 226, § 8º DA CARTA DA REPÚBLICA, E NOS ARTS. 186, 927, 944 E 953, TODOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. RELACIONAMENTO ABUSIVO. LESÕES FÍSICAS E PSICOLÓGICAS PERPETRADAS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO MATRIMONIAL. ACERVO PROBATÓRIO QUE BEM ELUCIDA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DIVERSOS BOLETINS DE OCORRÊNCIA REGISTRADOS PELA VÍTIMA/APELADA REPORTANDO AS AMEAÇAS E AGRESSÕES EFETUADAS PELO DEMANDADO.

LAUDO DE EXAME DE CORPO DELITO ATESTANDO ESCORIAÇÕES E EQUIMOSSES NA CABEÇA E NOS BRAÇOS DA AUTORA PRODUZIDAS POR “AÇÃO CONTUNDENTE”. RECORRENTE JULGADO E CONDENADO, EM PRIMEIRO GRAU, NA ESFERA CRIMINAL PELO COMETIMENTO DO CRIME DE AMEAÇA (ART. 147, DO CÓDIGO PENAL) PRATICADO CONTRA A DEMANDANTE NO ÂMBITO DA UNIDADE FAMILIAR. QUEBRA DOS DEVERES DE RESPEITO E CONSIDERAÇÃO MÚTUOS PREVISTOS NO ART. 1.566 DO CÂNONE CIVIL. DANOS À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DA AUTORA DEVIDAMENTE COMPROVADOS. ALEGAÇÃO DE AUTO-LESÃO EMPREENDIDA PELA VÍTIMA EM DECORRÊNCIA DE EMBRIAGUEZ CONTUMAZ NÃO COMPROVADA. ÔNUS QUE INCUMBIA AO RÉU APELANTE. EXEGESE DO ART. 333, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL REVOGADO. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. *DECISUM* IRRETOCÁVEL.

PLEITO DE MINORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO DO IMPORTE ARBITRADO PELO JUÍZO *A QUO*. VALOR QUE SE HARMONIZA COM OS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE E GUARDA O NECESSÁRIO CARÁTER PEDAGÓGICO INIBIDOR. OBSERVÂNCIA À GRAVIDADE DA OFENSA, BEM COMO AOS VALORES SOCIAIS E MORAIS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

As pessoas que se unem sob o vínculo jurídico do matrimônio ou da união estável, não assumem somente os deveres de mútuo respeito, assistência, coabitação e fidelidade, mas, sobretudo, estabelecem um compromisso público de amor, bem querer, companheirismo e parceria para o futuro.

As agressões físicas e psicológicas perpetradas

por um dos cônjuges/conviventes contra o outro de forma injusta e reiterada constituem verdadeira ruptura das promessas e expectativas às quais os contratantes voluntariamente aderiram, capazes de impingir à vítima sentimentos de humilhação, desprezo, dor, frustração e desamor, passíveis de configurar o abalo anímico.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0502598-16.2013.8.24.0018, da comarca de Chapecó 1ª Vara Cível em que é apelante J.K. e apelada L.S.S.

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado em 19 de fevereiro de 2018, foi presidido pelo Desembargador Guilherme Nunes Born, com voto, e dele participou o Desembargador Substituto José Maurício Lisboa.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2018.

Luiz Felipe Schuch  
RELATOR

## RELATÓRIO

Acolho o relatório da sentença de fls. 121-126, de lavra da Juíza de Direito Giovana Maria Caron Bósio, por contemplar precisamente o conteúdo dos presentes autos, *ipsis litteris*:

1. L. S. S. ajuizou a presente ação de indenização por danos morais decorrentes de atos ilícitos contra J. K., alegando que manteve união estável com o réu durante muitos anos, o que resultou na concepção de dois filhos. Disse que em dezembro de 2012 a união estável foi dissolvida judicialmente, permanecendo com a guarda dos infantes. Asseverou que durante o relacionamento que mantivera, o requerido ingeria bebida alcoólica e a agredia moral e fisicamente, daí porque registrou inúmeros Boletins de Ocorrência, que ocasionaram a busca por medidas protetivas. Afirmou que na data de 09/06/2010 sofreu ameaças por parte do réu e acionou a polícia, que em revista na residência encontrou munições de arma de fogo na posse do réu. Aduziu que por tais fatos o requerido responde a processo criminal. Informou que na data de 18/10/2010 foi brutalmente agredida, e que seu filho de 13 anos a socorreu, fazendo com que as agressões parassem. Disse que pelos eventos narrados sofreu prejuízos de ordem moral, que devem ser indenizados. Pediu a procedência dos pedidos e juntou documentos de fls. 12/60.

2. O réu apresentou contestação de fls. 83/88, asseverando preliminarmente, a prescrição. Disse que a autora ingeria grandes doses de álcool, e que por tal razão as lesões descritas ocorreram. Informou que devido ao término do relacionamento, a autora vem tentando afastá-lo do lar, declarando fatos inexistentes. Afirmou que é incabível o pedido indenizatório buscado, pois nunca agrediu a requerente. Salientou que como as agressões partiam de ambas as partes, também deveria ser indenizado moralmente. Requereu a improcedência da demanda por inexistir dano ou ato ilícito a ser reparado e juntou os documentos de fls. 89/91.

3. A autora replicou às fls. 95/96.

4. Designada audiência, restou inexistosa ante a ausência do réu (fl. 120).

5. A autora apresentou alegações finais remissivas na solenidade aludida.

A Magistrada de primeiro grau julgou procedentes os pedidos exordiais, nos seguintes termos:

1. Pelo exposto, julgo procedentes os pedidos, com resolução de mérito,



consoante artigo 269, I do Código de Processo Civil, e condeno o réu J. K. a indenizar a autora em danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), que deve ser corrigido monetariamente pela média do IGP/INPC desde a data desta decisão, conforme Súmula 362 do STJ, incidindo juros legais de 1% ao mês – art. 406 do CCB (calculados de forma simples), a partir da citação.

2. Condeno o réu ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 20% sobre o valor da condenação, atendendo-se ao trabalho realizado, ao grau de zelo profissional e a complexidade da causa, nos termos do §3º do art. 20 do Código de Processo Civil. Defiro ao requerido a gratuidade da justiça, razão pela qual aplica-se o art. 12 da lei 1.060/50.

3. Nada mais sendo requerido, arquivem-se com as anotações necessárias. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Irresignados com a prestação jurisdicional entregue, o réu interpôs apelação, defendendo, preliminarmente, a ocorrência da prescrição da pretensão exordial, ao argumento de que nos autos do processo n. 025.10.003315-0, em curso na esfera criminal, apuram-se apenas os crimes de posse ilegal de munição e de ameaça, não havendo discussão acerca do suposto crime de lesão corporal, razão pela qual inaplicável ao caso *sub examine* o disposto no art. 200 do Código Civil para fins de suspensão de prazo prescricional, porquanto a presente ação indenizatória origina-se de fato diverso daquele apurado no juízo criminal. No mérito, defende a ausência de provas acerca do ato ilícito ensejador dos danos morais perseguidos pela autora, afirmando que “*nunca agrediu fisicamente ou psicologicamente a apelada, sendo que se esta apresentou alguma lesão quando da realização do exame de corpo de delito, essa lesão não foi provocada pelo apelante*” (fl. 132). Nesse contexto, argumenta que a autora, à época dos fatos, fazia uso imoderado de bebidas alcoólicas, sendo comum, em razão da embriaguez, cair e se machucar, derivando as lesões apresentadas no exame de corpo delito possivelmente destes incidentes, jamais provocados pelo apelante. Subsidiariamente, requer a minoração

do quantum arbitrado pela Magistrada singular a título de indenização por danos morais para o valor de, aproximadamente, R\$ 1.000,00 (mil reais).

Contrarrazões à fl. 140.

É o relatório.

## VOTO

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, uma vez que a Lei n. 13.256/2016 modificou a redação original do referido dispositivo legal para flexibilizar a obrigatoriedade de a jurisdição ser prestada em consonância com a ordem cronológica de conclusão dos autos. Observe-se que essa salutar alteração legislativa significou uma importante medida destinada à melhor gestão dos processos aptos a julgamento, pois permitiu a análise de matérias reiteradas e a apreciação em bloco de demandas ou recursos que versem sobre litígios similares sem que haja a necessidade de espera na “fila” dos feitos que aguardam decisão final, o que contribui sobremaneira na tentativa de descompressão da precária realidade que assola o Poder Judiciário em decorrência do assombroso número de lides jurisdionalizadas.

Trata-se de recurso de apelação interposto por J. K. contra sentença que, nos autos da “*ação de indenização por danos morais decorrentes de atos ilícitos*”, ajuizada em seu desfavor por L. S. S., julgou procedentes os pedidos exordiais, condenando-o ao pagamento de verba indenizatória a título de danos morais, no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), bem

como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

### **1 Da preliminar de prescrição da pretensão indenizatória**

O apelante defende, preliminarmente, a ocorrência da prescrição da pretensão exordial, ao argumento de que estão sendo apurados nos autos do processo n. 025.10.003315-0 os crimes de posse ilegal de munição e de ameaça, não havendo discussão acerca do delito de lesão corporal. Nesse contexto, sustenta que *“para as alegadas agressões físicas, não se pode utilizar como argumento a existência de um processo criminal que apura outros crimes, e não o crime de lesão corporal”* (fl. 130).

Razão, contudo, não lhe socorre.

De início, convém sobrelevar que, em se tratando de pretensão de interessado na reparação civil contra o causador do dano, o prazo prescricional é, via de regra, o trienal, porquanto o art. 206, § 3º, V, do Código Civil expressamente preconiza que:

Art. 206. Prescreve:

[...]

§ 3º Em três anos:

[...]

V - a pretensão de reparação civil.

Contudo, nos termos do art. 197, I, da Lei Adjetiva Civil, não corre a prescrição “entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal” (destacou-se).

Dessa forma, observa-se ter o Código Civil estabelecido causa

impeditiva de contagem do prazo prescricional para situações como a presente, em que estabelecida comunhão plena de vida entre determinadas pessoas (art. 197, I, CC), deslocando o termo inicial da prescrição para a data em que ocorrer a ruptura da sociedade conjugal (ainda que apenas de fato), porquanto nas relações jurídicas entre indivíduos que cultivam, ou ao menos que deveriam cultivar vínculo afetivo profundo em decorrência dos laços do matrimônio, os prazos necessitam de paralisação por inegáveis razões de ordem moral.

Ora, evidente que a pretensão do legislador ao estabelecer causa de impedimento e/ou suspensão da prescrição enquanto não dissolvido o vínculo conjugal assentou-se na possibilidade sempre presente de reconciliação dos cônjuges e/ou preservação da relação matrimonial ou mesmo unidade familiar, a qual poderia se ver arruinada diante do dilema do detentor de eventual direito subjetivo patrimonial em face do outro. Ademais, entre um casal, expecta-se a predominância de harmonia, união e confiança para maior cumplicidade de interesses na constância do matrimônio, havendo previsão legal, inclusive, acerca dos deveres de ambos à (i) fidelidade recíproca, (ii) vida em comum no domicílio conjugal, (iii) mútua assistência, (iv) respeito e consideração mútuos (art. 1.566, CC). Por tal razão, severo e contraditório seria se a norma prescrevesse a necessidade de ajuizamento de demanda de um cônjuge contra o outro durante a sociedade conjugal.

A esse respeito, disserta Maria Helena Diniz:

Esse artigo é taxativo e bastante pertinente, visto que, se o casamento estabelece **“comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”** (CC, art. 1.511), **inadmissível seria que se permitisse que, para evitar a prescrição, um dos consortes, por ter sido prejudicado, ficasse obrigado a mover ação contra o outro, havendo, p. ex., dano moral ou patrimonial, perturbando a harmonia conjugal.** Há quem ache que, apesar da omissão legal, como a Carta Magna, no art. 226, § 3º, e o Código Civil de 2002, no art.

1.723, reconhecem a união estável como entidade familiar, o art. 197, I, aplicar-se-ia também aos conviventes, para evitar a desagregação do companheirismo; ascendentes e descendentes, durante o poder familiar (CC, art. 197, II; STJ, REsp 90.277-RS, j. 24-11-1998, rel. Min. Nilson Naves) (CIANCI, Mirna (org.) Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar, 2. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 146, grifou-se).

A propósito, a Corte Superior, em hipóteses semelhantes, tem assentado, ainda que monocraticamente:

[...]

Nesse cenário, sendo certo que a dissolução da sociedade conjugal se deu em 2/6/2005, essa é a data de início do lapso prescricional da pretensão indenizatória veiculada pela autora da demanda. Daí porque, proposta a presente ação em 11/6/2006, não há falar na ocorrência da prescrição, visto que não transcorrido entre a data da dissolução da sociedade conjugal e a do ajuizamento do feito o prazo trienal do art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil. (REsp n. 1326503, Decisão Monocrática, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 1º-2-2016)

[...] O artigo 197 do novo código civil, inclusive invocado pelos agravantes como violado, determina que não corre prescrição entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal. Além disso, a agravada só se deu conta de que a simulação seria realizada em seu prejuízo no momento do divórcio. Tem-se ainda que, de acordo com os artigos 166 e 167 do diploma civilista taxam de nulo o negócio que tem por objetivo fraudar a lei, como é o caso dos autos. Uma vez que é impossível a posterior convalidação pelo decurso do tempo de negócio jurídico nulo, não há que se falar em prescrição. (AG n. 968204, Decisão Monocrática, Min. Aldir Passarinho Junior, j. 19-2-2008).

Nessa senda, extrai-se da jurisprudência dos tribunais pátrios, pertinente à aplicação do art. 197 do Código Civil nas ações indenizatórias por

danos morais, supostamente ocorridos entre cônjuges na constância da relação conjugal:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. PRELIMINAR DE COISA JULGADA AFASTADA. ANTERIOR CUMULAÇÃO DE AÇÕES. DESISTÊNCIA E CONCORDÂNCIA TÁCITA DO APELANTE EM RELAÇÃO À AÇÃO INDENIZATÓRIA. POSSIBILIDADE DE PROPOSITURA DE NOVA AÇÃO. PRESCRIÇÃO NÃO OPERADA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 197, INCISO I, E 206, INCISO V, AMBOS DO CC. Caso em que não merece guarida a arguição de coisa julgada, porquanto evidenciado nos autos, ante o absoluto silêncio na ata de audiência, da qual não houve qualquer impugnação, que a apelada, em processo anterior, cumulou as ações de indenização e separação judicial, tendo desistido da indenizatória com a tácita concordância do apelante. Assim, não tendo havido julgamento da ação indenizatória cumulada, nada obsta a que a parte novamente demande em juízo a mesma pretensão indenizatória, visando à condenação do ex-marido ao pagamento de indenização por dano moral. **Considerando-se que não corre a prescrição entre os cônjuges na constância da relação conjugal, deve a demanda seguir até sentença final, não havendo falar em extinção da ação por tal evento. Incidência do artigo 197, inciso I, do CC e artigo 206, inciso V, do mesmo diploma legal. Prosseguimento da demanda que se impõe com a desconstituição da sentença.**

PRELIMINAR DESACOLHIDA. APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. (TJRS, Apelação Cível n. 70032600546, Sétima Câmara Cível, rel. Des. José Conrado Kurtz de Souza, j. 14-4-2010, grifou-se).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. INFIDELIDADE CONJUGAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO. TERMO INICIAL. - Observada a regra de transição prevista no artigo 2.028 do Código Civil em vigor, aplicam-se os prazos prescricionais nele previstos quando não decorrido mais de metade do prazo prescricional previsto no Código anterior. - O termo inicial para a contagem do prazo prescricional da pretensão de reparação civil, que atualmente é de três anos (art. 206, §3º, V, CCB vigente), se dá a partir da data de início de vigência do Novo

Código Civil: 11 de janeiro de 2003. - **Na constância da sociedade conjugal ou união estável, não corre prescrição entre os cônjuges ou companheiros (art. 197, I, CCB), mas tal causa impeditiva cessa com o pedido de separação ou dissolução.** (TJMG, Apelação Cível n. 1.0702.08.432531-6/001, 13ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. 4-6-2009, grifou-se).

DIREITO CIVIL. REPARAÇÃO CIVIL. FATOS OCORRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRAZO. TÉRMINO DA SOCIEDADE CONJUGAL. 1 - Nos termos do artigo 1571, III e § 1º, do Código Civil, o casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, não correndo a prescrição entre os cônjuges durante a constância da sociedade conjugal. 2 - **Embora tenha havido a separação de fato do casal em 2008, enquanto não decretado o divórcio (ocorrido em 2013), o casamento permanece válido, havendo, portanto, causa impeditiva da prescrição, nos termos do artigo 197, I, do Código Civil.** 3 – Ajuizada a ação de reparação civil dentro do prazo de três anos estabelecido no artigo 206, 3º, V, do citado Diploma Legal, afasta-se a prescrição no caso em comento. 4 – Recurso provido. (TJDE, Apelação Cível n. 20140910125669, Quarta Turma Cível, rel. Des. Cruz Macedo, j. 6-4-2016, grifou-se).

**INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. Ausência de princípio de prova a demonstrar que os supostos ilícitos foram cometidos em momento posterior ao casamento. Indícios que deveriam compor os autos. Fim da sociedade conjugal que dá início à fluência do prazo prescricional entre os cônjuges (art. 197 do CC). Decurso do prazo de três anos cabível à hipótese. Sentença mantida. Recurso desprovido.** (TJSP, Apelação Cível n. 0228024-39.2009.8.26.0002, Quarta Câmara de Direito Privado, Foro Regional II - Santo Amaro - 8ª Vara Cível, rel. Des. Milton Carvalho; j. 30-1-2014, grifou-se).

Colhe-se, enfim, precedente deste e. Tribunal de Justiça, mutatis mutandis:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO (DOAÇÃO) C/C DANOS MATERIAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PRELIMINAR EM CONTRARRAZÕES. PRAZO DE DOIS ANOS PARA PROPOR A AÇÃO, CONTADOS DO TÉRMINO DA SOCIEDADE CONJUGAL. TERMO INICIAL. DATA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL OU DA SENTENÇA DE DIVÓRCIO. ART. 2º, LEI n. 6.515/77 (ART. 1.571 DA LEI CIVIL ATUAL). PRECEDENTES DO STJ. ANULABILIDADE POR SIMULAÇÃO. ART. 178, § 9º, V, “b”, CC/16. **PRESCRIÇÃO QUE NÃO CORRE ENTRE CÔNJUGES, NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO.** LAPROS NÃO TRANSCORRIDOS. [...] RECURSO DOS RÉUS ROMAÇO, VANESSA E MARGARET PROVIDO EM PARTE. APELO DA DEMANDADA JANAÍNA DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2013.087602-1, de Joinville, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 26-2-2015, grifou-se).

Pois bem. Delineada a temática nesses termos, extrai-se do processado *sub examine* que as alegadas agressões físicas, morais e psicológicas suportadas pela autora/apelada e supostamente perpetradas pelo réu/apelante ocorreram na constância do casamento – mais precisamente entre os anos de 2003 e 2010, conforme noticiado na exordial e certificado pelos boletins de ocorrência de fls. 16-26 –, tendo a relação marital se desfeito apenas na data de 17 de dezembro de 2012 (fls. 55-56). Assim, lógico inferir que o prazo prescricional de 3 (três) anos (art. 206, § 3º, V, CC) somente expiraria em 17 de dezembro de 2015.

Com efeito, considerando que a autora protocolou a presente ação de reparação civil em 16-9-2013 (fl. 2, *in fine*), não há que se falar em prescrição da pretensão indenizatória, porquanto respeitado o parâmetro previsto no art. 197, I, do Código Civil, bem como o prazo de 3 (três) anos estabelecido no artigo 206, 3º, V, do citado Diploma Legal.



Por último, arreda-se a hipótese de incidência da regra insculpida no art. 200 da Lei Adjetiva Civil, para a aplicação do disposto no art. 197 do mesmo códex – suspensão do transcurso do prazo prescricional entre cônjuges durante a constância da união matrimonial –, mantendo-se a sentença hostilizada no ponto, ainda que por fundamento diverso.

Ultrapassada a questão preliminar referente à prescrição, passa-se à análise do mérito do recurso.

## 2 Dos danos morais

Defende o recorrente a necessidade de reforma da sentença objurgada com relação ao pleito indenizatório, diante da ausência de provas acerca das supostas agressões físicas e psicológicas suportadas pela autora/apelada.

O apelo, todavia, não merece guarida.

Sabe-se que, para a configuração do dano extrapatrimonial suscitado pela autora, necessária a análise dos elementos que permeiam a responsabilidade civil subjetiva inscritos nos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil, *in 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.

Com efeito, para caracterização do dever indenizatório faz-se imprescindível a presença da ação/omissão do agente, o dano patrimonial e/ou extrapatrimonial devidamente comprovado e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o prejuízo experimentado pela vítima.

De sua vez, no que diz respeito ao abalo hábil a configurar o dano moral, colhe-se da lição de Sérgio Cavalieri Filho:

Nessa linha de princípio, 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 no seu bem-estar (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 10. ed. São Paulo: Atlas, p. 78).

Ademais, saliente-se que, em hipóteses dessa natureza, o ônus da prova incumbe ao autor da demanda, ex vi do que dispunha o art. 333, I, do CPC/1973.

De sua vez, no âmbito das relações familiares e conjugais, a Lei n. 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha – marco normativo com relação ao combate à violência doméstica e familiar contra mulher – criou mecanismos para coibir agressões (físicas, psicológicas, morais, sexuais) cometidas no âmbito das relações familiares, ao assegurar expressamente às mulheres vítimas de violência condições para o acesso à Justiça e estabelecer medidas de assistência e proteção às mulheres nesta situação, de modo a garantir “as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária” (art. 3º).

Acerca da violência doméstica e familiar contra a mulher, os arts. 5º e 6º da supracitada Lei Especial, dispõem:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, **configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:**

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive

as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Ademais, a preocupação do Estado em coibir e prevenir a violência de gênero no âmbito doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto, além de estar presente na Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e em outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, encontra-se ancorada no art. 226, § 8º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Sobre o referido dispositivo constitucional, lecionam J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck:

De maneira inovadora, a Constituição previu, no § 8º do art. 226, a tutela da pessoa no âmbito da família, através da criação de mecanismos assistenciais para coibir a violência no âmbito de suas relações. Comprova-se, desta maneira, ainda uma vez que a família não mais é tutelada como instituição, mas que sua existência só faz sentido em prol das pessoas de seus componentes. **A violência doméstica representa o maior obstáculo**

**ao modelo democrático de família porque concretiza uma situação de inferioridade: a mulher-vítima no âmbito das relações conjugais. Sabe-se que a violência doméstica representa em nosso país um problema de graves proporções, configurando-se como uma questão de saúde pública, já que se apresenta como uma das principais ameaças à saúde das mulheres.** Os números variam, mas pesquisas apontam que o lugar mais perigoso para uma mulher é, justamente, dentro de casa.

[...]

A igualdade de gênero é pressuposto da democratização de qualquer instituição, sendo imprescindível pôr termo à desigualdade fática da mulher nas mais diversas situações, especialmente no âmbito de suas relações familiares. Com violência não há que se falar em democracia, sendo esta uma condição *sine qua non* para a tantas vezes referida democratização das relações familiares.

[...]

Justíssima, portanto, é a afirmação de que um ordenamento fundado no respeito da pessoa humana, não pode admitir a democracia nas ruas e a autocracia dentro de casa. **A violência do marido contra a mulher não é (mais) um assunto familiar e particular; é assunto que atinge, das mais variadas maneiras, a sociedade toda que, se se calar, estará, de um lado, ratificando um comportamento ignóbil e covarde, e de outro, do ponto de vista coletivo, arrumando o berço e oferecendo o alimento necessário para a manutenção e o incremento da violência na sociedade em que vivemos.** (Comentários à Constituição Federal, São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 2122-2123, grifou-se).

Dessa forma, certo está que os danos extrapatrimoniais são passíveis de reconhecimento nos casos de violência doméstica, porquanto inegável que as agressões (físicas, morais e psicológicas) são lesivas às garantias constitucionais asseguradas a todos os cidadãos, gerando direito à percepção de indenização por danos morais quando violadas, devendo-se, para tanto, comprovar apenas o ato lesivo e a sua capacidade de causar gravame à parte lesada.

Sobre os direitos de personalidade, o professor Carlos Alberto Bittar, estabeleceu que são aqueles compreendidos como: “a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade).” Acrescenta o doutrinador que “o princípio da preservação da honra está implícito em todo o sistema, como uma das ideias matrizes, encontrando explicitação em alguns campos (**como nas relações conjugais**, relações de filiação, de adoção, de paternidade, de sucessão e outros), em que o Código e outras leis sancionam condutas caracterizadas pela indignidade.” (Os direitos da personalidade, 8. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar, São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 41 e 205).

Pois bem.

*In casu*, resulta incontroverso o fato de que os litigantes mantiveram relacionamento conjugal por aproximadamente 15 (quinze anos), do qual resultou o nascimento de dois filhos, conforme relatado pela autora no boletim de ocorrência de fl. 17 – não impugnado pelo réu. É indiscutível, também, que o marco final da sociedade conjugal ocorreu, judicialmente, na data de 17-12-2012, por meio de ação de dissolução proposta na 1ª Vara Cível da comarca de Gaspar, na qual houve homologação do acordo entabulado entre as partes com relação à partilha dos bens, aos alimentos dos filhos, à guarda e ao direito de visita (fl. 55).

De sua vez, a autora L. S. S. alega que, durante a constância da sociedade conjugal sofreu, por diversas vezes, agressões de ordem física e moral, protagonizadas pelo réu (varão), que de forma ardilosa, demonstrava-se arrependido acerca de sua conduta agressiva, prometendo mudança em nome dos próprios filhos. Nesse contexto, declara a demandante

que “*depois das ameaças e agressões, não teve mais paz*”, permanecendo “*abalada psicologicamente e emocionalmente, com medo de trabalhar, de sair de casa e principalmente com medo de ser agredida novamente*” (fl. 2, grifos no original).

É esse o cerne da causa de pedir apresentado pela requerente, qual seja, a responsabilização do réu pelos danos morais decorrentes das agressões físicas e psicológicas perpetradas em seu desfavor e, conseqüentemente, a condenação do demandado ao pagamento de indenização pelo abalo anímico suportado.

De outro lado, o réu/apelante argumenta que a autora, à época dos fatos, fazia uso imoderado de bebidas alcoólicas, razão pela qual as lesões narradas na inicial e apresentadas no exame de corpo delito possivelmente são decorrentes da embriaguez, mas jamais provocados pelo apelante. Todavia, o exame do arcabouço probatório, sobretudo das provas documentais coligidas nos autos, aponta para a veracidade da versão fática apresentada pela autora. Senão vejamos.

Nos boletins de ocorrência ns. 00035-2005-00919, 00035-2011-02150, 00035-2011-02292, 00035-2010-08032, 00035-2011-08352 e 00035-2013-00851, os quais possuem presunção *juris tantum* de veracidade (art. 364 do antigo Código de Processo Civil, vigente à época da sentença), assim depôs a vítima (fls. 16-26 e 53-54):

1) Relata que, em diversas oportunidades, sendo a mais recente a do local, data e hora supramencionados, sofre ameaças por parte de seu amasio, que lhe ameaça dizendo “se você sair de casa levando as crianças eu vou cortar teu pescoço”; que ainda é ofendida com palavras de baixo calão “puta, vaca, nega filha da puta, você não é nem gente”; que tais ofensas e ameaças são constantes; que o mesmo se embriaga com frequência, quando se torna bastante violento; que tais fatos são testemunhados pelos filhos menores do casal (data da comunicação: 12/3/2005).

2) Relata a comunicante que convive como autor cerca de 15 anos; que o mesmo costumeiramente embebede-se, tornando-se agressivo e rotineiramente vem efetuando ameaças de agressão física tanto aos filhos que são em número de dois e menores de idade, quanto à esposa; que no dia de hoje esse fato aconteceu no interior da residência onde a queixosa foi agredida fisicamente, vindo a lesionar-se; que o autor chegou a agredir um de seus filhos de 13 anos de nome J. V. K., qual veio a defender a mãe; relata ainda que quarta feita passada, dia 13/10/2010, a queixosa teve de acionar a Polícia Militar, visto estar prestes a ser agredida, sendo que o queixoso evadiu-se com a chegada da guarnição da PM (data da comunicação: 16/10/2010).

3) Relata a comunicante que o autor voltou a ameaçar nos seguintes termos “depois de pagar as cestas básicas, alguém vai me pagar, isso não vai ficar assim”. O autor se refere a condenação por violência doméstica decorrente do boletim original. Que parentes do autor, influenciados pelo mesmo, também estão ameaçando a comunicante. Diante da situação a comunicante deseja representar contra o autor e pedir as medidas protetivas de lei. Acrescenta ainda que registrou ocorrência de nº 8032/10 que restou em procedimento nesta delegacia e posteriormente em audiência no fórum da comarca onde o autor foi condenado ao pagamento de cestas básicas e inconformado continua a ameaçar e a ofender com palavras de baixo calão (data da comunicação: 16/10/2010 e 22/03/2011 - complemento).

4) Relata a comunicante que o autor é seu ex-companheiro, e que a comunicante possui uma medida protetiva que determina que o autor fique 50 metros longe da comunicante, porém relata a comunicante que ele mora a 30 metros de sua casa, e fica sempre rondando a casa da comunicante durante o dia. Relata a comunicante que o autor a perturba e perturba seus filhos, cortando a água de sua residência, impossibilitando que a comunicante e seus filhos menores possam tomar banho, dentre outras necessidade com água. Relata a comunicante que o autor vive bêbado e ameaçando a várias pessoas. A vítima relata que o autor a ameaça dizendo “que o autor diz para terceiros que a vítima quer sair com ele, que deseja falar com ela”. Ele para o veículo para fazer gestos a mesma. Relata a comunicante que o autor proíbe que parentes e visitas cheguem até a casa da comunicante. Relata a comunicante que

o autor diz que ele é o único que manda na cidade de Gaspar (data da comunicação: 1º/11/2011).

5) Relata-nos a comunicante que seu ex-companheiro está lhe ameaçando, difamando e trancando a entrada de sua casa com galhos, sendo que os mesmos impediam a entrada na casa, ainda que colocou um registro no cano de água, impedindo que a comunicante tenha água em sua residência. Que o autor fica em uma kitnet ao lado da casa onde a comunicante mora e bebe constantemente, causando os fatos (data da comunicação: 30-1-2013).

Em abono às declarações da ofendida, o Laudo de Exame de Corpo Delito n. 0426461/2010, colacionado à fl. 14, aponta que houve ofensa à integridade física corporal da autora, a qual, no dia 18-10-2010, apresentou “escoriação linear de 4 cm de comprimento próximo ao ângulo da mandíbula esquerda, duas escoriações de cerca de 2 cm cada uma na face lateral do pescoço a esquerda; no braço próximo ao cotovelo direito, equimose oval violácea de 7 cm de comprimento em seu maior diâmetro e, no braço esquerdo, duas equimoses violáceas ovais, sendo a maior de cerca de 4 cm no seu comprimento”.

Além disso, parte dos fatos debatidos nestes autos, precipuamente as alegadas ameaças proferidas pelo réu, já foram discutidos na esfera criminal, por meio do processo n. 025.10.003315-0, no qual reconhecida a culpa, a materialidade e autoria do réu na prática do crime de ameaça (art. 147, do Código Penal) contra a autora, cometido em data de 9-6-2010, no âmbito da unidade doméstica e familiar, quando o agente “*com intenção de intimidar a vítima L. S. S., sua companheira, ameaçou-lhe de morte ao anunciar verbalmente ceifar sua vida, afirmando que lhe daria um tiro com sua arma de fogo*” (fl. 33) .

Como se pode perceber, incontestemente a ocorrência de agressões verbais e físicas perpetradas pelo autor em face de sua ex-convivente, por razões



infundadas. Nesse particular, sobreleva o fato de que, em se tratando de violência doméstica, na grande maioria das vezes, as injustas agressões ocorrem na clandestinidade, longe dos olhares de testemunhas, razão pela qual a palavra da mulher ofendida é de substancial importância para o esclarecimento dos fatos, notadamente quando corroborada por outros elementos de prova.

Enfim, constata-se que L. S. S. desincumbiu-se de seu ônus (art. 333, I, do CPC/1973), demonstrando com a clareza necessária a união estável com o réu por aproximadamente 15 (quinze) anos, nos quais sofreu violência física, moral e psicológica perpetradas pelo ex-companheiro. Não bastasse, após inegável calvário, a autora necessitou mudar de cidade e abandonar seu emprego (fl. 49), em razão do temor de novas agressões. Contra esse arcabouço probatório o requerido não produziu nenhuma prova apta a desconstituir o direito da autora, conforme disposição expressa do art. 333, II, da revogada Lei Adjetiva Civil.

Em casos análogos, o e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AGRESSÃO FÍSICA E VERBAL. DANO MORAL CARACTERIZADO.

**Comprovada nos autos a ofensa física e verbal praticada pelo réu durante e logo após a constância do casamento, culminando, inclusive, com a internação hospitalar da demandante em razão da depressão, fato que, inegavelmente, causou constrangimento e humilhação, caracterizado está o dano moral in re ipsa, restando evidente o dever de indenizar. Sentença de procedência mantida por seus próprios fundamentos.**

[...] APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível n. 70051015717, Décima Câmara Cível, rel. Des. Paulo Roberto Lessa

Franz, j. 25-10-2012, grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. AGRESSÃO FÍSICA. CÔNJUGE. PROVA TESTEMUNHAL. PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE OU IMEDIAÇÃO. DANOS MORAIS. LUCROS CESSANTES. CABIMENTO.

Embora o conjunto probatório constante nos autos seja limitado, restou suficientemente demonstrada a versão da autora para os fatos. **As relações familiares, de regra, desenvolvem-se no foro privado do lar, devendo tal circunstância ser sopesada na valoração da prova. Assim, inexigível a existência de testemunhas oculares da agressão desferida pelo marido contra sua esposa.** Quando a prova testemunhal é decisiva para o desfecho do conflito, impõe-se prestigiar o convencimento do julgador que presidiu a instrução e, portanto, estava em melhores condições de aferir a credibilidade das testemunhas. Aplicação do princípio da imediação ou imediatidade. **Demonstrada a conduta do agente e o nexó causal em relação ao dano, resta caracterizada a responsabilidade civil nos moldes dos artigos 186 e 927, do Código Civil, implicando o dever de indenizar.** [...] Em sendo admitida a ocorrência dos fatos tais como narrados pela parte autora, não há dúvidas de que decorrem danos morais da conduta do réu. No caso, há de se levar em conta também o sofrimento inerente à desestruturação da família. O fato típico da agressão física é potencializado em razão do agente que o pratica - à época, marido da autora. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO (Apelação Cível n. 70054899174, rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j. 14-8-2013, grifou-se).

No mesmo norte, colhe-se de julgados desta Corte:

DIREITO CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL E FAMÍLIA - AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C DANOS MORAIS - AGRESSÕES FÍSICAS - PROCEDÊNCIA PARCIAL - RECURSOS PRINCIPAL DO RÉU E ADESIVO DA AUTORA - ANÁLISE CONJUNTA - 1. AFASTAMENTO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - INACOLHIMENTO - AGRESSÕES FÍSICAS - MÚLTIPLAS

LESÕES - CONDENAÇÃO CRIMINAL POR TENTATIVA DE HOMICÍDIO - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - INDENIZATÓRIA MANTIDA - 2. QUANTUM INDENIZATÓRIO - VALOR ADEQUADO E PROPORCIONAL - ALTERAÇÃO DESNECESSÁRIA - RECURSOS DESPROVIDOS - SENTENÇA MANTIDA.

1. Lesões corporais graves praticadas pelo marido contra a mulher que ensejam sua condenação criminal por tentativa de homicídio caracterizam danos morais in re ipsa, devendo o agressor reparar os prejuízos morais decorrentes.

2. Mantém-se o valor dos danos morais quando arbitrados em conformidade com os requisitos da razoabilidade e da proporcionalidade. (Apelação Cível n. 2015.014158-4, de Rio do Sul, rel. Des. Monteiro Rocha, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 9-4-2015).

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. SENTENÇA QUE JULGA PARCIALMENTE PROCEDENTE OS PEDIDOS DA INICIAL E DA RECONVENÇÃO. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES ADSTRITA À CONDENAÇÃO DO AUTOR AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. REQUERENTE QUE PUGNA PELO AFASTAMENTO DA REPARAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO CONTUNDENTE ACERCA DO COMETIMENTO DE AGRESSÕES VERBAIS E FÍSICAS PERPETRADAS PELO EX-CONVIVENTE. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. INSURGÊNCIA DA REQUERIDA RELATIVA AO QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO DESCABIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS. (Apelação Cível n. 2013.090288-3, de Mafra, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 24-4-2014).

À luz do quadro emoldurado, o recurso não merece provimento, mantendo-se a íntegra a sentença com relação à condenação do requerido ao pagamento de verba indenizatória por danos morais à requerente.

### 3 Do *quantum indenizatório*

Sustenta o réu, em suma, a premência de minoração do quantum indenizatório arbitrado a título de danos morais, uma vez que considera o valor estabelecido em primeiro grau exorbitante.

Quanto ao ponto, assim motivou a Magistrada sentenciante (fls. 125-126):

[...]

11. Como sabido, os danos morais são estipulados de acordo com o arbítrio do magistrado, o qual, analisando o caso concreto, deve fixar um valor que atenda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que não seja elevado de forma a aumentar despropositadamente o patrimônio da vítima, mas, outrossim, não irrelevante àquele que causou o dano, a fim de se lhe inibir a reincidência no ilícito. Deve atentar, ainda, às circunstâncias do caso concreto, à gravidade do dano e à situação econômica das partes envolvidas. É mister observar, igualmente, quando cabível, o grau de culpa daquele que praticou o ato danoso.

12. Sob a luz deste entendimento, fixa-se, no presente caso, o quantum indenizatório no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), que deverá ser pago pelo requerido com correção monetária pela média do IGP/INPC desde a data desta decisão, conforme Súmula 362 do STJ, incidindo juros legais de 1% ao mês – art. 406 do CCB (calculados de forma simples), a partir da citação.

A priori, em sendo reconhecida a culpa do réu pelas agressões físicas e psicológicas cometidas contra a demandante L. S. S., indiscutível o dever de reparar o mal que lhe foi produzido, valendo destacar, como premissa para a discussão de fundo, que o dano moral tem assento constitucional, nos termos do art. 5º, V e X, da Carta da República, do qual derivam as previsões infraconstitucionais delineadas nos arts. 186, 953 e 954, todas do Código Civil brasileiro.

No âmbito doutrinário, diz-se que “a ofensa moral se traduz em dano efetivo, embora não patrimonial, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, ou haveremos de concluir que a indenização tem mero caráter de pena, como punição ao ofensor e não como reparação ou compensação ao ofendido” (Rui Stoco. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 458).

Partindo-se desse pressuposto, e em relação ao quantum indenizatório fixado pelo juízo a quo, sabe-se que a reparação do abalo moral deve ser dimensionada a partir das particularidades de cada caso, além de evidentemente ser fixada de modo proporcional à extensão do dano imposto ao demandante, nos termos do art. 944 do Código Civil, sempre considerado o grau de gravidade da ofensa aos valores sociais.

A respeito, o Código Civil prevê, *in verbis*:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Sobre a indenização por danos morais, leciona Regina Beatriz Tavares da Silva:

O critério na fixação do quantum indenizatório deve obedecer à proporcionalidade entre o mal e aquilo que pode aplacá-lo, levando-se em conta o efeito, que será a prevenção, ou desestímulo. Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a ‘inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade’, traduzindo-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo. (in Código civil comentado, coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 913).

A respeito da quantificação dos danos morais consigna Sergio Cavaliere Filho:

Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (in Programa de responsabilidade civil. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116).

Assim também colhe-se da jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE PEDESTRES NA CALÇADA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE RÉ. ALEGADA AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PARA CARACTERIZAR A RESPONSABILIDADE CIVIL E A CULPA EXCLUSIVA DO PREPOSTO DA RÉ. TESE RECHAÇADA. CONDUÇÃO DE VEÍCULO NO CENTRO URBANO SEM A CAUTELA NECESSÁRIA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO DE FORMA PROPORCIONAL E RAZOÁVEL (R\$ 3.000,00). JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO. SÚMULA N. 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“[...] I - É responsável pelo acidente de trânsito o condutor de automóvel que ao perder o controle de seu veículo, sobe em cima de calçada e atropela pedestre que ali transita. II - **Considerando a natureza compensatória**

**pecuniária 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 conseqüentários, o grau de culpa e a capacidade econômica das partes, não devendo acarretar enriquecimento da vítima e empobrecimento do ofensor, servindo a providência como caráter pedagógico, punitivo e profilático inibidor da conduta perpetrada pelo Demandado.** Respeitados esses parâmetros, mantém-se o quantum arbitrado.” (TJSC, Apelação n. 0047363-11.2009.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 19-05-2016). (Apelação n. 0001666-66.2005.8.24.0018, de Chapecó, rela. Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 19-9-2016, grifou-se).

*In casu*, a sentença de primeiro grau condenou o réu ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). E a Juíza de Direito, como visto, revelou na decisão hostilizada os vetores que considerou para a fixação deste valor: (i) circunstâncias do caso concreto; (ii) a gravidade do dano; (iii) o grau de culpa daquele que praticou o ato danoso; e (iv) as condições econômicas das partes, não se podendo cogitar de arbítrio imotivado.

Ademais, quanto à realidade fática, deve ser levado em conta que, não obstante o deferimento de medidas protetivas em favor da autora à época dos fatos, por mais de uma vez o réu se reaproximou sem o consentimento desta, proferindo novas ameaças e a agredindo na frente de seus filhos (fl. 28). Demais disso, devem ser consideradas as consequências gravosas (lesões físicas, psicológicas, afastamento do emprego, mudança de cidade), em que pese seja consabido que nenhuma reparação pecuniária seria suficiente para aplacar os danos ocasionados.

Em casos similares, encontram-se julgados deste Tribunal fixando a compensação por danos morais em valores que oscilam entre R\$ 5.000,00 (Terceira Câmara de Direito Civil. AC n. 03000063-88.2014.8.24.0010, de Braço do Norte, rel. Des. Fernando Carioni, j. 26-9-2017), R\$

10.000,00 (Primeira Câmara de Direito Civil. AC n. 2011.015283-9, de Itapema, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 13-11-2014), R\$ 15.000,00 (Terceira Câmara de Direito Civil. AC n. 2012.080487-6, de Porto Belo, rel. Marcus Túlio Sartorato, j. 18-12-2012), e R\$ 20.000,00 (Primeira Câmara de Direito Civil. AC n. 2008.047144-7, de Balneário Camboriú, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 27-9-2011).

Diante de tal quadro, e levando-se em consideração os citados princípios da proporcionalidade e razoabilidade e as circunstâncias do caso concreto, aos quais se soma o caráter pedagógico da compensação pelo abalo anímico, entende-se adequada a manutenção do valor indenizatório fixado pelo Juízo a quo no montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de danos morais para a autora, valor que se coaduna com a natureza dos danos experimentados e com aqueles arbitrados contemporaneamente em lides da espécie, sem significar a ruína econômico-financeira do réu, ou, por outro lado, o enriquecimento sem causa da demandante.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

É o voto.



**Apelação Cível n. 0005913-43.2012.8.24.0019**

Relator: Desembargador Substituto Carlos Roberto da Silva

**APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À ARREMATACÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.**

**INSURGÊNCIA DA EMBARGANTE.**

PRAZO PARA A OPOSIÇÃO DE EMBARGOS QUE SE INICIA DE FORMA AUTOMÁTICA APÓS A LAVRATURA DO AUTO DE ARREMATACÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 694 E 746 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. EXTEMPORANEIDADE DOS EMBARGOS MANIFESTA.

TESE DE ALIENAÇÃO JUDICIAL POR PREÇO VIL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ANÁLISE NECESSÁRIA. BENS ARREMATADOS EM IMPORTÂNCIA INFERIOR À METADE DO VALOR DA AVALIAÇÃO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE DEVEM SER LEVADAS EM CONSIDERAÇÃO PARA O DESLINDE DO FEITO. ALIENAÇÃO JUDICIAL DE JAZIDOS. BENS DE DIFÍCIL COMERCIALIZAÇÃO E DE DEMOROSO RETORNO FINANCEIRO. ADEMAIS, ÚNICO LANCE OFERTADO POR EMPRESA FUNERÁRIA EM SEGUNDO LEILÃO, SENDO QUE O PRIMEIRO RESTOU NEGATIVO POR AUSÊNCIA DE LICITANTES. ACEITAÇÃO DO IMPORTE PELO CREDOR NA OCASIÃO. TOGADO DE ORIGEM QUE SE ENCONTRA MAIS PRÓXIMO DO CONTEXTO SOCIAL DO LOCAL EM QUE SE SITUA OS BENS E APRESENTOU OS FUNDAMENTOS PELOS QUAIS A ALIENAÇÃO JUDICIAL NÃO FOI CONSIDERADA COMO AVILTANTE. PREÇO VIL NÃO CONFIGURADO NO CASO EM ESTUDO. EXCEPCIONALIDADE ADMITIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E POR ESTA CORTE. SENTENÇA MANTIDA.

“Dada a inexistência de critérios objetivos na conceituação de preço vil, repudiado pelo nosso direito para que não haja locupletamento do arrematante à causa do devedor, certo é que o mesmo fica na dependência, para a sua caracterização, de circunstâncias do caso

concreto, no qual peculiaridades podem permitir uma venda até mesmo inferior à metade do valor em que foram avaliados os bens” (STJ, REsp n. 166.789/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21-9-1998).

#### RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0005913-43.2012.8.24.0019, da comarca de Concórdia (2ª Vara Cível), em que é Apelante SB Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Apelado Alcione Irineu Burin.

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. Guilherme Nunes Born, presidente com voto, e a Exma. Desa. Subs. Bettina Maria Maresch de Moura.

Florianópolis, 7 de maio de 2018.

Carlos Roberto da Silva  
RELATOR

#### RELATÓRIO

SB Empreendimentos Imobiliários Ltda. interpôs recurso de apelação contra sentença que rejeitou os embargos opostos pela apelante por ocasião da arrematação de “21 (vinte e um) jazidos Standard (JS), (...) localizados na superquadra ‘A’, da quadra ‘A’, do denominado Parque Concórdia”, avaliados em R\$ 143.661,00 (cento e quarenta e três mil seiscentos e sessenta e um reais) e arrematados pela Funerária Concórdia Ltda. na importância de R\$ 52.500,00 (cinquenta e dois mil e quinhentos reais) (fls. 40-41).

Em suas razões recursais (fls. 47-53) a embargante assevera que “o próprio juízo reconhece que o valor da arrematação é inferior a 50% do valor da avaliação, correspondeu a 36,54% do valor dos bens leiloados, valor ínfimo se comparado ao da avaliação” [sic].

Aduz ainda que os jazigos possuem liquidez e possibilidade de venda pelo valor real da avaliação, pois o próprio exequente apresentou interesse em adjudicar os bens.

Com base em tais argumentos, postula a reforma da sentença vergastada para que seja declarada a nulidade da arrematação.

Certificado o decurso do prazo sem apresentação de contrarrazões (fl. 65), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Este é o relatório.

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que rejeitou os embargos opostos em arrematação efetivada nos autos da carta precatória de venda n. 019.11.002949-4.

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se da apelação interposta.

De início, destaca-se que a decisão recorrida foi publicada quando ainda vigente o Código de Processo Civil de 1973, motivo pelo qual a referida norma processual norteará a presente decisão, por incidência do princípio *tempus regit actum* (teoria do isolamento dos atos processuais), nos moldes do art. 1.046 do novo Código de Ritos.

*Prima facie*, cumpre anotar que os embargos foram apresentados de forma extemporânea. Nesse passo, dispõem os arts. 694 e 746 do CPC/1973, *in verbis*:

Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.

Art. 746. É lícito ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora, aplicando-se, no que couber, o disposto neste Capítulo.

Da interpretação conjugada dos referidos dispositivos, visualiza-se que o prazo para se opor ao ato de arrematação, que é de 5 (cinco) dias, flui de forma automática, a partir da assinatura do respectivo auto, sem a necessidade de intimação das partes.

Sobre o tema, Araken de Assis ensina:

[...] O art. 746, *caput*, fixa em cinco dias o prazo para os embargos contra a adjudicação, a alienação por iniciativa particular e a arrematação. E, ainda, resolveu o problema do termo inicial: o prazo fluirá a partir da assinatura do auto de adjudicação (art. 685-B, *caput*), do termo de alienação (art. 685-C, § 2º) e do auto de arrematação (art. 694, *caput*). [...]

As vezes, há alguma demora na lavratura dos autos e do termo, em princípio assinados por ocasião do acordo de transmissão. Em tal hipótese, o prazo fluirá da data da efetiva assinatura do documento. Não há necessidade de qualquer intimação nesses casos. Logo, o executado se encontra gravado com o espinhoso ônus de controlar a data da efetiva assinatura dos autos e do termo que expressam o acordo de transmissão dos bens penhorados, após a intimação do art. 687, § 5º (*Manual da Execução*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1299).

Nesse sentido, colhe-se do entendimento desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À ARREMATACÃO. PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DOS EMBARGOS. LAVRATURA

DO AUTO. ARTIGOS 694 E 746 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/1973. De interpretação conjugada dos arts. 694 e 746 do CPC/1973, conclui-se ser de cinco dias, contados da lavratura do auto de arrematação, o prazo para oposição de embargos à arrematação (Apelação n. 0003378-76.2015.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubiali, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 18-8-2016).

E deste Órgão Fracionário:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. SENTENÇA DE REJEIÇÃO, DIANTE DE SUA EXTEMPORANEIDADE. RECURSO DOS EMBARGANTES. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA ARREMATAÇÃO DO BEM. DESNECESSIDADE. CAUSÍDICO DOS EMBARGANTES CIENTIFICADO A RESPEITO DAS DATAS DE REALIZAÇÃO DA HASTA PÚBLICA. PRAZO PARA EMBARGOS QUE SE INICIA, DE FORMA AUTOMÁTICA, APÓS A LAVRATURA DO RESPECTIVO AUTO. EXEGESE DOS ARTIGOS 694 E 746 DO CPC/73. INTEMPESTIVIDADE MANIFESTA. (...) (Apelação Cível n. 0001896-91.2009.8.24.0043, de Mondai, rel. Des. Bettina Maria Maresch de Moura, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 19-2-2018).

No caso em estudo, uma vez que a arrematação ocorreu na data de 7-12-2011, é manifesta a intempestividade dos embargos, que foram opostos somente em 13-8-2012 (fl. 2). Salienta-se que a recorrente, embora não tenha presenciado o leilão, fora devidamente intimada acerca da data em que ocorreria o ato expropriatório (fls. 27-28 e 32). Todavia, permaneceu inerte por alguns meses antes de apresentar oposição à arrematação, circunstância que, como visto, acarretou a extemporaneidade dos presentes embargos.

Não obstante tal circunstância, percebe-se que a única tese exordial (repisada em grau recursal) compreende matéria de ordem pública (arrematação por preço vil). É o que defende, a propósito, Arruda Alvim, em comentários ao art. 746 do CPC/1973:

O “preço vil” é assunto que o juiz deve examinar de ofício, prescindindo, portanto, da iniciativa do executado. (...) Realizada a alienação, e desejando o devedor impugná-la, cabem embargos à arrematação (art. 746 do CPC) e, a qualquer tempo, ação anulatória (ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.313/1.314).

Dito isso, por se tratar de questão de ordem pública, a qual poderia ter sido abordada por simples petição e analisada até mesmo de ofício, impõe-se a sua apreciação, ficando por isso superada a barreira processual relativa à intempestividade dos embargos.

Pois bem. Sustenta a apelante que os jazigos foram arrematados por valor inferior à metade ao da avaliação, o que configuraria preço irrisório e acarretaria a declaração de nulidade do leilão. Destaca ainda que, ao contrário do que entendeu o Magistrado de origem, os bens arrematados apresentam possibilidade de lucro em valor igual ao da avaliação, porquanto o próprio apelado apresentou interesse em adjudicá-los.

Adianta-se, contudo, que embora seja fato incontroverso que a arrematação tenha realmente ocorrido por valor inferior à metade da avaliação, (o valor da avaliação foi de R\$ 143.661,00 e a arrematação ocorreu por R\$ 52.500,00, o que representa o patamar de 36,54%), as particularidades do caso concreto não permitem reconhecer que a alienação judicial se pautou em preço aviltante, de modo a provocar a nulidade daquele ato, conforme se fundamentará.

No caso vertente, vislumbra-se que nos autos da carta precatória de venda n. 019.11.002949-4 houve a designação de leilão no dia 23-11-2011, não tendo comparecido nenhum licitante (fl. 33 dos autos em apenso). Posteriormente, no segundo leilão realizado, registrou-se um único lance por parte da Funerária Concórdia Ltda., no valor de R\$ 52.500,00 (cinquenta e dois mil e quinhentos reais), ocasião em que se

lavrou o auto de arrematação dos bens em seu favor, ficando consignada a seguinte observação: “Aceitou-se o lance vil na presença do credor, pois são bens de difícil comercialização e retorno financeiro demorado” (fls. 34-35).

É de salientar que a arrematação de bem por preço vil é condenada de forma imperativa na legislação processual civil, sendo causa de desfazimento do ato, conforme disposição dos arts. 692, *caput*, e 694, § 1º, V, do CPC/1973, segundo os quais:

Art. 692. Não será aceito lance que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil.

Art. 694, § 1º. A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito:

V - quando realizada por preço vil (art. 692).

Como assentado na doutrina, “preço vil” trata-se de “conceito a ser definido no caso concreto, buscando-se a devida proporção entre os dois princípios em conflito: o da economia (art. 620 do CPC) e o da efetividade da tutela judiciária” (ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.314)

Embora a vileza do preço da arrematação de bem constritado deva ser aferida no caso *in concreto*, consolidou-se na jurisprudência o entendimento de que é considerado vil quando não alcança sequer 50% do valor da avaliação, critério que, inclusive, foi incorporado no artigo 891, parágrafo único, do CPC/2015.

Não é demasiado observar, todavia, que esta Corte, com respaldo na jurisprudência do STJ, admitiu, diante de determinadas peculiaridades, a arrematação por valor inferior a 50% (cinquenta por cento) ao da avaliação.

Nesse sentido, é do Tribunal da Cidadania:

Esta Corte, em regra, tem considerado preço vil o inferior a 50% do valor da avaliação do bem (REsp nº 556.709/MT; REsp nº 448.575/MA; REsp nº 555.809/MG; AgRg nos EDcl no Ag nº 454.124/SP; AgRg no REsp nº 347.327/SP). No entanto, “dada a inexistência de critérios objetivos na conceituação do preço vil, repudiado pelo nosso direito para que não haja locupletamento do arrematante à causa do devedor, certo é que o mesmo fica na dependência, para a sua caracterização, de circunstâncias do caso concreto, no qual peculiaridades podem permitir uma venda até mesmo inferior à metade do valor em que foram avaliados os bens” (REsp nº 166.789/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 21.9.1998).

E desta Corte:

ARREMATÇÃO QUE, LEVADA EM CONSIDERAÇÃO A ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DA AVALIAÇÃO, NA FORMA PROPUGNADA PELA RECORRENTE, REPRESENTARIA 46,50% DO VALOR DO BEM -PECULIARIDADES DO CASO EM CONCRETO - TOGADO A QUO QUE SE ENCONTRA MAIS PRÓXIMO DO CONTEXTO SOCIAL DO LOCAL EM QUE SE SITUA O BEM E QUE APRESENTOU, NO SEU JULGADO, OS MOTIVOS PELOS QUAIS A ALIENAÇÃO JUDICIAL NÃO SE CONFIGURARIA COMO AVILTANTE - ADEMAIS, VALOR DA ARREMATÇÃO QUE ALCANÇA, PRATICAMENTE, METADE DO PREÇO DO BEM DEVIDAMENTE ATUALIZADO - PREÇO VIL NÃO CONFIGURADO - PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA E DO C. STJ (AC n. 2009.049615-0, de Papanduva, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. 19-4-2011).

E também:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA - ALEGAÇÃO DE QUE OS BENS PENHORADOS FORAM ARREMATADOS POR PREÇO VIL - ARREMATÇÃO PELO BANCO CREDOR EM SEGUNDO LEILÃO POR 40,48% DO VALOR DA AVALIAÇÃO - BRINQUEDOS - PARTICULARIDADES DO CASO - PREÇO VIL NÃO CARACTERIZADO - APELO PROVIDO. A caracterização do preço vil deve ser aferida a partir das peculiaridades de cada caso.



Nas circunstâncias do caso concreto, tratando-se de penhora de grande quantidade de brinquedos, a arrematação por montante equivalente a 40,48% do valor da avaliação não configura preço vil, haja vista que a instituição financeira arrematante terá que revendê-los para reaver seu crédito, certo de que deverá fazê-lo por valor inferior ao de mercado, a fim de atrair comerciante do ramo que se interesse na aquisição para comercializá-los (Apelação Cível n. 2004.030520-1, de Joinville, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 27-08-2009).

O caso dos autos se enquadra na referida excepcionalidade, porquanto, ainda que a venda tenha alcançado valor um pouco inferior à metade da avaliação (36,54%), não se pode olvidar que nas circunstâncias tal importe mostra-se compatível com a situação de dificuldade para uma oferta melhor, diante da ausência de outros interessados.

Tanto é assim que no primeiro leilão sequer houve a presença de licitantes, e no segundo apenas um único lance foi apresentado. Some-se a isto o fato de que os bens arrematados – representados por 21 (vinte e um) jazigos – constituem-se como produtos de difícil comercialização. Por evidente que não há pretensão de uma pessoa comum em adquirir essa quantidade de sepulcros para uso próprio (no total de 63, pois cada jazigo possui três caixas subterrâneas), destinando-se, portanto, tais bens, a empresas atuantes no respectivo ramo funerário.

Dáí se conclui que, ainda que tenha ocorrido a arrematação por valor inferior à metade da avaliação, deve ser levado em consideração que eventual desfazimento do ato jurídico e submissão dos bens à nova venda judicial não representaria garantia de melhor oferta e, ainda, certamente retardaria ainda mais a satisfação do credor, em benefício de quem a execução deve prosseguir, nos moldes do art. 612 do CPC/1973.

Ainda, o ato de anulação inevitavelmente causaria prejuízos à arrematante e igualmente aos adquirentes de boa-fé dos jazigos que porventura tivessem sido comercializados.

Não por outra razão que o Magistrado de origem – pessoa que está mais próxima às questões sociais do local onde os bens se situam – bem ponderou as circunstâncias pelas quais a arrematação, no seu entender, deveria ser mantida, consoante excerto que se colaciona e se utiliza, ainda que em parte, como razões de decidir (art. 150 do Regimento Interno do TJSC):

Apesar das razões invocadas pelo embargante, a realidade processual está a indicar a necessidade de manutenção da arrematação tal como lançada. A construção pretoriana que estipulou o preço vil como sendo inferior a 50% do valor da avaliação, no presente caso, deve ceder em favor da realidade. Ou se homologa a arrematação ou nada se cobra (fl. 41).

Nessa linha de raciocínio, evidencia-se que a arrematação não se operou por preço vil no caso em apreço, uma vez que está de acordo com o entendimento excepcional manifestado pelo STJ e por este Sodalício.

Por fim, é de ser afastada a tese da recorrente no sentido de que o bem poderia ter sido vendido pelo preço da avaliação, porquanto não há qualquer respaldo probatório para que assim se conclua, sabendo-se, ainda, que o ônus de produção dessa prova competia à apelante, por força do art. 333, I, do CPC/1973. Salienta-se, nesse ponto, que o interesse do apelado em adjudicar os bens se manifestou justamente pela dificuldade de comercialização dos jazigos, conforme se observa no teor de sua petição (fls. 58-59 dos autos em apenso).

Por tais razões, é de ser mantida incólume a sentença objurgada.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

**GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL****Agravo n. 0157826-27.2015.8.24.0000/50000, de Campos Novos**

Relator: Desembargador Rodolfo C. R. S. Tridapalli

AGRAVO INTERNO EM AÇÃO RESCISÓRIA. INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. ACÓRDÃO DA QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL QUE REFORMOU A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. RECONHECIMENTO DE ERRO MÉDICO. AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. ALEGAÇÃO DE QUE O ACÓRDÃO RESCINDENDO ESTÁ FUNDADO EM ERRO DE FATO. ART. 485, IX, DO CPC/1973 AVENTADA NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL NÃO REALIZADA. IMPRESCINDIBILIDADE DE ESCLARECER A PREMÊNIA DA EXTIRPAÇÃO DA VESÍCULA DA PACIENTE DURANTE O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE VAGOTOMIA + PIROLOPLASTIA EM DECORRÊNCIA DE ÚLCERA GÁSTRICA, SEM CONSENTIMENTO DA AGRAVADA OU DE ALGUM FAMILIAR, PARA SALVAGUARDAR A VIDA DA PACIENTE, EM VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE INEXISTE QUALQUER OUTRO ELEMENTO DE PROVA CAPAZ DE COMPROVAR QUE O MÉDICO AGIU COM CULPA NO ALUDIDO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA SOBRE O PONTO EM DISCUSSÃO E DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL A RESPEITO. ERRO DE FATO NÃO CONFIGURADO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA PARA SUSPENDER O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA MANTIDA. PROBABILIDADE DO DIREITO INEXISTENTE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA

IMPROCEDENTE. PRETENDIDA REAPRECIÇÃO DAS PROVAS E REDISCUSSÃO DO MÉRITO DECIDIDO. VIA INADEQUADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

“O cabimento da ação rescisória fundada no art. 485, IX, do Código de Processo Civil, pressupõe que o julgador rescindendo não tenha se pronunciado sobre fato erroneamente admitido ou não admitido, nem que sobre ele tenha havido controvérsia, o que não é o caso (STJ, AgRg no REsp 945.986/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 27-3-2012). É vedada na ação rescisória a reapreciação das provas produzidas ou a rediscussão sobre matéria devidamente apreciada pelo órgão julgador, porquanto o procedimento não tem caráter de recurso ordinário”. (TJSC, Ação Rescisória n. 2011.005094-4, de Pomerode, rel. Des. FERNANDO CARIONI, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. 09-05-2012).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo n. 0157826-27.2015.8.24.0000/50000, da comarca de Campos Novos 1ª Vara Cível em que é Agravante J. N. de L. M. e Agravada C. T. V.

A Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do Agravo Interno e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, a Exma. Sra. Desa. Cláudia Lambert de Faria, o Exmo. Sr. Des. Rubens Schulz, o Exmo. Sr. Des. André Carvalho, o Exmo. Sr. Des. André Luiz Dacol, a Exma. Sra. Desa. Rosane Portella Wolff, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, o Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, o Exmo. Sr. Des. Marcus Túlio Sartorato, o Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Brüning, o Exmo. Sr. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, o Exmo. Sr. Des. João Batista Góes Ulysséa, a Exma. Sra. Desa. Denise Volpato, o Exmo. Sr. Des. Ricardo

Fontes, o Exmo. Sr. Des. Joel Figueira Júnior, o Exmo. Sr. Des. Stanley Braga, o Exmo. Sr. Des. Saul Steil, o Exmo. Sr. Des. Sebastião César Evangelista e a Exma. Sra. Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros.

Florianópolis, 14 de março de 2018.

Desembargador RODOLFO C. R. S. TRIDAPALLI  
Relator

## RELATÓRIO

### Da Ação

Trata-se de Ação Rescisória proposta por J. N. de L. M. contra C. T. V., com fulcro no art. 485, IX, do CPC/1973, objetivando rescindir o acórdão proferido pela Quarta Câmara de Direito Civil, na Apelação Cível n. 2012.078252-5, sob o argumento de que a decisão colegiada se fundou em erro de fato, uma vez que não houve a realização da necessária prova pericial, bem como entende que não há nenhum outro elemento de prova (documental ou testemunhal) capaz de comprovar que tenha agido com negligência ou imperícia no procedimento cirúrgico (Vagotomia + Piroloplastia) realizado na Requerida capaz de atribuir-lhe responsabilidade civil por erro médico.

Esclarece que, mesmo após o Órgão Colegiado, em um primeiro momento, converter o julgamento da Apelação Cível n. 2012.078252-5 em diligência para a realização de prova pericial, determinando o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição, o Magistrado a quo, diante do não comparecimento da Requerida na data agendada para a realização do exame, muito embora os honorários periciais já tivessem sido depositados

em juízo, indeferiu a designação de novo dia e horário para a produção da aludida prova técnica, imprescindível para aferir a ocorrência de suposto erro médico, incorrendo em verdadeiro cerceamento de defesa.

Assevera que, com isso, a decisão da Quarta Câmara de Direito Civil pautou-se apenas no sentir dos julgadores, sem respaldo em qualquer técnica e literatura médica, razão pela qual o acórdão decorre de erro de fato resultante da falta da necessária realização de perícia médica e por isso deve ser rescindido.

Destaca que um magistrado não detém conhecimento técnico em medicina para afirmar se a conduta médica fora ou não equivocada, especialmente, se o próprio Conselho de Classe Médica estadual, no Processo Ético-Profissional n. 021/07, absolveu o Autor, por unanimidade, das acusações de ter incorrido em erro médico.

No mérito, discorreu sobre o quadro clínico da paciente, ora Requerida; explicou todo o procedimento cirúrgico de vagotomia; disse não ter incorrido em nenhuma das modalidades de culpa (negligência, imprudência e imperícia); frisou que não praticou ato ilícito algum e que utilizou a técnica adequada à enfermidade da paciente, a fim de afastar o nexos de causalidade e, assim, qualquer responsabilidade civil pelo suposto dano sofrido pela Requerida; por fim, afastou a ocorrência de dano moral.

Requeru a concessão de tutela antecipada, com o intuito de suspender a execução da sentença nos autos n. 0000033-61.2007.8.24.0014/02 e n. 0000033-61.2007.8.24.0017/03, em trâmite na 1ª Vara Cível na Comarca de Campos Novos, uma vez que já houve a realização de atos constritivos como o bloqueio de valores em conta bancária de titularidade do Requerente.

Postulou, por fim, seja julgada procedente a presente ação, rescindindo-se o acórdão vergastado e determinando-se a realização de nova perícia.

O pleito de antecipação de tutela foi indeferido, por meio de decisão monocrática de relatoria do Des. ALEXANDRE D'IVANENKO, sob o argumento de que “não se trata de sentença fundada em erro de fato, mas sim de interpretação desfavorável aos seus interesses, o que não autoriza o deferimento da tutela provisória satisfativa almejada, por ausência de plausibilidade do direito invocado” (fls. 1.211-1.217).

Devidamente citada (fl. 1.244), C. T. V. apresentou contestação, defendendo o não cabimento da Ação Rescisória, pois, segundo ela, não cabe rediscutir a questão probatória, ainda mais, se houve pronunciamento judicial sobre a controvérsia (fls. 1.245-1.257).

Sobre a contestação, manifestou-se o Autor às fls. 1.284-1.287.

Às fls. 1.289-1.296, o Requerente deduziu novo pleito de tutela provisória, de natureza cautelar, almejando, mais uma vez, a suspensão da fase de Cumprimento de Sentença (Autos n. 0000453-17.2017.8.24.0014), decorrente da Ação Indenizatória n. 014.07.000033-0, em que já há ordem judicial de bloqueio de valores no montante da condenação, a ser efetivada nas contas bancárias de titularidade do Autor.

Ato posterior, às fls. 1.298-1.302, o pedido de tutela provisória foi por mim indeferida, pelas mesmas razões que fundamentaram a decisão anterior, de lavra da relatoria do Des. ALEXANDRE D'IVANENKO. Além disso, na oportunidade, ordenei a intimação do Autor para se manifestar sobre o cabimento da presente Ação Rescisória, o que foi atendido às fls. 1.305-1.308.

Contudo, irresignado com o indeferimento da tutela de urgência, o requerente interpôs Agravo Interno, aduzindo, em síntese, que a Ação Rescisória em tela não visa discutir tese já enfrentada, mas, sim, objetiva a realização de perícia para esclarecer a premência ou não da retirada imediata da vesícula, no momento da realização da vagotomia, a fim de salvaguardar a vida da paciente, situação que permitiria o profissional médico fazê-lo sem a devida autorização. Alega que, sem a realização

da prova técnica, teve sua defesa cerceada. Justifica estar configurado o perigo da demora e ao resultado útil do processo, porquanto a fase executória encontra-se bem avançada e teme não conseguir reaver os valores constrictados em sua conta bancária. Requer, por fim, a reforma da decisão monocrática (fls. 1.310-1.317).

Vieram, em seguida, os autos conclusos.

É o relatório.

## VOTO

### **I – Do direito intertemporal**

Não obstante o Código de Processo Civil de 2015 tenha aplicabilidade imediata desde 18/03/2016, nos termos de seus artigos 1.045 e 1.046, registra-se, por oportuno, que a análise das espécies se dá sob a égide do Código Buzaid, seja por sua vigência à época em que proferida a decisão sob exame (18/11/2014 – fl. 146), seja por aquele diploma não compreender efeito retroativo (LINDB, artigo 6º, § 1º).

A propósito, sobre o tema, aponta-se da jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. INAPLICABILIDADE ÀS AÇÕES EM TRÂMITE. NORMA PROCESSUAL. ART. 1.211 DO CPC. “TEORIA DOS ATOS PROCESSUAIS ISOLADOS”. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM.

[...] 4. Ocorre que, por mais que a lei processual seja aplicada imediatamente aos processos pendentes, deve-se ter conhecimento que o processo é constituído por inúmeros atos. Tal entendimento nos leva à chamada “Teoria dos Atos Processuais Isolados”, em que cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar



qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do Princípio tempus regit actum. Com base neste princípio, temos que a lei processual atinge o processo no estágio em que ele se encontra, onde a incidência da lei nova não gera prejuízo algum à parte, respeitando-se a eficácia do ato processual já praticado. Dessa forma, a publicação e entrada em vigor de nova lei só atingem os atos ainda por praticar, no caso, os processos futuros, não sendo possível falar em retroatividade da nova norma, visto que os atos anteriores de processos em curso não serão atingidos. [...] (REsp 1404796/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 26/03/2014).

## II – Uma introdução ao caso concreto

Pretende, pois, o Agravante rescindir o acórdão da Apelação Cível n. 2012.078252-5, julgada, por unanimidade, pela Quarta Câmara de Direito Civil, em voto da relatoria do Des. JORGE LUIS COSTA BEBER, que deu parcial provimento ao recurso de Apelação interposto pela parte contrária C. T. V. para reconhecer a existência de falha na prestação dos serviços médicos, por inobservância ao dever de informação e do consentimento da paciente para a retirada de vesícula, no que toca à provável imprevisibilidade do ato ou de que a extirpação se faria necessária por iminente risco de morte (fls. 1.187-1.204), resultando assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PACIENTE SUBMETIDA À VAGOTOMIA + PILOROPLASTIA EM VIRTUDE DE ÚLCERA GÁSTRICA. NECESSIDADE DE OUTROS DOIS PROCEDIMENTOS COMO CONSEQUÊNCIA DAS COMPLICAÇÕES POSTERIORES AO ATO CIRÚRGICO, QUE CULMINOU COM A RETIRADA DO ESTÔMAGO. ALEGAÇÃO DE ERRÔNEA PRÁTICA MÉDICA ESTEADA EM DOIS FUNDAMENTOS: (1) CORTE DOS NERVOS DO ESTÔMAGO, FULMINANDO SUA ADEQUADA FUNCIONALIDADE,

COM CONSEQUÊNCIAS GRAVES PARA DEMANDANTE; (2) RETIRADA DA VESÍCULA SEM REAL NECESSIDADE. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA INSUFICIENTE. BAIXA DOS AUTOS À ORIGEM, NOS TERMOS DO ART. 116 DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE, PARA REALIZAÇÃO DO EXAME PERICIAL, FRUSTRADO PELA AUSÊNCIA DA AUTORA. PROVA TESTEMUNHAL, ALUSIVAMENTE À VAGOTOMIA TRONCULAR E PIROLOPLASTIA, APONTANDO A CORREÇÃO DO PROCEDIMENTO, ACEITO PELA DOUTRINA MÉDICA. FACULTATIVO QUE LOGROU ÊXITO EM DEMONSTRAR A AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO OU PRÁTICA GROSSEIRA. AUTORA QUE, AO REVERSO, NÃO PRODUZIU PROVA CAPAZ DE DERRUIR TAL CONCLUSÃO. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. Se o facultativo agiu com zelo e precauções, não implementando nenhuma prática grosseira ou destoante da ortodoxia médica recomendada para a situação clínica que lhe apresentava, não há que ser proclamada a hipótese de erro passível de gerar qualquer pleito indenizatório. RETIRADA DA VESÍCULA NO PROCEDIMENTO REALIZADO PELO ACIONADO. EXAME DE IMAGEM REALIZADO NO SEXTO DIA QUE ANTECEDEU O ATO CIRÚRGICO QUE CONSTATOU A HIGIDEZ DO ÓRGÃO. MÉDICO QUE ALEGA TER CONSTATADO A NECESSIDADE DA EXTIRPAÇÃO DURANTE A CIRURGIA. AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE A PACIENTE FOI INFORMADA DE TAL POSSIBILIDADE, DE QUE SE TRATAVA DE ATO IMPREVISÍVEL OU DE QUE A RETIRADA SE FEZ NECESSÁRIA POR IMINENTE RISCO DE MORTE. OFENSA AO DEVER DE INFORMAR RECONHECIDO. CULPA NA MODALIDADE NEGLIGÊNCIA. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. DECISÃO REFORMADA NO PONTO. REDISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Ajustada, na relação médico/paciente, cirurgia de eleição para determinado tipo de procedimento, constatando-se, após, que a atuação do facultativo foi além do que previamente convencionado, ocorrendo a extração de órgão cuja possibilidade não foi previamente informada, tampouco demonstrado que tal fato era imprevisível ou que a aludida prática se fez necessária para evitar risco

de morte oriundo de intercorrência observada no ato cirúrgico, é de ser reconhecida a existência de falha na prestação dos serviços, por inobservância ao dever de informação e consentimento do paciente. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.078252-5, de Campos Novos, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 05-02-2015).

Nesse passo, o Colegiado reformou a sentença de primeiro grau para reconhecer a culpa do médico requerido, na modalidade de negligência, no que tange à retirada da vesícula, assentando, em corolário, o dever de indenizar o abalo anímico ocasionado. Para tanto, estimou a fixação do ressarcimento no valor de R\$ 20.000,00 pelo dano moral sofrido pela ora Agravada.

Consta do caderno processual, que, em seguida, a Recorrida deflagrou a fase de cumprimento de sentença (Autos n. 0000453-17.2017.8.24.0014) e com o firme intuito de evitar os atos constritivos decorrentes do avanço do trâmite processual da execução, o Recorrente, por duas vezes, postulou a concessão de tutela provisória para suspender o processo executório, contudo, em ambas as ocasiões, não obteve o êxito almejado.

Da última decisão monocrática, de minha relatoria, que não acolheu o pedido de tutela cautelar de urgência, o Autor interpôs o presente Agravo Interno, objetivando a reforma do decisum para suspender o cumprimento de sentença (Autos n. 0000453-17.2017.8.24.0014), decorrente da Ação Indenizatória n. 014.07.000033-0, em que já há ordem judicial de bloqueio de valores no montante da condenação, a ser efetivada nas contas bancárias de titularidade do Autor, de restrição de veículos de sua propriedade, bem como de protesto da decisão judicial condenatória, inserindo o nome do Agravante nos cadastros negativos de crédito.

### **III – Do julgamento do Agravo Interno e da Ação Rescisória**

Devido à matéria de fundo estar intimamente relacionada às

hipóteses de cabimento da Ação Rescisória no caso concreto, decidirei em conjunto o Agravo Interno e a Ação Rescisória.

Dito isso, na minha convicção a decisão hostilizada deve ser mantida e o recurso de Agravo Interno improvido.

Explico.

Na decisão monocrática recorrida de fls. 1.298-1.302 este Relator reconhece que para provar que a extirpação da vesícula se fez necessária por iminente risco de morte da paciente ou de que se tratava de ato imprevisível, imprescindível seria a realização de perícia médica, justamente para justificar a falta do dever de informação à Agravada/Requerida ou aos seus familiares acerca do procedimento cirúrgico que se revelou fundamental à salvaguarda de sua vida.

Contudo, há questão processual intransponível que impede de adentrar-se na discussão do mérito da Ação Rescisória, relacionada à configuração de um dos fundamentos de rescindibilidade, arrolados no art. 485 do CPC/1973, cujas hipóteses são *numerus clausus*, ou seja, o feito “somente se revela cabível se estiver configurada uma das hipóteses previstas no art. 485 do CPC” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, José Carneiro da. Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. vol. 3. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 364). .

Por isso, no aludido decisum entendeu-se não estar presente a verossimilhança das alegações, ou melhor, a probabilidade do direito, em que pese o Agravante já esteja sofrendo os efeitos inerentes à fase de cumprimento de sentença, a qual acredita ele ter sido injusta, pois na sua concepção, agiu com a diligência necessária que o procedimento cirúrgico exigiu, não incorrendo em erro médico.

Consta dos autos que o Agravante propôs a Ação Rescisória com espeque no art. 485, IX, do CPC/1973 (vigente à época), fundada

em erro de fato, sob o argumento de que não houve a realização da necessária prova pericial, muito embora tenha sido depositado o valor dos honorários periciais, bem como não há nenhum outro elemento de prova (documental ou testemunhal) capaz de comprovar que tenha agido com negligência ou imperícia no procedimento cirúrgico realizado na Requerida capaz de atribuir-lhe responsabilidade civil por erro médico.

Compreende que o indeferimento do pedido de designação de nova data para a realização da prova técnica pelo Magistrado a quo inviabilizou a análise coerente do mérito da causa pela Quarta Câmara de Direito Civil, mas que mesmo assim, o condenou o Recorrente ao pagamento de danos morais à Agravada em decorrência do erro médico por si perpetrado. Entende que a decisão é extremamente injusta e decorre de uma sucessão de erros praticados pelo Judiciário, os quais devem ser sanados, para a efetivação da justiça.

Pois bem.

A Ação Rescisória afigura-se cabível para rescindir uma decisão de mérito transitada em julgado, desde que ajuizada no prazo decadencial de dois anos e esteja configurada uma das hipóteses de cabimento arroladas no art. 485 do CPC/1973 (vigente à época).

Neste caso, o acórdão rescindendo transitou em julgado em data de 27/02/2015 (fl. 69) e a presente Ação Rescisória foi ajuizada em 10/12/2015 (fl. 02), ou seja, dentro do prazo decadencial de dois anos.

Pertinente às hipóteses de cabimento, tem-se que o presente feito, por sua vez, está baseado em erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa, segundo previsão do art. 485, IX, do CPC/1973. Para que se configure o erro de fato, é preciso existir a conjugação de vários pressupostos, de acordo com a sistematização de Barbosa Moreira citado por FREDIE DIDIER JÚNIOR e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA:

a) Que a sentença nela seja fundada, isto é, que sem o erro de fato a conclusão do juiz houvesse de ser diferente. É necessário “que a sentença esteja baseada em erro de fato”, ou seja, “o erro deve ser a causa da conclusão a que chegou a sentença”; “é necessária a existência de nexo de causalidade entre o erro de fato e a conclusão do juiz prolator do decisum rescindendo”;

b) Que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente;

c) Que “não tenha havido controvérsia “ sobre o fato (CPC, art. 485, § 2º);

d) Que sobre o erro de fato não tenha havido “pronunciamento judicial” (CPC, art. 485, § 2º). Em outras palavras, o juiz, no erro de fato, supõe ou imagina que um fato existiu, quando, na verdade, nunca ocorreu ou vice-versa. O juiz, no erro de fato, não se pronuncia sobre o fato; supõe ou imagina tenha existido o fato inexistente ou vice-versa (in Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. vol. 3. 9ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 426).

Trata-se, pois, o erro de fato “de uma suposição inexata, de um erro de percepção ou de uma falha que escapou à vista do juiz, ao compulsar os autos do processo, relativo a um ponto incontroverso” (op. cit., p. 427).

Diante disso, para que se configure o erro de fato, apto a ensejar a rescisão do julgado, faz-se necessária, então, a presença dos seguintes pressupostos: que a sentença esteja embasada no erro de fato; que o erro

possa ser apurado independentemente da produção de novas provas; e que sobre o fato não tenha havido controvérsia entre as partes, tampouco pronunciamento judicial.

A configuração de erro de fato, no caso concreto, como se pode observar, destoa do conceito doutrinário, pois, aqui, não houve erro de percepção ou se tratou de alguma falha que escapou ao conhecimento do juiz, relativo a ponto incontroverso. Muito pelo contrário, houve grande controvérsia judicial sobre o ponto em discussão, qual seja, se a extirpação da vesícula se fez necessária por iminente risco de morte da paciente ou de que se tratava de ato imprevisível e imprescindível para embasar a falta do dever de informação.

Justamente, a existência de erro médico era controversa e sobre ela houve ampla discussão, inclusive, no que toca ao dever do profissional da medicina informar ao paciente, se possível, ou aos seus familiares, sobre a necessidade de extirpação de algum órgão ou membro que se fazia necessário para salvaguardar a vida daquele, no momento da realização do procedimento cirúrgico, in casu, da vesícula, que nos seis dias antecedentes, um exame revelou a higidez do órgão e a desnecessidade de sua eventual retirada.

Veja-se do acórdão rescindendo (fls. 50-62):

Quanto ao segundo fundamento fático da causa de pedir, ou seja, a desnecessidade da retirada da vesícula, observo que, na resposta, o demandado afirmou que ao realizar o procedimento cirúrgico constatou que a vesícula encontrava-se hidrópica, com colecistite alitiásica.

Pois bem, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.246/88 (vigente na época dos fatos), dispunha ser vedado ao médico: “Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida” (art. 46, grifos meus).

O réu defende que foi necessária a colecistectomia porque, como a vesícula apresentava-se hidrópica, com mais de 14 cm de comprimento, avolumada, com paredes translúcidas, micro-cálculos e lama-biliar, atrapalhava na abordagem da região pilórica, e para evitar complicação pós-operatória.

Sucedeu que a cirurgia foi realizada no dia 20.07.2006 e, seis dias antes, a demandante submeteu-se a exame de imagem que constatou “vesícula biliar tópica, com paredes lisas e regulares e conteúdo anecóico” (fls. 216). Outrossim, inexistiu no autuado qualquer prova no sentido de que o médico teria informado a paciente sobre eventual necessidade de retirada da vesícula na hipótese desta vir a interferir no campo cirúrgico, tampouco de que não havia como antever tal possibilidade, ou de que a situação implicasse risco de morte à paciente.

Destarte, a meu sentir, o fato do médico ter retirado um órgão da autora sem o seu consentimento ou autorização de algum familiar, não se tratando de hipótese envolvendo “imminente perigo de vida”, revela que ele não agiu com a cautela que se esperava, ferindo o dever de informação, inerente às relações de consumo.

É inegável que na relação médico-paciente, sobretudo ao limiar de algum procedimento cirúrgico, o paciente deve ter absoluta autonomia de escolha, devendo ser bem informado sobre a terapia recomendada e os riscos que dela dimanam ou, ainda, sobre a existência de algum tratamento alternativo. Somente assim será viabilizado o adequado consentimento, com preservação da boa-fé, que deve ornar toda e qualquer relação contratual. Aliás, se o Código Civil, ao tratar dos direitos da personalidade, disciplina em seu art. 15 que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, tal regra, com os temperamentos necessários, deve, por analogia, sempre pontuar as relações entre médicos e pacientes, com exceção, obviamente, dos procedimentos emergenciais que visam



exatamente salvar a vida.

Diante deste contexto, considerando que houve a inversão do ônus da prova e que o facultativo não logrou êxito em demonstrar a imperiosa necessidade da retirada do órgão sendo certo que tal fato poderia ser provado independentemente do exame pericial, até porque o louvado não teria como afirmar, através de simples exame físico, se a extirpação se fazia ou não necessária, tampouco que informou a paciente sobre tal possibilidade, obtendo a respectiva autorização, estou em reconhecer a prática de ato ilícito, na modalidade da negligência, justo que, como alhures destacado, não atendeu ao dever de informação.

Em corolário, deve ser reconhecido o abalo extrapatrimonial in re ipsa em virtude da ofensa aos direitos da personalidade, pois a autora, ao submeter-se a uma cirurgia para correção de úlcera (vagotomia + piloroplastia), teve sua vesícula retirada sem prévia autorização e sem restar evidenciada a necessidade ou a urgência da medida.

[...]

Diante deste cenário, estou em reformar a sentença singular, para reconhecer a culpa do médico requerido, na modalidade da negligência, no que tange à retirada da vesícula, assentando, em corolário, o dever de indenizar o abalo anímico ocasionado

Dessume-se dos autos, que o médico, em momento algum, informou à paciente que o órgão extirpado poderia atrapalhar o campo de visão do procedimento de vagotomia + piroloplastia em virtude da úlcera gástrica, da qual era acometida a Agravada.

De fato, sequer o iminente perigo de vida, necessário para fundamentar a extirpação do órgão, resultou evidenciado na hipótese dos autos.

Por isso acompanhei o entendimento do Relator anterior, Des. ALEXANDRE D'IVANENKO, quando concluiu às fls. 1.211-1.217,

que não há qualquer erro de fato que justifique o deferimento da tutela de urgência pleiteada, uma vez que, segundo se vislumbra da decisão rescindenda, “houve pronunciamento expresse acerca da responsabilidade civil do médico e do ônus de prova no tocante à falta de consentimento da paciente ou situação excepcional que colocasse sua vida em risco com a retirada da vesícula” (fl. 1.215).

Com relação a este último argumento do acórdão, entendo, como dito anteriormente, que para provar tal situação excepcional, nada mais adequado seria do que a realização de perícia, contudo, considerando que a Ação Rescisória não serve para revolver o arcabouço probatório, nem para se manifestar sobre tese já enfrentada, “com o desiderato de discutir-se eventual injustiça do pronunciamento” (fl. 1.217) não há se falar em erro de fato, haja vista que segundo a dicção dos §§ 1º e 2º do art. 485 do CPC/1973, “há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido”, sendo “indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

Rematou o Des. ALEXANDRE D’IVANENKO, conclusão com a qual comungo, que não se trata realmente de sentença fundada em erro de fato, “mas sim de interpretação desfavorável aos seus interesses” (fl. 1.217), desse modo ausente o requisito da verossimilhança das alegações, motivo pelo qual deve ser mantido o indeferimento do pedido de concessão da tutela provisória almejada.

Importante registrar ainda que a “suposta injustiça da decisão, bem por isso, não dá azo ao ajuizamento nem ao acolhimento da ação rescisória” (op. cit., p. 428).

O entendimento até então delineado coaduna-se com a jurisprudência deste Tribunal de Justiça, acerca do cabimento da Ação Rescisória fundada em erro de fato:

**AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS**

MATERIAIS E MORAIS JULGADA IMPROCEDENTE. ACÓRDÃO DA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL CONFIRMANDO A SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO FORAM CONSIDERADOS FATOS CAPAZES DE DETERMINAR UM RESULTADO DIVERSO PARA A AÇÃO. EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA ENTRE AS PARTES E PRONUNCIAMENTO JUDICIAL SOBRE A MATÉRIA. ERRO DE FATO. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENDIDA REAPRECIÇÃO DO CADERNO PROBATÓRIO E REDISCUSSÃO DO MÉRITO DECIDIDO. VIA INADEQUADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. “O cabimento da ação rescisória fundada no art. 485, IX, do Código de Processo Civil, pressupõe que o julgado rescindendo não tenha se pronunciado sobre fato erroneamente admitido ou não admitido, nem que sobre ele tenha havido controvérsia, o que não é o caso” (STJ, AgRg no REsp 945.986/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 27-3-2012). É vedada na ação rescisória a reapreciação das provas produzidas ou a rediscussão sobre matéria devidamente apreciada pelo órgão julgador, porquanto o procedimento não tem caráter de recurso ordinário. (TJSC, Ação Rescisória n. 2011.005094-4, de Pomerode, rel. Des. FERNANDO CARIONI, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. 09-05-2012).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSUAL CIVIL. INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. FATO INEXISTENTE CONSIDERADO EXISTENTE PELO JUIZ (CPC, ART. 485, IX E § 1º). INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RESCINDENDO MANTIDO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DA AUTORA. NÃO CONFIGURAÇÃO. FALTA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 17 DO CPC. A ação rescisória não é o meio apropriado para analisar o acerto ou desacerto da interpretação dada aos fatos pelo julgador; tampouco presta-se ao reexame da prova produzida ou à sua complementação. Assim, ausente qualquer das hipóteses autorizadoras da desconstituição do julgado, entre as previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil, impõe-se a improcedência do pedido rescisório. Para a configuração da lide temerária do artigo 17 do Código de Processo Civil, é necessária a presença concomitante dos elementos objetivo e subjetivo: o primeiro deles insere-se no dano processual e requer a comprovação do prejuízo efetivo causado à parte

contrária com a conduta injurídica do litigante de má-fé; o segundo consubstancia-se no dolo ou culpa grave da parte maliciosa, cuja prova deve ser produzida nos autos, não podendo ser aquilatada com base na presunção. (TJSC, Ação Rescisória n. 2009.025377-0, de Camboriú, rel. Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. 10-03-2010).

Nesse desiderato, bem porque a Ação Rescisória não se mostra o meio adequado para se apreciar o acerto ou desacerto da interpretação dada aos fatos pelo julgador, servindo como sucedâneo recursal, tampouco serve ao reexame da prova produzida ou de sua complementação, como por exemplo, para atender ao objetivo do Recorrente/Autor em realizar a prova pericial não efetivada durante a instrução processual ou quando determinada pela Quarta Câmara de Direito Civil, no julgamento de fls. 1.143-1.147, é que se entende incabível a presente demanda.

Isso porque, quando decorreu o indeferimento do pedido de designação de nova data para a realização da perícia médica pelo Magistrado a quo, determinando-se o retorno dos autos a superior instância (fls. 1.175-1.176), em desatendimento àquilo que foi ordenado por esta Corte de Justiça, por meio de seu Órgão Fracionário, poderia o Recorrente ter se insurgido desta decisão, na época, por meio de Agravo de Instrumento, no entanto, quedou-se silente, dando azo à decisão colegiada à qual atribui a pecha de injusta.

Dessa forma, frisa-se que a sua insurgência deduzida por meio da Ação Rescisória, ora em análise, realmente não merece prosseguir, uma vez que esta não se mostra adequada à pretensão do Autor, pois não lhe trará resultado útil algum, revelando-se, assim, a ausência do necessário de interesse de agir.

“De outra parte, se o autor mover a ação errada ou utilizar-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de

interesse processual” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado: e legislação extravagante. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 526).

Diante desse contexto, não merece prosperar o pedido de rescisão do acórdão por erro de fato.

Ante o exposto, por estar ausente a probabilidade do direito do Agravante, inclusive para fundar o cabimento da presente Ação Rescisória, mantenho a decisão monocrática de fls. 1.298-1.302 e, por consequência lógica, nego provimento ao Agravo Interno.

Tendo em vista que a aludida decisão de improcedência do Agravo Interno foi unânime, por força do disposto no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, aplico multa de 5% do valor atualizado da causa.

Na mesma oportunidade, por estar ausente interesse processual – cabimento da Ação Rescisória –, é que voto pela improcedência da presente ação, nos termos do art. 487, I, do CPC/2015 (correspondente ao art. 269, I, do CPC/1973), e art. 485, IX, do CPC/1973 (correspondente art. 966, VIII, ambos do CPC/2015).

Por conseguinte, condena-se o Autor ao pagamento das despesas processuais e dos honorários de sucumbência, os quais, dada a apresentação de defesa da parte contrária na ação principal, arbitro em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/1973 (correspondente ao art. 85, § 2º, do CPC/2015). Determina-se, ainda, que seja revertido em favor da Requerida o depósito de 5% (cinco por cento), estabelecido no inciso II do artigo 488 do CPC/1973, a teor do art. 494, 2ª parte, do mesmo diploma legal.

Este é o voto.

## **Embargos Infringentes n. 0119548-54.2015.8.24.0000, da Capital**

Relator: Desembargador Sebastião César Evangelista

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. NEGATIVA DE COBERTURA DE CIRURGIA E PRÓTESE CARDÍACA PELO PLANO DE SAÚDE. JULGAMENTO DA APELAÇÃO QUE, POR MAIORIA, AFASTA A IMPOSIÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VOTO VENCIDO. PREVALÊNCIA. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO INDICADO POR PROFISSIONAL MÉDICO E NECESSÁRIO PARA PROLONGAR A VIDA DA AUTORA, QUE CONTA COM IDADE AVANÇADA. NEGATIVA QUE AFRONTOU A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A BOA-FÉ. SOFRIMENTO EM MOMENTO DE FRAGILIDADE. ABALO EMOCIONAL SUPOSTADO QUE NÃO SE CONFUNDE COM MERO DISSABOR. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

«(...) a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, incluindo-se o custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do procedimento cirúrgico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, gera direito de ressarcimento a título de dano moral, em virtude de tal medida agravar a situação tanto física quanto psicológica do beneficiário. Caracterização de dano moral *in re ipsa*.

Embora o mero descumprimento contratual não justifique indenização por dano moral, nos casos em que a operadora recusa cobertura para tratamento a que esteja

legal ou contratualmente obrigada, deve ser reconhecido o dano extrapatrimonial, porque a situação não causa apenas mero aborrecimento, mas ilícito apto a ensejar danos morais passíveis de reparação» (AgInt no REsp 1676421/SP, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 24.10.2017)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 0119548-54.2015.8.24.0000, da comarca da Capital 2ª Vara Cível em que é Embargante Leonor Cunha da Silva e Embargado Unimed Grande Florianópolis Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram pelo desprovimento do recurso os Exmos. Des. Joel Figueira Jr. (que abriu a divergência e fará declaração de voto), bem como os Exmos. Des. João Batista Góes Ulysséa, Rubens Schulz, Rosane Portella Wolff, Newton Trisotto, Monteiro Rocha, Ricardo Fontes e Jairo Fernandes Gonçalves, os quais encamparam as razões expendidas no primeiro voto divergente e não farão declaração de voto. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Stanley Braga, Saul Steil, Cláudia Lambert de Faria, Rubens Schulz, André Carvalho, Jorge Luis Costa Beber, André Luiz Dacol, Rosane Portella Wolff, Newton Trisotto, Fernando Carioni, Marcus Tulio Sartorato, Ricardo Fontes, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Joel Figueira Júnior, Monteiro Rocha, Raulino Jacó Brüning, Jairo Fernandes Gonçalves, João Batista Góes Ulysséa, Denise Volpato e Gerson Cherem II.

Florianópolis, 9 de maio de 2018.

Desembargador Sebastião César Evangelista  
Relator

## RELATÓRIO

Cuida-se de Embargos Infringentes oposto por Leonor Cunha da Silva do acórdão da Segunda Câmara de Direito Civil que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso da ré Unimed Grande Florianópolis Cooperativa de Trabalho, a fim de afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, além de condenar a autora ao pagamento de 20% dos ônus sucumbenciais, bem como R\$ 2.000,00 de honorários advocatícios. Restou vencido o Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira, cujo voto foi no sentido de negar provimento ao recurso e manter a condenação da ré ao pagamento de R\$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais.

Irresignada, a parte embargante, em suas razões recursais (fls. 220-223), sustentou, em síntese, o cabimento da indenização por danos morais, haja vista ser “injustificável entender que a denegação de um procedimento médico para cura de grave problema de saúde seja tratado pelo Judiciário como mero dissabor” (fl. 221).

Regularmente intimada, a parte embargada apresentou contrarrazões (fls. 230-232).

Após, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

## VOTO

1 Antes de adentrar à análise do mérito recursal, pertinente estabelecer o contexto fático que perfaz a presente lide.

Da análise do caderno processual, verifica-se que a autora realizou exames médicos em 21.05.2012 (fls. 22-23), cujos resultados evidenciaram ser esta portadora de aneurisma da aorta abdominal com 65mm de diâmetro (fl. 26). Em virtude do tamanho do aneurisma e do



alto risco de ruptura deste, o profissional médico indicou fosse realizada intervenção cirúrgica com implante de endoprótese bifurcada para correção endovascular (fl. 26).

Denota-se, às fls. 19-21, que, em 05.06.2012, a autora teve seu pedido de internação negado pela ré, sob justificativa de inexistência de cobertura contratual no tange a despesas relativas a radiologia intervencionista, conforme dispõe cláusula VII, alínea t, do contrato objeto dos autos, razão pela qual ingressou com a presente demanda.

Em 21.6.2012, o magistrado *a quo* deferiu o pedido de antecipação de tutela formulado pela demandante, a fim de determinar que a demandada autorizasse o tratamento pleiteado, bem como fornecesse os materiais necessários à realização da cirurgia, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (fls. 46-49). Ato contínuo, procedeu-se a citação e intimação da ré (fls. 50-51).

Às fls. 53-54, notificou-se o descumprimento da decisão liminar. A ré foi, então, novamente intimada acerca da determinação exarada em sede de tutela de urgência (fls. 57-60).

Delineado o plano fático da demanda, passa-se, pois, a análise do mérito recursal.

2 Sustentou a embargante, em suas razões recursais, o cabimento da condenação da embargada ao pagamento de danos morais, ante a negativa de cobertura de tratamento cirúrgico para implante de prótese cardíaca. Defendeu que a autora é beneficiária do Contrato Particular de Prestação de Serviços Médicos e Hospitalares firmado entre a ré Unimed e a Associação dos Professores das Universidades Federais de Santa Catarina (fls. 29-44), e que o referido procedimento cirúrgico lhe foi indicado por profissional médico.

Razão assiste à embargante.

Embora o mero inadimplemento contratual não necessariamente

enseje a reparação por danos morais, a negativa ilegal de custeio de tratamento em momento de particular fragilidade da parte autora é situação que desborda dos simples aborrecimentos do cotidiano, configurando abalo anímico a ensejar a responsabilidade civil disposto no Código Civil (artigos 186 e 927), sobretudo se consideradas a idade avançada da autora, que, à época dos fatos, contava com 85 anos de idade.

No caso em análise, a recusa indevida de tratamento de saúde extrapola o conceito de mero aborrecimento do cotidiano, porquanto evidente o momento de sensibilidade física e psicológica da paciente em razão da patologia cardíaca que a acometia, que, se não tratada devidamente em tempo razoável, poderia levá-la à óbito.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, em julgados diversos, consolidou o entendimento adotado por este signatário:

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que, havendo cobertura para a doença, conseqüentemente deverá haver cobertura para procedimento ou medicamento necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas no referido plano.

Nas hipóteses em que há recusa injustificada de cobertura por parte da operadora do plano de saúde para tratamento do segurado, causando abalo emocional no segurado, como ocorrido no presente caso, a orientação desta Corte é assente quanto à caracterização de dano moral, não se tratando apenas de mero aborrecimento (AgInt no AgInt no AREsp 1093958/CE, Rel. Min. Lázaro Guimarães, j. 21.11.2017).

É firme o entendimento desta Corte no sentido de que a recusa injustificada da seguradora em cobrir tratamento de saúde requerido pelo segurado configura ato ilícito, ensejando pagamento de indenização a título de danos morais (Súmula n. 83 do STJ) (AgInt no REsp 1653374/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 4.4.2017).

A jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico de urgência, tal como no presente caso, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título

de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário (AgInt no REsp 1647519/CE, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 5.10.2017)

Trata-se, aliás, de hipótese de caracterização de dano moral *in re ipsa*, conforme orientação proferida pelo referido Tribunal Superior:

Nos termos da jurisprudência desta Corte, a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, incluindo-se o custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do procedimento cirúrgico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, gera direito de ressarcimento a título de dano moral, em virtude de tal medida agravar a situação tanto física quanto psicológica do beneficiário. Caracterização de dano moral *in re ipsa*.

Embora o mero descumprimento contratual não justifique indenização por dano moral, nos casos em que a operadora recusa cobertura para tratamento a que esteja legal ou contratualmente obrigada, deve ser reconhecido o dano extrapatrimonial, porque a situação não causa apenas mero aborrecimento, mas ilícito apto a ensejar danos morais passíveis de reparação (AgInt no REsp 1676421/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 24.10.2017)

No mesmo esteio, manifestou-se esta Corte em oportunidades pretéritas:

Administradora de plano de saúde que, injustamente, recusa a cobertura de tratamentos indicados por médico especialista e prevista contratualmente, acarreta ao consumidor angústia e aflição presumíveis, reparáveis a título de danos morais (Apelação Cível n. 0301082-26.2015.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Monteiro Rocha, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 14.11.2017).

(...) a recusa indevida à cobertura pleiteada pela autora é causa de danos morais, já que agrava sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito, pois este, ao pedir a autorização da demandada, já se encontrava em condição de abalo psicológico (Apelação Cível n. 0337254-31.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Denise Volpato, Sexta Câmara

de Direito Civil, j. 07-11-2017).

Em muitos casos, quando o usuário de plano de saúde procura se utilizar dos serviços contratados, já se encontra fragilizado pela doença e esmorecido psicologicamente, daí por que não soa razoável supor que a negativa de cobertura seja aceita com naturalidade. Qualquer indivíduo, nessas condições, sentirá o peso da frustração, do desalento, da angústia e da indignação, potencializando o seu já combalido estado de saúde. Tais sensações, por certo, não se inserem no âmbito de um mero aborrecimento ou dissabor, atingindo, na verdade, atributos próprios da dignidade pessoal. (Apelação Cível n. 2015.022073-2, da Capital, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 7.5.2015).

A negativa de fornecimento de medicamento ou realização de procedimento quando necessário e previsto no pacto extravasa o mero aborrecimento ínsito às relações jurídicas cotidianas, fato que viabiliza a condenação em verba de dano moral. (Apelação Cível n. 2014.043308-2, da Capital, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 19.3.2015).

Na esteira do entendimento jurisprudencial supramencionado, “não soa razoável supor que a negativa da requerida em cobrir procedimento prescrito por médico especialista seja aceita com naturalidade, tendo em vista a frustração, desgosto e aflição a que foi submetida a autora no momento em que mais precisava ter retribuída a expectativa e boa-fé depositada na requerida por anos a fio (...), tendo que se valer do Poder Judiciário para obter a satisfação de seu direito” (Apelação Cível n. 0337254-31.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 7.11.2017).

Ademais, não se deve olvidar que a resistência da embargada em cumprir seu dever legal, desrespeitando, inclusive, a decisão liminar de fls. 46-49, aumentou significativamente os abalos anímicos suportados pela embargante que, repita-se, detinha idade avançada à data dos acontecimentos e era portadora de moléstia grave e de urgente tratamento.

De fato, tal como sustentou a recorrente, é injustificável que a denegação de um procedimento médico para a cura de grave enfermidade

seja tratado pelo Poder Judiciário como mero dissabor.

Por derradeiro, os fatos apontados merecem a devida reparação, com a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais no patamar fixado em sentença.

Anote-se, por derradeiro, que em consequência da reforma do acórdão embargado, restabelece-se a sentença de procedência, inclusive em relação aos ônus sucumbenciais, que devem ser custeados integralmente pela ré.

3 Por todo o exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento.

**Embargos Infringentes Nº 0119548-54.2015.8.24.0000**

*Declaração de Voto Vencido do Exmo. Sr. Des. Joel Dias Figueira Júnior*

*Ementa Aditiva*

EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. NEGATIVA DE COBERTURA DE CIRURGIA E PRÓTESE VISANDO DESOBSTRUÇÃO ARTERIAL. RECUSA DA OPERADORA FUNDADA EM CLÁUSULA CONTRATUAL. ALEGAÇÃO DE SOFRIMENTO EM DECORRÊNCIA DA NEGATIVA. ABALO ANÍMICO NÃO COMPROVADO. DEVER DE COMPENSAR RECHAÇADO. RECURSO DESPROVIDO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A simples recusa da administradora de plano de saúde a fornecer prótese para a realização de cirurgia ortopédica, embora possa causar alguns transtornos e aborrecimentos ao seu usuário, não constitui, por si só, prejuízo imaterial suficientemente hábil a justificar o acolhimento de pedido de compensação pecuniária, na exata medida em que o dano moral não é presumido em situações dessa espécie.

Trata-se de embargos infringentes interpostos por Leonor Cunha da Silva em face do acórdão de fls. 205-217, da lavra do Desembargador João Batista Góes Ulysséa, em que a Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao apelo da Ré Unimed Grande Florianópolis Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. a fim de afastar a condenação ao pagamento de compensação pecuniária por danos morais. Pretendia a Embargante a prevalência do voto proferido pelo

eminente Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira, que mantinha incólume a sentença objurgada.

Em sessão realizada em 9 de maio de 2018, este Grupo de Câmaras de Direito Civil, por maioria de votos, deu provimento aos embargos infringentes para restabelecer a sentença que condenou a Ré ao pagamento de compensação pecuniária a título de danos morais.

Com a devida vênia, ousei divergir da douta maioria por entender que, no caso em tela, o pleito de condenação ao pagamento de compensação pecuniária por abalo moral não merecia acolhimento, pelos seguintes fundamentos.

É cediço que o objetivo fundamental da adesão ao plano de saúde é a cobertura com o tratamento adequado à cura de moléstia nos termos do respectivo contrato. Desse modo, aquele que o faz, assim procede justamente para garantir que não ficará desamparado num momento que, como se sabe, já se encontra fragilizado.

Entretanto, ainda que se reconheça tal finalidade, é importante salientar que, conquanto a recusa pelo plano de saúde possa causar transtornos e aborrecimentos aos usuários, para caracterização dos danos morais é imprescindível a demonstração de que o abalo anímico sofrido atingiu relevante grandeza (ilícito civil) a ponto de justificar a sua compensação pecuniária, o que, *in casu*, não ocorreu.

Assim, a simples recusa da administradora de plano de saúde a cobrir determinados exames, cirurgias e a fornecer materiais para o procedimento não constitui, por si só, dano moral suficientemente hábil a justificar o acolhimento de pedido de compensação, na exata medida em que o abalo anímico não é presumido em situações dessa espécie.

Desta feita, embora não haja dúvida de que a experiência da Autora foi deveras desagradável, conclui-se que o abalo moral sofrido não atingiu relevante grandeza a ponto de justificar a condenação ao

pagamento de compensação pecuniária, notadamente pela ausência de prova nesse sentido.

Diferentemente de outros casos submetidos a julgamento por esta Corte, não se tratava de moléstia grave que causasse risco de vida, embora fosse necessário a realização da cirurgia.

Foram essas as razões pelas quais votei no sentido de negar provimento aos embargos infringentes.

Florianópolis, 17 de maio de 2018.

Joel Dias Figueira Júnior  
DESEMBARGADOR



**Ação Rescisória n. 0121082-67.2014.8.24.0000, de Ituporanga**

Relator: Des. Fernando Carioni

ACÇÃO RESCISÓRIA. INSURGÊNCIA CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO LITERAL À DISPOSIÇÃO DE LEI. CERCEAMENTO DE DEFESA. OITIVA DE TESTEMUNHA. TESE NÃO SUSCITADA NA ACÇÃO ORIGINÁRIA OU NAS RAZÕES DE APELAÇÃO. VIOLAÇÃO LITERAL À NORMAL LEGAL NÃO CARACTERIZADA. ERRO DE FATO. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO FORAM CONSIDERADOS FATOS CÁPazes DE DETERMINAR UM RESULTADO DIVERSO PARA A ACÇÃO. EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA ENTRE AS PARTES E PRONUNCIAMENTO JUDICIAL SOBRE A MATÉRIA. ERRO DE FATO. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENSÃO EXCLUSIVA DE REAPRECIÇÃO DA MATÉRIA. UTILIZAÇÃO DA VIA RESCINDENDA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INVIABILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

“A violação de dispositivo de lei que propicia o manejo da ação rescisória, na forma do art. 485, V, do CPC, pressupõe que a norma legal tenha sido ofendida na sua literalidade pela decisão rescindenda, ou seja, é a decisão de tal modo teratológica que consubstancia o desprezo do sistema de normas pelo julgado rescindendo. Deste modo a verificação da violação a dispositivo literal de lei requer exame minucioso do julgador, a fim de evitar que essa ação de natureza desconstitutiva negativa seja utilizada como sucedâneo de recurso, tendo lugar apenas nos casos em que a transgressão à lei é flagrante, conferindo-lhe o acórdão rescindendo interpretação teratológica e em sentido diametralmente oposto ao conteúdo da norma, sendo vedado, para tanto, qualquer tipo de inovação argumentativa deixada de ser feita *in oportune tempore*, pois essa não se cuida de via recursal com prazo de dois anos” (STJ, AR 4.591/PE, Rel. Ministro

Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. em 8-11-2017)”

“O erro de fato, por outro lado, pressupõe que a decisão rescindenda tenha tomado por base fato inexistente ou considerado inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável que, em qualquer dessas hipóteses, não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial, a esse respeito. Nada disso foi demonstrado pelo autor, que se limitou a asseverar que houve erro de fato porque o acórdão rescindendo não examinou adequadamente o ‘conteúdo dos documentos anexados aos autos’ (fl. 8, e-STJ)” (STJ, AR 5.015/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. em 23-8-2017).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 0121082-67.2014.8.24.0000, da comarca de Ituporanga (2ª Vara) em que é Autor Gervásio Ramos e Réus Sandra Teresinha Vermöhlen Schäffer e outros.

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por votação unânime, julgar improcedentes os pedidos formulados na exordial da Ação Rescisória, nos termos do voto do Relator. O Dr. João Fernando Quagliarelli Borrelli, Procurador de Justiça, emitiu parecer oral no sentido da improcedência do pleito inicial. Custas legais.

Presidiu a sessão, realizada no dia 9 de maio de 2018, com voto, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, e dela participaram os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni, Marcus Túlio Sartorato, Ricardo Fontes, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Joel Figueira Júnior, Raulino Jacó Brüning, João Batista Góes Ulysséa, Denise Volpato, Sebastião César Evangelista, Stanley Braga, Saul Steil, Rodolfo C. R. S. Tridapalli, Cláudia Lambert de Faria, André Carvalho, Jorge Luis Costa Beber, André Luiz Dacol, Monteiro Rocha, Jairo Fernandes, Gerson Cherem II e Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 15 de maio de 2018.

Fernando Carioni  
RELATOR

## RELATÓRIO

Gervásio Ramos ajuizou ação rescisória contra Sandra Terezinha Vermohlen Schafer, Luana Schafer, Leandro Schafer, Larissa Schafer e Lucimara Schafer, na qual pretende a rescisão do acórdão proferido pela Quinta Câmara de Direito Civil, nos autos da Apelação Cível n. 2010.009725-5, na qual figurou como Relator o Excelentíssimo Desembargador Odson Cardoso Filho, ao fundamento de violação a dispositivo legal e erro de fato.

Relata que restou condenado ao pagamento de indenização nos autos da Ação de Responsabilidade Civil c/c Alimentos e Perdas e Danos e Danos Materiais e Morais n. 035.05.004004-3, por supostamente ser o proprietário de um animal que teria se envolvido em uma colisão com a motocicleta de Edson Scharf, esposo e pai dos réus, que resultou no seu falecimento.

Defende que ninguém presenciou o trágico acidente, presumindo-se que o sinistro ocorreu em decorrência da colisão da motocicleta com um animal. Acrescenta que tal conclusão decorre de alegados vestígios de pelagem bovina de cor preta vistos na motocicleta.

Enfatiza que, além de ninguém ter presenciado o fato, presumiu-se que o suposto animal, que teria colidido a motocicleta do *de cujus*, era de sua propriedade; todavia, não fora apresentado qualquer argumento fático probatório nesse sentido.

Assevera que a presente demanda se funda na ofensa ao contraditório e ampla defesa, ou seja, ofensa a dispositivo legal, bem

como em erro de fato, devido a existência de provas nos autos que não foram consideradas pelo Juízo.

Esclarece que a sentença de primeiro grau, confirmada em apelação, não observou a produção de prova testemunhal importante ao deslinde do feito, bem como ignorou importante fato ao decidir a demanda.

Destaca que a testemunha Vilso de Andrade não foi intimada para prestar depoimento, em razão de não mais residir na cidade de Rio do Sul, motivo pelo qual foi determinada a devolução da carta precatória para origem, não tendo o Juízo da comarca de Ituporanga providenciado a oitiva da testemunha, em evidente cerceamento de defesa.

Afirma que a sentença ainda em ocorreu em erro de fato ao desconsiderar importantes questões, as quais, certamente, implicariam na improcedência do pedido.

Salienta que fatos importantes foram desconsiderados pelo juízo, tais como a colisão ter ocorrido à noite, em via sem iluminação, sob neblina densa, em pista com curva e rampa.

Acrescenta que tais fatos são de vital importância para delimitar a culpa, uma vez que se a vítima tivesse efetivamente respeitado as disposições do Código Brasileiro de Trânsito, transitando em velocidade compatível com as condições de tempo e pista, certamente o acidente não teria sido fatal.

Enfatiza, ainda, que não foram considerados os seguintes fatos: depoimento de fl. 49, dos autos originários, que indica que o bovino foi localizado dentro da propriedade do autor, fato este que comprova que o animal não saiu de sua propriedade; e o depoimento do policial civil Edegard José Back, que afirma que não chegou a fazer o levantamento sobre a situação da fazenda junto à Rodovia, providência que deveria ter sido tomada para constatar que as cercas estavam intactas, sendo impossível a fuga do animal.

Diz que a decisão rescindenda baseou-se tão somente em presunções, sem provas contundentes, o que não pode admitir.

Relata, por fim, que no depoimento de Derbe de Beneton Campos Quadros, veterinária chamada para examinar um de seus animais, afirmou que as lesões encontradas no animal – escoriações superficiais, não se coadunam com as lesões que apresentaria, caso tivesse se envolvido no sinistro noticiado.

Requer, diante desse contexto, a concessão de tutela antecipada para que seja suspenso o cumprimento de sentença. E, ao final, a procedência do pedido para que seja rescindida a sentença proferida nos Autos n. 035.05.004004-3, bem como o acórdão que a confirmou, encaminhando-se a causa para novo julgamento.

Foi determinado a emenda da inicial, para correção do valor atribuído à causa e juntada da certidão atualizada do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir, medida que foi atendida pelo autor.

Citados, os réus apresentaram contestação, na qual aduzem, em preliminar, a impossibilidade de rescindir a sentença de primeiro grau, tendo em vista que esta foi substituída pelo acórdão proferido neste Tribunal de Justiça, em exame da apelação cível, bem como a inépcia da petição inicial, diante da inexistência da certidão comprobatória do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir.

No mérito, defendem, em linhas gerais, que o autor almeja um reexame da causa, mediante a reapreciação das provas, o que não se coaduna com a finalidade da ação rescisória. Acrescentam que não restaram configuradas as hipóteses que ensejam a rescisão do julgado.

Houve réplica à contestação.

Foi indeferida a antecipação de tutela pretendida.

Inconformado, o requerente interpôs agravo regimental, para o

qual foi negado provimento.

Foi deferida a produção de prova testemunhal.

Baixados os autos e colhida a prova oral, as partes apresentaram alegações finais.

Após, vieram-me conclusos os autos.

Este é o relatório.

## VOTO

Inicialmente, cumpre examinar as preliminares suscitadas pela parte demandada em contestação.

Defendem os requeridos a carência da ação, face à impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que a ação rescisória volta-se explicitamente contra a sentença de primeiro grau e não contra o acórdão proferido por este Tribunal de Justiça que a substituiu.

De fato, da leitura da peça inicial, constata-se que o autor, por diversas vezes, faz menção à decisão proferida em primeira instância, tendo, inclusive, nos pedidos finais postulado a procedência da demanda para que seja rescindida a sentença prolatada nos Autos n. 035.05.004004-3; todavia, requereu, também, a rescisão do acórdão que a confirmou (item “c”, fl. 17).

Assim, embora a exordial se mostre confusa, por vezes citando a necessidade de rescisão da sentença singular e outras da decisão colegiada, tem-se que fica clara a pretensão da parte de ver revisada a coisa julgada que se formou na ação indenizatória, a qual consumou-se após o trânsito em julgado do acórdão proferido pela Quinta Câmara de Direito Civil.

Nesse passo, considerar-se que a parte autora pretende a rescisão da sentença *a quo* é negar a existência do efeito substitutivo, por meio do qual “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão

impugnada no que tiver sido objeto de recurso” (art. 1.008, CPC). Logo, tendo o acórdão apreciado todas as questões levantadas pelas partes na ação originária, a decisão rescindenda, por força do efeito substitutivo, é a decisão colegiada e não a sentença de primeiro grau.

Portanto, considerando que foi formulado pedido de rescisão do acórdão e que este substituiu a sentença singular, afasta-se a prefacial suscitada pela defesa.

Noutro ponto, sustentam os demandados a inépcia da inicial, em razão da inexistência da certidão comprobatória do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir. Acrescentam, ainda, que é imprescindível que o documento acompanhe à inicial.

Da análise dos autos, observa-se que o autor não apresentou com a inicial referida certidão; todavia, foi intimado para emendar a exordial, trazendo, à fl. 483, cópia de certidão expedida pela Corte Superior, que denota o trânsito em julgado do acórdão rescindendo.

Vale dizer, que o art. 284 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época, previa expressamente que *“verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias”*, tal como ocorreu na hipótese.

Desse modo, considera-se satisfeito o requisito legal.

Afastadas as preliminares suscitadas pela defesa, passa-se ao exame do mérito.

Com efeito, pretende o autor a rescisão do julgado proferido na Apelação Cível n. 2010.009725-5, pela Quinta Câmara de Direito Civil, em que figurou como Relator o Excelentíssimo Desembargador Odson Cardoso Filho, por violação a literal disposição de lei e erro de fato.

Pelo que dos autos consta, os requeridos ajuizaram ação de responsabilidade civil, objetivando a condenação do autor ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, além da pensão que trata o art. 948, II, do Código Civil. Para tanto, sustentaram que, em 18 de setembro de 2004, Edson Scharf, esposo e pai dos requeridos, conduzia sua motocicleta quando colidiu com um bovino de propriedade do autor, que perambulava sobre a pista de rolamento da rodovia SC 429, no município de Presidente Nereu/SC. Com o impacto, o condutor da motocicleta veio a óbito.

Formada a relação jurídica processual e instruído o feito, foi proferida sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para condenar o autor ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, bem como pensionamento mensal.

Não se conformando, o autor interpôs recurso de apelação e os réus recurso adesivo. A Quinta Câmara de Direito Civil, por sua vez, negou provimento ao apelo e deu parcial provimento ao recurso adesivo para majorar a indenização por danos morais devida a Luana Scharf e determinar o ressarcimento das despesas com funeral.

Todavia, sustenta o autor que houve a violação a literal de disposição de lei, consubstanciada no cerceamento do direito de defesa, uma vez que não foi produzida prova testemunhal imprescindível ao deslinde do feito. Acrescenta que, embora tenha requerido expressamente o depoimento de Vilso Andrade, a testemunha, que seria inquirida por carta precatória, não foi intimada por não mais residir no Juízo deprecado, não tendo o Juízo deprecante providenciado a oitiva da testemunha.

Cumpra destacar que o manejo da rescisória com fundamento no artigo 485, V, do Código de Processo Civil de 1973 (art. 966, V, CPC/2015) reclama que o julgado tenha flagrantemente violado o dispositivo legal de tal forma que a decisão se torne repulsiva ao texto legal; não basta o mero inconformismo da parte com a solução adotada pelo julgador.



A respeito, Humberto Theodoro Junior acentua:

O conceito de violação de “literal disposição de de lei” vem sendo motivo de largas controvérsias desde o Código anterior. Não obstante, o novo estatuto deliberou conservar a mesma expressão.

O melhor entendimento, a nosso modo de ver, é o de Amaral Santos, para quem sentença proferida contra literal disposição de lei não é apenas a que ofende a letra escrita de um diploma legal; “é aquela que ofende flagrantemente a lei, tanto quando a decisão é repulsiva à lei (*error in iudicando*), como quando proferida com absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para a sua prolação (*error in procedendo*)”.

Não se cogita de justiça ou injustiça no modo de interpretar a lei. Nem se pode pretender rescindir a sentença sob a invocação de melhor interpretação da norma jurídica aplicada pelo julgador (*Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 767, v. I) (sublinhei).

Fredie Didier Junior, por sua vez, destaca que “*a ação rescisória, quando fundada no inciso V do art. 485 do CPC, somente se afigura cabível, se a questão for de direito. Em se tratando de questão de fato, não se permite o manejo da ação rescisória, sob pena de transformá-la em recurso ordinário, com dilatado prazo de interposição*” (*Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 6. ed. Salvador: *JusPodivm*, 2008. p. 391).

Com efeito, no caso dos autos, ao contrário do que quer fazer crer o autor, o acórdão não violou nenhuma disposição legal, que importe em cerceamento de defesa.

Verifica-se que após expedição de mandado de intimação pelo Juízo deprecado – comarca de Rio do Sul, o Meirinho certificou que não procedeu a intimação de Vilso de Andrade por ele estar residindo na cidade de Taió/SC (fl. 243-244). Realizada a audiência, com a inquirição das demais testemunhas residentes na comarca de Rio do Sul, o Juízo

determinou o retorno da carta precatória à origem (fl. 250).

Logo após, as partes foram intimadas para apresentarem alegações finais (fl. 258), oportunidade em que o autor deveria ter postulado a oitiva da referida testemunha, sob pena de cerceamento de defesa; contudo, este limitou-se a apresentar alegações finais, onde sequer mencionou a necessidade de produção da referida prova ou o cerceamento de defesa (fls. 277-288).

Proferida sentença, amparada nas provas documental e testemunhal colhida durante a instrução, o autor apresentou seu inconformismo no recurso de apelação, cujas razões fundamentam-se, exclusivamente, na ausência de culpa, nada referindo acerca da necessidade de colher-se o depoimento de Vilso Andrade ou do cerceamento ao direito de defesa (fls. 334-343).

Verifica-se, assim, que a tese do cerceamento de defesa, em razão da não oitiva da testemunha Vilso Andrade, só foi aventada nesta ação rescisória. O acórdão rescindendo em nenhum momento examinou a controvérsia com base no cerceamento de defesa em razão da não inquirição da referida testemunha, porquanto a tese não foi apresentada pela parte interessada, razão pela qual não se pode reconhecer que a decisão colegiada violou literal disposição de lei.

Não fosse isso, observa-se que tanto a sentença singular, quanto a decisão colegiada, examinaram todas as questões até então apresentadas pelos litigantes e se encontram fundamentadas no caderno probatório produzido durante a instrução do feito. No mais, o acórdão rescindendo afastou, de forma fundamentada, a tese apresentada pelo autor no recurso de apelação – ausência de culpa.

Finalmente, importante salientar que “a violação de dispositivo de lei que propicia o manejo da ação rescisória, na forma do art. 485, V, do CPC, pressupõe que a norma legal tenha sido ofendida na sua literalidade

pela decisão rescindenda, ou seja, é a decisão de tal modo teratológica que consubstancia o desprezo do sistema de normas pelo julgado rescindendo. Deste modo a verificação da violação a dispositivo literal de lei requer exame minucioso do julgador, a fim de evitar que essa ação de natureza desconstitutiva negativa seja utilizada como sucedâneo de recurso, tendo lugar apenas nos casos em que a transgressão à lei é flagrante, conferindo-lhe o acórdão rescindendo interpretação teratológica e em sentido diametralmente oposto ao conteúdo da norma, sendo vedado, para tanto, qualquer tipo de inovação argumentativa deixada de ser feita *in oportune tempore*, pois essa não se cuida de via recursal com prazo de dois anos” (STJ, AR 4.591/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. em 8-11-2017).

Noutro ponto, afirma o autor que o acórdão merece ser rescindido, uma vez que não foram considerados fatos capazes de determinar um resultado diferente para a causa, caracterizando o erro de fato.

Acrescenta que o julgador não considerou fatos importantes descritos no boletim de ocorrência, tais como, a má condição climática e da pista no momento do acidente; o laudo e o depoimento da médica veterinária que atestou que o animal de sua propriedade, que supostamente teria colidido com a motocicleta, não apresentava lesões compatíveis com o seu envolvimento no infortúnio; e o excelente estado da cerca que delimitava sua propriedade.

Com efeito, acerca do erro de fato, dispõe o artigo 485, IX, do Código de Processo Civil de 1973 que “*a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando [...] fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa*”.

O § 1º do aludido dispositivo esclarece que “*há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido*”, ao passo que o § 2º determina que “*é indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido*

*controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.*

Discorrendo acerca desses requisitos, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha enfatizam:

Cabe ação rescisória se a decisão rescindenda estiver baseada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa (CPC, art. 485, IX). Para que se configure o erro de fato, é preciso existir a conjugação de vários pressupostos, de acordo com a sistematização de Barbosa Moreira:

a) Que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem o erro de fato a conclusão do juiz houvesse de ser diferente. É necessário “que a sentença esteja baseada em erro de fato”. Ou seja, “o erro deve ser a causa da conclusão a que chegou a sentença; “é necessária a existência de nexo de causalidade entre o erro de fato e a conclusão do juiz prolator do decisum rescindendo”;

b) Que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorra o fato por ele considerado inexistente;

c) Que “não tenha havido controvérsia” sobre o fato (CPC, art. 485, § 2º);

d) Que sobre o erro de fato não tenha havido “pronunciamento judicial” (CPC, art. 485, § 2º). Em outras palavras, o juiz, no erro de fato, supõe ou imagina que um fato existiu, quando, na verdade, nunca ocorreu ou vice-versa. O juiz, no erro de fato, não se pronuncia sobre o fato; supõe ou imagina tenha o existido o fato inexistente ou vice-versa” (*Curso de direito processual civil*. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 408-409).

Adiante, esclarecem os doutrinadores que:

A inexistência de controvérsia pode ser concebida em três hipóteses, segundo a sistematização de Barbosa Moreira: se o fato não foi alegado por nenhuma das partes; se uma admitiu expressamente a

alegação da outra; ou se uma parte simplesmente se absteve de contestar a alegação da outra. ‘Na primeira hipótese (fato não alegado), o motivo da rescindibilidade só pode configurar-se, é claro, se se tratava de fato que o órgão judicial era lícito levar em conta *ex officio*’, logo, fato subtraído ao princípio dispositivo, e que, nada obstante não aportado ao processo, pudesse ser conhecido de ofício pelo juiz. A segunda hipótese (fato admitido) – continua Barbosa Moreira – compreende duas possibilidades: ou as partes concordaram quanto à existência do fato, e o juiz, em sentença, ainda assim o supôs existente, ou, ao revés, as partes concordaram com a inexistência do fato e o juiz o supôs existente. [...] Terceira e última hipótese é quando o fato não é contestado – isto é, não é impugnado –, mas, mesmo assim, por análise dos autos é verificável sua existência. O juiz, no entanto, o supõe ocorrido e na verdade não o era (op. cit. p. 409-410).

Diante disso, para que se configure o erro de fato, apto a ensejar a rescisão do julgado, faz-se necessária a presença dos seguintes pressupostos: que a sentença esteja embasada no erro de fato; que o erro possa ser apurado independentemente da produção de novas provas; e que sobre o fato não tenha havido controvérsia entre as partes, tampouco pronunciamento judicial.

Com efeito, enfatiza o autor que o acórdão proferido pela egrégia Quinta Câmara de Direito Civil manteve o julgamento de procedência não levando em considerações importantes aspectos – informações descritas no boletim de ocorrência, laudo da veterinária que examinou o animal apontado como causador do sinistro e o estado da cerca que delimitava sua propriedade, os quais denotam que o animal que supostamente teria causado o acidente não é de sua propriedade.

Ocorre que, como visto, a alegação de que certos fatos não foram levados em consideração no julgamento da lide, não se confunde com o erro de fato, apto a ensejar a rescisão do julgado. É que, como visto haverá erro de fato quando a decisão admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável,

em ambos os casos, que este fato não represente ponto controvertido.

O acórdão proferido pela Quinta Câmara de Direito Civi concluiu, a partir dos depoimentos prestados pelos agentes públicos Rui Feuzer, Altamir Lamim e Sidnei Vieira, aliados ao boletim de ocorrência e ao laudo de fls. 54-60 dos autos originais, que a motocicleta guiada pela vítima chocou-se frontalmente com um bovino de pelagem escura, na via rápida, no período noturno. A responsabilidade restou configurada a partir da prova testemunhal de que o animal causador do evento danoso é de propriedade do autor.

Nesse contexto, a colenda Câmara entendeu que “como ninguém presenciou o acidente, tais elementos indiretos são decisivos para a compreensão do evento – e eles apontam no sentido de que aludido animal foi responsável pela colisão, ao invadir a pista de rolamento”.

Como visto, não há negar que houve controvérsia entre as partes acerca dos fatos apontados nesta ação rescisória, porquanto a propriedade do animal que causou o infortúnio é justamente o cerne da presente contenda. Logo, ausentes os pressupostos necessários à configuração do erro de fato, a teor do art. 485, IX, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, recepcionado pelo art. 966, VIII, § 1º, Código de Processo Civil de 2015.

Nessa direção:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSITIVO DE LEI. FUNDAMENTOS QUE EVIDENCIAM A UTILIZAÇÃO DA DEMANDA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. ERRO DE FATO. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

[...]

O erro de fato, por outro lado, pressupõe que a decisão rescindenda tenha tomado por base fato inexistente ou considerado inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável que, em qualquer dessas

hipóteses, não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial, a esse respeito. Nada disso foi demonstrado pelo autor, que se limitou a asseverar que houve erro de fato porque o acórdão rescindendo não examinou adequadamente o “conteúdo dos documentos anexados aos autos” (fl. 8, e-STJ) (STJ, AR 5.015/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. em 23-8-2017).

Conclui-se, assim, que o Órgão Colegiado realizou seu juízo de valor confrontando as alegações trazidas pelas partes e as provas constantes nos autos, adotando o entendimento contrário à pretensão do autor, que faz uso da ação rescisória para reexame dos fatos e provas.

Desse contexto, transparece o verdadeiro objetivo da presente ação, qual seja, fazer uso da rescisória para que os fatos sejam reexaminados, adotando-se a solução almejada pela parte autora – improcedência da ação indenizatória, o que é vedado na via eleita, sob pena de tornar-se a ação rescisória em recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos.

A respeito, colhem-se precedentes da Corte Superior:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO FIRMADO NO STJ. SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. “A jurisprudência do STJ possui o entendimento de que a Ação Rescisória não é o meio adequado para a correção de suposta injustiça da Sentença, apreciação de má interpretação dos fatos ou de reexame de provas produzidas, tampouco para complementá-la. Para justificar a procedência da demanda rescisória, a violação à lei deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade [...]” (REsp 1691712 / SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 19/12/2017) (STJ, AgInt no AREsp 1214345/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 24-4-2018).

Por essas razões, não merece prosperar o pedido de rescisão do acórdão por violação literal à norma jurídica ou erro de fato.

Ante o exposto, julga-se improcedente o pedido formulado na Ação Rescisória n. 0121082-67.2014.8.24.0000, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil. Condena-se, ainda, o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, conforme disposto no art. 85, §§ 2º e 6º, do Código de Processo Civil. Por fim, determina-se que seja revertido em favor da parte requerida o depósito de 5% (cinco por cento), estabelecido no art. 968, II, do Código de Processo Civil, a teor do art. 974, parágrafo único, do mesmo diploma legal.

Este é o voto.



## PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

### Apelação Cível n. 0000641-96.2012.8.24.0042, de Maravilha

Relator: Desembargador Jorge Luiz Costa Beber

APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO E PARTILHA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELO DE AMBAS AS PARTES.

I. PRELIMINAR. SENTENÇA CITRA PETITA.

REGIME DE BENS DO CASAL. EXISTÊNCIA DE DUAS CERTIDÕES DE CASAMENTO, CADA QUAL COM ANOTAÇÃO DE UM REGIME. QUESTÃO NÃO SOLUCIONADA PELO JULGADOR *A QUO*. OMISSÃO CONSTATADA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA COM EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AOS CARTÓRIOS ENVOLVIDOS QUE EVIDENCIA A EXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL NO TERMO DE CASAMENTO. INEQUÍVOCA OPÇÃO DOS CONTRAENTES PELO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS, MEDIANTE LAVRATURA DE ESCRITURA PÚBLICA DE PACTO ANTENUPCIAL, DEVIDAMENTE ACOSTADA AO PROCESSO DE HABILITAÇÃO DE CASAMENTO. OMISSÃO CONSTATADA E SUPRIDA NA PRÓPRIA CORTE.

Admite-se a possibilidade de que os nubentes, a despeito da celebração anterior de pacto antenupcial, decidam convolar o casamento sob regime diverso, negando efeito ao que declararam em momento anterior. Pode-se reconhecer como possível, ademais, que o façam sem lavrar nova escritura pública para anular a primeira, ao contrário do que recomenda o rigor da lei (art. 472, CC), de modo a sobrelevar a vontade das partes em

detrimento do formalismo injustificado. Mas isso desde que, ao menos, no processo de habilitação do casamento, manifestem os contraentes, sem peias ou amarras, de forma clara e irrefutável, que optaram por escolher regime diverso, de tal forma que todo o processo de habilitação do casamento se revele coerente com a sua celebração perante a autoridade competente.

Caso concreto em que, para além da lavratura do pacto com eleição do regime da comunhão universal, houve a sua respectiva juntada ao processo de habilitação, com nova declaração, firmada pelas partes, ratificando a adoção do regime da comunicabilidade total, de modo que a anotação de regime diverso (comunhão parcial) no respectivo termo de casamento configura flagrante erro material.

## II. MÉRITO. PARTILHA DE BENS.

II.1. BEM MÓVEL. DIVISÃO QUE ABARCA APENAS OS BENS COMPROVADAMENTE COMUNS. AUSÊNCIA DE PROVA ESCOIMADA DE DÚVIDAS QUANTO À PROPRIEDADE DE MÁQUINA AGRÍCOLA, REGISTRADA EM NOME DE TERCEIRO. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A PARTILHA.

II.2. BEM IMÓVEL. PARTILHA INILUDÍVEL. REGIME DE BENS ELEITO QUE FAZ COMUNICAR TODOS OS BENS DOS CÔNJUGES, PRESENTE E FUTUROS. TRANSCRIÇÃO, ADEMAIS, DA PROPRIEDADE NO REGISTRO IMOBILIÁRIO EFETUADA NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO. COMUNICABILIDADE MESMO À LUZ DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. ART. 1.245 DO CC/02.

II.3. DÍVIDAS. PARTILHA APENAS DAQUELAS QUE REVERTERAM EM PROL DA UNIDADE FAMILIAR. DÉBITOS CONTRAÍDOS APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO OU, AINDA, DE EXISTÊNCIA DUVIDOSA, QUE IMPEDEM A COMUNICAÇÃO.

## III. ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

DISTRIBUIÇÃO OPERADA NA ORIGEM MANTIDA.  
PROPORCIONALIDADE AO DECAIMENTO DAS  
PARTES, CONSIDERADO O CONJUNTO DE PEDIDOS  
FORMULADOS.

APELOS CONHECIDOS, DESPROVIDO O DA  
AUTORA E PARCIALMENTE PROVIDO O DO RÉU.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.  
0000641-96.2012.8.24.0042, da comarca de Maravilha 1ª Vara  
em que é Apte/Apdo E. R. F e Apdo/ Apte A. P. dos S. F.

A primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação  
unânime, conhecer dos recursos, negar provimento ao da autora  
e dar parcial provimento ao do réu. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr.  
Des. Raulino Jacó Brüning, com voto, e dele participou o Exmo Sr. Des.  
André Carvalho. Funcionou como Representante do Ministério Público  
o Exmo. Sr. Dr. Paulo Ricardo da Silva.

Florianópolis, 19 de julho de 2018.

Desembargador Jorge Luis Costa Beber  
Relator

## RELATÓRIO

Cuida-se de recursos de apelação cível interpostos por E.R.F,  
de um lado, e A.P. dos S. F., de outro, em face da sentença de parcial  
procedência proferida nos autos da ação de divórcio, partilha, guarda e  
alimentos ajuizada pela segunda em desfavor do primeiro, nos seguintes  
termos:

“Ante o exposto, com fulcro nas disposições contidas no art. 487, I, do Código de Processo Civil, extinguindo o processo com julgamento de mérito, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado por ANA PAULA DOS SANTOS FERRARI em desfavor de EVANDRO REGIS FERRARI, para:

(a) confirmar as decisões de fls. 50 e 273-verso para:

(a.1) DECRETAR o divórcio do casal, já qualificado nos autos, com fulcro no art. 226 § 6º da Constituição Federal, declarando cessados os deveres de coabitação e fidelidade recíproca e o regime matrimonial de bens;

(a.2) CONCEDER a guarda definitiva do filho V G F à genitora;

(a.3) DETERMINAR que o direito de visitas seja exercido pelo genitor de forma intercalada, nos sábados dos 1º e 3º finais de semana, e nos domingos dos 2º e 4º finais de semana, com retirada do menor às 09:00 horas da manhã e devolução às 19:00 horas da noite, conforme acordo de fl. 50;

(a.4) DETERMINAR que a cônjuge volte a utilizar o nome de solteira, qual seja, A P dos S, providência já efetivada (fl. 277);

(b) FIXAR a pensão alimentícia em favor do menor V G F 01 (um) salário mínimo mensal, com vencimento até o 5º dia útil de cada mês;

(c) DETERMINAR a divisão do acervo patrimonial pertencente ao casal, na forma do artigo 1.667, e ss, do Código Civil, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada um, nos termos da fundamentação constante no tópico “b.1” supra, ficando relegada a avaliação, complementação de eventuais sonogados, bem como destinação de cada um dos bens e eventual compensação financeira por um dos cônjuges em favor do outro, para a fase de liquidação de sentença, a qual deverá realizar-se por arbitramento, na forma do art. 509, do Código de Processo Civil.

Por força da sucumbência recíproca, condeno a parte demandante ao pagamento de 30%(trinta por cento) das custas processuais, bem como honorários advocatícios, em favor do patrono da parte contrária,

estes desde já fixados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Por outro lado, condeno a parte requerida ao pagamento de 70%(setenta por cento) das custas processuais, bem como honorários advocatícios em favor do patrono da parte contrária R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), em ambos os casos atendidos os parâmetros dispostos no art. 85, §8º, CPC

Sustenta o varão, em síntese, que a sentença é *citra petita*, porquanto não se manifestou acerca do regime de bens adotado pelo casal, que é o da comunhão parcial e, não, como alega a autora, o da comunhão universal. Assevera que tal questão é de suma importância, haja vista que reflete na comunicabilidade do imóvel cuja partilha se persegue, porquanto adquirido pelo varão antes da celebração do casamento. Destaca que o pacto antenupcial celebrado, que definiu o regime da comunhão universal, não foi ratificado quando da realização do casamento, ocasião em que os nubentes optaram pela comunhão parcial, tornando, pois, absolutamente ineficaz a pactuação anterior.

Insurge-se, ainda, contra a comunicação de apenas uma das cinco dívidas arroladas na contestação e assinala que o fato de terem sido contraídas imediatamente antes do término da relação não as invalida. Diz, por fim, que os ônus sucumbenciais devem ser redistribuídos, observando o decaimento recíproco e de proporções equivalente das partes, o mesmo alegando com relação aos honorários.

Requer, a par de tais considerações, o conhecimento e provimento do apelo.

A virago, por seu turno, insurge-se contra a parte do comando sentencial que afastou da partilha a retroescavadeira, cuja propriedade do requerido é fato notório na cidade de Maravilha. Destaca que a prova testemunhal comprovou tal circunstância, de modo que o bem se comunica, e tendo sido permutado pelo apelado após o término da sociedade conjugal, deve ser indenizada quanto à metade do seu valor. À

luz de tal fundamento, requer o conhecimento e provimento do recurso.

Com as contrarrazões pertinentes, ascenderam os autos a esta Corte.

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Mário Luiz de Melo, que opina pela desnecessidade da intervenção.

Este é o relatório.

## VOTO

Os apelos satisfazem os requisitos de admissibilidade – são próprios, tempestivos e estão preparados – de sorte que deles conheço.

Na essência, a controvérsia estabelecida entre as partes persiste apenas com relação à partilha de bens, mais especificamente quanto ao imóvel que lhes serviu de residência na constância do casamento, além de uma retroescavadeira que, segundo alega a virago, foi adquirida pelo varão na constância da relação. Discute-se, ainda, a comunicabilidade de dívidas arroladas pelo marido na contestação, além daquela já partilhada por ocasião da sentença.

Há, no entanto, questão preliminar e indispensável ao correto encaminhamento da partilha, consubstanciada no regime de bens adotado pelo extinto casal.

Com efeito, colhe-se dos autos que em 26.10.2005, junto ao 1º Tabelionato de Notas e Protestos de Chapecó, os ora litigantes firmaram pacto antenupcial declarando que, quando da celebração do casamento, adotariam, de comum acordo e por livre deliberação, o regime da comunhão universal de bens (fls. 61/62). Sucede que, já em 17.06.2006, no momento da celebração do matrimônio perante o titular do Ofício do Registro Civil, adotaram o regime legal, isto é, o da comunhão parcial de bens, expressamente indicado no Termo de Casamento n. 1.226 e

devidamente firmado, gize-se, pelas partes (fls. 60 f-v).

Constam no autuado, portanto, duas certidões de casamento: uma apresentada pela virago, atestando o regime da comunhão universal de bens e fazendo expressa referência ao pacto antenupcial (fl. 93); outra colacionada aos autos pela varão, indicando o regime da comunhão parcial (fl. 63).

Na origem, o d. magistrado *a quo* considerou secundária a discussão travada entre as partes quanto ao regime de bens, haja vista relevar apenas à comunicabilidade do imóvel matriculado sob o n. 10.163 do RI de Maravilha/SC, adquirido previamente ao matrimônio, mas registrado em nome do varão já na sua constância, o que o torna bem comum sob o enfoque de quaisquer dos regimes. É que o marco temporal que interessa à comunicabilidade dos bens é a data da transcrição imobiliária e, não, a data da aquisição do patrimônio, de modo que, tendo o ocorrido o registro, insofismavelmente, na constância da relação, pouco importa tenha sido ela convolada sob o regime da comunhão universal ou parcial, já que o bem se comunica em ambos.

Ocorre que, antevendo a possibilidade de questões outras, extra autos, que terão seus desdobramentos afetados pela eleição de um regime a outro – cite-se, a guisa de exemplo, eventual partilha futura envolvendo sonegados –, entendi necessário angariar elementos que permitissem resolver a questão afeta ao regime de bens. Mesmo porque **a questão foi controvertida pelas partes** e, apesar disso, careceu de solução definitiva.

Tanto assim que, em preliminar de apelação, defende o réu a nulidade da sentença porque *citra petita*, o que deveria ser acolhido, não fosse a possibilidade de complementação da prestação jurisdicional já nesta Corte, como autoriza o art. 1.013, §3º, III, do CPC/15, mormente porque há elementos de prova suficientes ao deslinde do desajuste concernente ao regime de bens do casal.

Pois bem, frente ao inusitado da situação posta – duas certidões

de casamento com regimes e uma escritura pública de pacto antenupcial aparentemente não revogada – com vistas a alcançar a paz social, fim último de qualquer ação judicial, converti o julgamento em diligência e oficiei aos cartórios do Ofício de Registro Civil de Nova Itaperaba, Comarca de Chapecó/SC, oportunizando que o Titular, Sr. Anselmo de Paula Camargo, prestasse os esclarecimentos necessários quanto ao regime de bens do casamento de E. R. F. e A.P. dos S. (termo de casamento n. 1.226, folha 128 do livro de registros B-5), bem como esclarecesse a razão da existência de duas certidões de casamento emitidas pelo Ofício, cada qual com um regime diferente. Determinei, ainda, na mesma oportunidade, que se oficiasse ao 1º Tabelionato de Notas e Protestos da Comarca de Chapecó, tabelião o Sr. Ilvanio Loss Porto, para que prestasse informações quanto ao pacto antenupcial registrado no livro n. 0150-N, folha n. 044, de 26.10.2005.

A resposta do 1º Tabelionato de Notas e Protestos da Comarca de Chapecó ratifica a existência e validade do pacto, pois que à margem da correlata escritura **não existe “qualquer averbação que noticie modificação, revogação ou anulação do ato”** (fls. 391).

A resposta da Escrivania de Paz de Nova Itaperaba, **sob intervenção por ordem da Corregedoria de Justiça desse Tribunal**, por seu turno, permite verificar que a celebração do casamento civil, perante a autoridade competente, se deu pelo regime legal, de tal modo que na transcrição do termo de casamento n. 1.226 para o livro competente constou **o regime da comunhão parcial de bens**. Nada obstante, frisou a própria Escrivã de Paz interventora, **no processo de habilitação do casamento dos então nubentes consta o pacto antenupcial com eleição do regime da comunhão universal (fls. 423), bem como declaração devidamente firmada pelos consortes, no sentido de ratificar a adoção do prefalado regime (fls. 409) e, ainda, um pedido de “retificação de registro de casamento”, não assinado, em que a interessada assevera que o regime anotado em**



**seu assento de casamento está incorreto.**

Ora, no contexto delineado e à luz da boa-fé objetiva, parece mesmo flagrante a existência da incorreção, se não por dolo, ao menos por erro quando, tão somente no dia da celebração do casamento civil, optou-se por regime diverso daquele que, insistentemente, manifestaram os nubentes a vontade de adotar.

Com efeito, em 26.10.2005, as partes lavraram escritura pública de pacto antenupcial adotando o regime da comunhão universal, não modificada, anulada ou revogada por qualquer ato posterior, insisto, conforme informado pelo próprio Tabelião que a lavrou.

Já em 16.05.2006, requereram a habilitação para casar – e o processo de habilitação para o casamento, frise-se, é formal e tem sua disciplina nos arts. 1.525 e seguintes do Código Civil – e **(a)** apresentaram ao oficial o pacto antenupcial com adoção do regime da comunhão universal (ratificando, pois, a intenção nele manifestada) e **(b)** firmaram termo específico, perante o oficial do Registro Civil, declarando “*que o casamento será realizado pelo regime da COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS*” (ratificando, pois, expressamente e pela segunda vez a adoção do referido regime).

Ainda, firmaram outro documento, denominado “Termo de Apresentação do Artigo 1.528 do CCB”, no qual declaram “*de livre vontade e para todos os fins de direito que no cartório de Ofício de Registro Civil de Nova Itaberaba, foram devidamente esclarecidos pelo titular, acerca dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem assim sobre os diversos regimes de bens, suas variações e efeitos, superando toda e qualquer dúvida nesse sentido*” (fl. 412).

No mesmo dia 16.05.2006, verificando que toda a documentação estava em conformidade com o que exige a lei, foi deferido o pedido para que casamento se realizasse dentro de trinta dias, no dia 17.06.2006 (fl. 411), de tal modo que, nos termos do art. 1.531 e 1.532, o oficial extraiu o

“*certificado de habilitação para o casamento civil*” (fl. 408), encerrando, pois, o processo de habilitação.

O passo seguinte é a celebração do casamento que, nos termos do art. 1.533 do CC/02 celebrar-se-á “*no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, **que se mostrem habilitados com a certidão do art. 1.531***”. É dizer, a celebração do casamento **vincula-se, necessariamente, ao processo de habilitação que o precede**, e na habilitação, não há o menor espaço para dúvidas, as partes elegeram **o regime da comunhão universal**, adotando todas as formalidades necessárias a tanto.

Na data apazada, 17.06.2006, os contraentes compareceram ao cartório para, tão só, assinar o termo de casamento e serem declarados, enfim casados. Na ocasião, segundo o art. 1.535 do CC/02, “*Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: “De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados”*”.

É dizer, **não se lhes abre, nessa oportunidade, a opção de ratificar ou retificar o regime de bens eleito**, mesmo porque a celebração do casamento **vincula-se, necessariamente, ao processo de habilitação** que o precede, daí por que se me afigura de todo inverossímil a tese do varão no sentido de que a vontade que exprimiram, no momento da celebração, era a de casar sob o regime legal.

Ora, se, de fato, pretendiam, como afirma o apelante, convolar núpcias pelo regime da comunhão parcial, negando vigência a tudo que afirmaram na habilitação, então a celebração obrigatoriamente deveria ser obstada **para que o próprio processo de habilitação fosse retificado**.

A inobservância disso ou, ainda, a ausência de qualquer menção, onde quer que seja, quanto à modificação substancial da vontade das partes até então manifestada desnuda, a meu convicto sentir, **o flagrante erro material do termo de casamento quando anota como eleito o regime da comunhão parcial de bens.**

Tão evidente é o equívoco que, no próprio processo de habilitação, consta o pedido da virago de retificação do termo de casamento, sendo que a declaração foi elaborada não pela interessada, mas pelo próprio Cartório do Registro Civil de Nova Itaberaba, conforme comprovam as cópias dos e-mails trocados entre a virago e “*danielacanei@...*” e “*anselmo\_i\_taberaba@*” – ninguém menos do que o próprio oficial registrador – tratando do pedido de retificação do regime de bens (fls. 99/101). E, no tópico, ainda que não necessariamente atrelado ao ocorrido no caso em testilha, parece oportuno rememorar que a Escritania de Paz do Município de Nova Itaberaba esta sob intervenção deste Tribunal desde maio de 2017.

Destarte, há erro material no termo de casamento n. 1.226 L B 5 F128v, cuja cópia repousa à fl. 60, e este deverá, necessariamente, ser retificado pela serventia competente para fazer constar a adoção do regime da comunhão universal de bens, conforme escritura pública de pacto antenupcial e processo de habilitação correspondente ao termo.

A propósito, a tese do réu, no sentido de que o pacto, embora formalmente válido, acabou por se revelar ineficaz, eis que o casamento que a ele se seguiu não “ratificou” o regime de bens eleito anteriormente, se me afigura de todo violadora da boa-fé objetiva.

Com efeito, não se nega que o pacto antenupcial está intrinsecamente relacionado à autonomia privada e a escritura pública a ele correlata tem cunho meramente declaratório, ficando a sua eficácia, por definição legal, sujeita à condição suspensiva, consubstanciada na celebração do matrimônio (arts. 1.639 e 1.640, ambos do Código Civil).

Nada obstante, a formalização do instrumento público de pacto antenupcial constitui, segundo a doutrina, negócio jurídico de direito de família.

Outrossim, negócios jurídicos consumam-se através de contratos (típicos ou atípicos) e, tendo sido formalizado por instrumento público, como é da sua essência, o seu desfazimento, a teor do art. 472 do CC, pressupõe a observância da mesma forma, sem o que não há como reputá-lo, presumidamente, inválido ou ineficaz, mormente quando a referida escritura pública de pacto antenupcial não foi omitida ou desconsiderada do processo de habilitação de casamento dos litigantes, mas ao revés, dele constitui parte integrante.

Nesse sentido, aliás, oportuno citar a lição sempre valiosa de SILVIO RODRIGUES, para quem *“uma das finalidades da forma imposta aos negócios jurídicos é a de chamar a atenção daqueles que deles participam para a seriedade da atitude que estão tomando”*:

“[...] o pacto antenupcial será nulo não se fazendo por escritura pública, ou não se lhe seguindo o casamento (art. 256, parágrafo único), o que vale dizer que havendo a convenção sido formalizada através de escritura pública e seguindo-se-lhe o casamento, o regime de bens, solenemente pactuado, entra automaticamente em vigor.

[...]

Pode-se imaginar a hipótese de os nubentes, após a outorga do pacto antenupcial, e antes do casamento, se arrependem da estipulação contratual constante da escritura, decidindo escolher um outro regime. Claro que é possível fazê-lo legalmente. Todavia **é preciso que isso ocorra de maneira incontestável, sendo certo que meu eminente colega Prof. Washington de Barros Monteiro sustenta que tal arrependimento deva externar-se através de outra escritura.** Vênia é pedida para transcrever sua lição, que adoto integralmente:

*“Lavrada escritura antenupcial, estabelecendo determinado regime, não pode ser este modificado ou revogado no termo de casamento. Só mediante novo pacto se permite alterar estipulação anterior.*

*Finalmente, de acordo com a lei, nula será ainda a convenção antenupcial se não se lhe seguir o casamento (art. 256, nº II). O pacto antenupcial deve preceder à realização do matrimônio; trata-se de estipulação sujeita a condição suspensiva, si nuptia sequantur. Não se lhe seguindo o casamento, a convenção inquina-se de nulidade. Mais propriamente poder-se-ia afirmar que o subsequente matrimônio constitui o fato vitalizador do pacto antenupcial” (Curso de direito civil; direito de família, 6. ed., Saraiva, 1964, v. 2, p. 155).*

Em nota de rodapé ao primeiro parágrafo, o sábio civilista remete seu leitor para arestos constantes na RF. 132:94 e no A.I. 114:556. Transcrevi o segundo parágrafo para aproveitar a formosa imagem nele contida, quando se diz que o **subsequente matrimônio constitui o fato vitalizador do pacto antenupcial. Isso equivale a dizer que formalizada a escritura pública em que os nubentes adotaram determinado regime de bens, este entrará inexoravelmente em vigor com a realização do matrimônio**”. (RODRIGUES, Silvio. Direito civil aplicado. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1996. p. xx)

Transmutando a lição do eminente civilista para o caso em foco, é lícito dizer que a juntada do pacto antenupcial ao processo de habilitação do casamento e, ainda, a declaração específica dos contraentes no bojo do processo quanto à adoção do regime da comunhão universal de bens **é que representa a manifestação livre e desimpedida de vontade das partes**, nada havendo de “*indivudável*”, para utilizar o termo do jurista, quanto ao suposto arrependimento dos contraentes. Ao contrário disso, tudo nos autos indica que configura mero erro material a indicação de regime diverso no termo de casamento, erro do qual o varão, astuciosamente e contrariando a boa-fé objetiva, tenta, agora, aproveitar-se.

Admite-se, pois, a possibilidade de que os nubentes, a despeito da celebração anterior de pacto antenupcial, decidam convolar o casamento sob regime diverso, negando efeito ao que declararam em momento anterior. Pode-se reconhecer como possível, ademais, que o façam sem lavrar nova escritura pública para anular a primeira, ao contrário do que

recomenda o rigor da lei (art. 472, CC), de modo a sobrelevar a vontade das partes em detrimento do formalismo injustificado. Mas isso desde que, ao menos, no processo de habilitação do casamento, manifestem os contraentes, sem peias ou amarras, de forma clara e inequívoca, que optaram por escolher regime diverso, de tal forma que todo o processo de habilitação do casamento se revele coerente com a sua celebração perante a autoridade competente.

Destarte, reconhecendo a existência de erro material no termo de casamento n. 1.226 L B 5 F128v (fl. 60), averbo que o regime legal do matrimônio celebrado entre os litigantes **é o da comunhão universal**, o que, a um só tempo, preenche a lacuna deixada pelo julgamento de origem, superando o vício da decisão *citra petita* levantada pelo apelante, e fixa a premissa necessária ao imediato encaminhamento da partilha dos bens.

Alusivamente ao imóvel matriculado sob o n. 10.163, é indubitosa a comunicabilidade, pois no regime da comunhão universal comunicam-se todos os bens do casal, presentes e futuros, de forma que a sua aquisição, em nome exclusivo do réu, em data anterior ao casamento, não é circunstância capaz de afastar aludido imóvel da partilha.

Ainda que assim não fosse e se concluísse pela vigência, *in casu*, do regime da comunhão parcial, perfilho-me ao entendimento externado na origem, no sentido de que a aquisição da propriedade, no ordenamento jurídico brasileiro, opera-se com a transcrição do título no fôlio imobiliário, o que se deu na vigência do conúbio.

Nesse sentido, vale transcrever o disposto nos arts. 1.245 e 1.246 do Código Civil:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.

Nesta Corte, o entendimento não discrepa:

“DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO (CRFB, ART. 226, § 3º; E CC, ART. 1.723, CAPUT). PARTILHA DE BENS (CC, ART. 1.725). PRETENSÃO DEDUZIDA PELA EX-COMPANHEIRA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL PROLATADA NA ORIGEM. APELAÇÃO. INSURGÊNCIA DA COMPANHEIRA. PRETENSÃO RECURSAL DE AFASTAR DO ACERVO PARTILHÁVEL IMÓVEL QUE TERIA SIDO ADQUIRIDO MEDIANTE PERMUTA COM OUTRO DE SUA EXCLUSIVA E ANTERIOR PROPRIEDADE. SUB-ROGAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 1.659, II, DO CÓDIGO CIVIL NÃO DEMONSTRADA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES CONSTANTES NO REGISTRO PÚBLICO. ATRIBUTO INAFASTÁVEL NO CASO. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE NA CONSTÂNCIA DA RELAÇÃO CONJUGAL. PRESUNÇÃO DE ESFORÇO COMUM. DIVISÃO MANTIDA. INCLUSÃO DE OUTRO IMÓVEL REGISTRADO EM NOME DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE. SUPOSTA COMPRA E VENDA NÃO TRANSCRITA NO RESPECTIVO ÁLBUM IMOBILIÁRIO. COMPROMISSO, ADEMAIS, VEICULADO EM DOCUMENTO PARTICULAR QUE NÃO TEM O CONDÃO DE TRANSFERIR A PROPRIEDADE DE IMÓVEL. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.245, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. PROVAS ORAL E DOCUMENTAL INCAPAZES DE DERRUIR A FORÇA PROBANTE DO REGISTRO PÚBLICO. ÔNUS PROBATÓRIO QUE RECAÍA SOBRE A REQUERENTE, CONFORME DICÇÃO DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO”. (TJSC, Apelação Cível n. 0016036-45.2008.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Luiz Felipe

Schuch, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 19-02-2018).

Ainda:

“DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA CONVERTIDA EM DIVÓRCIO POR SENTENÇA (ART. 226, § 6.º, DA CR). CASAMENTO CELEBRADO SOB O REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. IRRESIGNAÇÃO DO VARÃO. RECURSO LIMITADO À EXCLUSÃO, DA PARTILHA, DE DOIS BENS (UMA CAMIONETE E UMA SALA COMERCIAL). VEÍCULO QUE, ALGUM TEMPO ANTES DA CELEBRAÇÃO MATRIMONIAL, TERIA SIDO ALIENADO A UM IRMÃO DO VARÃO. APELANTE QUE, TODAVIA, TENCIONA COMPROVAR O ARGUMENTO POR MEIO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. INVIABILIDADE, CONTUDO, DIANTE DE VEDAÇÃO LEGAL (ART. 401 DO CPC E ART. 203 DO CC). SALA COMERCIAL REGISTRADA, DE SUA PARTE, EM NOME DO RECORRENTE, O QUAL SUSTENTA HAVER SIDO O IMÓVEL ADQUIRIDO POR SEU PAI E DE SER DE USO EXCLUSIVO DA SUA FAMÍLIA. PROPRIEDADE DO BEM IMÓVEL QUE, TODAVIA, SE COMPROVA ATRAVÉS DO RESPECTIVO REGISTRO IMOBILIÁRIO (ART. 1.245 DO CC). BENS QUE INTEGRAVAM O PATRIMÔNIO DO VARÃO À ÉPOCA DO CASAMENTO E, PORTANTO, DEVEM, INAFASTAVELMENTE, COMPOR A PARTILHA DOS BENS DO CASAL. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA BEM DISTRIBUÍDOS NA ORIGEM. SENTENÇA QUE FEZ JUSTIÇA AOS LITIGANTES. RECURSO DESPROVIDO”. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.032310-4, de Videira, rel. Des. Eládio Torret Rocha, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 26-06-2014).

Também:

“PROCESSO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. PARTILHA. IMÓVEL. ART. 1.245 DO CÓDIGO CIVIL. HIGIDEZ DO REGISTRO IMOBILIÁRIO EM NOME DO EX-CÔNJUGE. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE ESCRITURA PÚBLICA DELINEANDO QUALQUER NEGÓCIO DE COMPRA E



VENDA COM OUTREM. INCLUSÃO, OUTROSSIM, DA ACESSÃO ALI ERGUIDA NA DIVISÃO. ALUGUERES CABÍVEIS ATÉ A ALIENAÇÃO. EMBARCAÇÃO. RENDA DEVIDA À EX-CÔNJUGE NA PROPORÇÃO DA METADE DA PROPRIEDADE DO RÉU. ALIMENTOS AOS FILHOS. ART. 1.694 DO CÓDIGO CIVIL. BINÔMIO NECESSIDADE/UTILIDADE. VERBA ESTABELECIDADA EM PATAMAR CORRETO NA HIPÓTESE VERTENTE. ADULTÉRIO. DANOS MORAIS NÃO OCORRENTES. RECURSOS DESPROVIDOS. A propriedade sobre bem imóvel se prova pelo registro público (art. 1.245 do Código Civil), que no caso está em nome do ex-cônjuge. Além disso, a idoneidade da transferência da coisa aos seus pais pressupunha, no mínimo, escritura pública, conforme enuncia o art. 108 do Diploma Material Civil, o que não existe nos autos. Assim, necessária se faz a inclusão do bem na divisão. Não se pode concluir sequer que o prédio erguido sobre o solo durante o relacionamento foi custeado pelos genitores do demandado, porquanto temerária a prova testemunhal a fim de indicar que eles quitaram as despesas com a obra, as quais poderiam ser facilmente expressas por meio de documentos, como notas fiscais e recibos de mão de obra. Outrossim, é justa a imposição de alugueres equivalentes à metade dos apartamentos, por tratar-se de renda que a autora poderia obter se dispusesse da coisa, até que sobrevenha a partilha final do aludido bem, exatamente como se determinou em primeiro grau. Reconhecida a propriedade do réu sobre metade de uma embarcação pesqueira, é cabível o ressarcimento do quinhão correspondente à autora, além de compensação equivalente a 25% do ganho líquido, até que seja ultimada a partilha. O art. 1.694 do Código Civil autoriza a prestação alimentar entre parentes, cônjuges e companheiros, desde que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. A fixação da verba, consoante o § 1º do citado dispositivo, por sua vez, deve levar em consideração as necessidades do alimentando, bem como a possibilidade econômico-financeira do alimentante. Respeitados que foram os requisitos na hipótese, encontra-se incensurável a verba estipulada na sentença vergastada”. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.036488-7, de Porto Belo, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 22-10-2013).

E mais:

*“O novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), no que tange à forma de aquisição da propriedade imóvel, manteve a sistemática adotada pelo diploma anterior, exigindo, para tanto, a transcrição do título translativo em registro público apropriado (art. 1.245). Ademais, conforme reza o art. 108, do mesmo diploma legal, ‘não dispendo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.’” (Resp n.º 254875/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 30-8-2004). Dessa feita, ocorrendo a transferência da propriedade imóvel na constância da união estável, além de ausentes quaisquer das hipóteses excludentes previstas no art. 1.659 do Código Civil - porquanto tal ônus, à teor do disposto no inciso II do art. 333 do Código de Processo Civil, cabia à parte ré, haja vista se tratar de fato impeditivo do direito da autora, o que não restou devidamente comprovado -, impõe-se manter a partilha do aludido bem.” (Apelação Cível nº 2010.034508-4, de Braço do Norte, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 02/04/2013).*

Dessa forma, não há falar, como sustenta o réu, em exclusão do imóvel que serviu de residência ao casal da partilha, porquanto a transferência da sua propriedade, perante o álbum imobiliário, deu-se na constância da relação marital, a atrair, bem por isso e em quaisquer dos regimes em discussão, a sua comunicabilidade.

Com relação à retroescavadeira JCB, cuja titularidade é atribuída ao réu pela autora, não há provas documentais da propriedade, o que resultou no seu afastamento da partilha pelo magistrado *a quo*.

E, de fato, não há prova segura e escoimada de dúvidas de que o bem pertencia ao varão. Ainda que o testemunho de I. B., então esposa de um dos donos das empresas para as quais o requerido teria locado a máquina, confirme que a locação era feita com a pessoa do réu, esse trabalha como vendedor dessas máquinas e afirmou que era praxe aproximar os clientes que as compravam, daqueles que delas necessitavam por determinado

período. É dizer, a forma como se comportava, intermediando locações, poderia transparecer a ideia equivocada de que era o proprietário da retroescavadeira perante terceiros, o que não permite afirmar, com segurança, que o fosse.

O depoimento de N. T. D. M. V., que trabalhava na residência do casal como auxiliar doméstica, é bem verdade, confirma que o réu locava equipamentos e referia-se a um “sócio” quando o fazia, o que, entretanto, não se presta a sustentar a comunicabilidade de bem cuja propriedade é incerta.

Vale destacar, ainda, que a autora atribui ao réu a propriedade de uma retroescavadeira, ao passo que a testemunha I. B. afirmou ter locado uma escavadeira hidráulica, negando, ainda, que as fotografias de fls. 94/95 refiram-se a trabalho executado em sua propriedade, como alegou a demandante ao trazer as imagens aos autos.

Não constam do caderno processual, no mais, provas do pagamento da máquina pelo réu, salvo um extrato bancário de conta de titularidade da própria autora, noticiando a transferência de R\$ 10.000,00 em favor de Pastori & Pastori, valor infinitamente menor do que aquele necessário à aquisição de implemento agrícola de tal porte.

Desse modo, no confronto entre a alegada propriedade da retroescavadeira, defendida na inicial, e a negativa sustentada na resposta como meio de defesa, devem as partes, por força das regras que disciplinam o ônus da prova, fazer com que a carga de convencimento resulte inclinada para o seu lado, vencendo a causa aquela que melhor executar essa tarefa, conforme aquilo que se intitulou denominar verossimilhança preponderante.

Provar, na lição de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “*é conduzir o destinatário do ato (o juiz, no caso dos litígios sobre negócios jurídicos) a se convencer da verdade acerca de um fato. Provar é conduzir a inteligência a descobrir a verdade*”. (Curso de Direito Processual

Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pg. 381).

Não é o outro o magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES ao ponderar que a prova nada mais é do que “*meio e modo utilizados pelos litigantes com o escopo de convencer o juiz da veracidade dos fatos por eles alegados, e igualmente, pelo magistrado, para formar sua convicção sobre os fatos que constituem a base empírica da lide.*” (Curso de Direito Processual Civil - Processo de Conhecimento. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 336).

Por certo, o *iter* intelectual do julgador, sob qual está assentado o seu convencimento, não pode e não deve estar lastreado em prova conflitante, devendo, ao contrário disso, estar supedaneado em elementos com espessura suficiente para gerar uma convicção escoimada de dúvidas e incertezas, elementos esses que não vieram aos autos, a atrair conclusão pela incomunicabilidade do maquinário.

Por fim, no que respeita à partilha das dívidas alegadamente contraídas pelo casal, tampouco há o que retocar na sentença e os argumentos do cônjuge varão são incapazes de arredar a fundamentação eficiente e concisa do magistrado *a quo*.

De fato, como acertadamente referido na origem, a existência das dívidas estampadas nas duas notas promissórias (fls. 79/80), no valor de R\$ 5.200,00 e R\$ 15.000,00, respectivamente, é altamente duvidosa, porquanto, além de negadas pela cônjuge virago, teriam sido contraídas em setembro e outubro de 2011, portanto, às vésperas da separação fática do casal e dos problemas relatados no boletim de ocorrência inserto à fl. 16, de janeiro de 2012.

Os títulos representativos dos débitos, ademais, embora formalmente adequados, são de fácil produção, não estando ratificados por quaisquer outras provas documentais ou, mesmo, orais, circunstâncias que, a meu aviso, derruem a presunção de reversão do valor dos créditos em prol da entidade familiar e, bem por isso, impedem

a comunicação entre os ex-consortes.

Ainda, não há prova de que o débito contraído junto ao Banco Santander, na importância de R\$ 1.202,00, seja contemporâneo à constância da relação conjugal, sendo que o único documento relacionado à dívida, juntado à fl. 77 dos autos, alude a maio de 2012, quando as partes já estavam separadas de fato.

Por fim, o valor de R\$ 4.213,00 arrolado pelo réu como dívida comum, em verdade, a par do que revela o seu próprio depoimento pessoal, refere-se ao conserto do seu veículo de trabalho (Fiat Palio), o qual pertence à empresa na qual labora, não constituindo, pois, bem comum. Inexiste, assim, razão para que se determine a comunicação do débito com a autora, que não contribuiu para a existência da dívida.

Derradeiramente, no que pertine à distribuição dos ônus da sucumbência, uma vez mais irretocável a sentença apelada, porquanto o seu rateio entre as partes, à proporção de 70% a cargo do cônjuge varão e 30% a cargo do cônjuge virago, bem observa o decaimento recíproco de ambas, à luz dos pedidos formulados à inicial e, também, em contestação.

De fato, a autora decaiu tão só quanto ao pleito de divisão da máquina agrícola, ao passo que o varão sagrou-se vencedor apenas e tão somente com relação à partilha de uma das cinco dívidas arroladas, configurando o seu decaimento em parte maior dos pedidos, conjuntamente considerados, o que justifica a sua condenação, também maior, nos ônus da sucumbência.

Ante o exposto, conheço dos apelos interpostos, nego provimento ao da parte autora e dou parcial provimento ao do réu, apenas e tão somente no que toca à preliminar relacionada à omissão da sentença quanto ao regime de bens do casal, sem, contudo, qualquer desdobramento sobre a partilha do acervo comum.

Este é o voto.

**Agravo de Instrumento n. 0031816-98.2016.8.24.0000 e Agravo n. 0031816-98.2016.8.24.0000/50002, Laguna**

Relator: Desembargador Raulino Jacó Bruning

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. ALUNO PORTADOR DE TRANSTORNO GLOBAL DE DESENVOLVIMENTO – ESPECTRO AUTISTA. RECONVENÇÃO COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. DECISÃO QUE DETERMINOU A CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR ESPECIALIZADO PARA O ALUNO. RECURSO DA DEMANDANTE/ RECONVINDA. **1.** SUPOSTA AUSÊNCIA DO PLEITO NA AÇÃO RECONVENCIONAL. INSUBSISTÊNCIA. **2.** OBRIGATORIEDADE DE INSERÇÃO E ADAPTAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ENSINO REGULAR QUE ABRANGE AS INSTITUIÇÕES DE ENSINO PRIVADAS. **3.** LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL QUE GARANTE A CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS CAPACITADOS PARA ACOMPANHAMENTO DO ALUNO. **4.** PROIBIÇÃO DE ÔNUS FINANCEIRO. EXEGESE DO ARTIGO 28, § 1ª, DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI N. 13.146/2015). **5.** EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE, NO CASO CONCRETO, DENOTAM A PROBABILIDADE DO DIREITO DO RECONVINTE E O PERIGO DE DANO (ATRASO NO DESENVOLVIMENTO). CONTUDO, DESNECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO EXCLUSIVA EM ESPECTRO AUTISTA, BASTANDO O APERFEIÇOAMENTO EM EDUCAÇÃO ESPECIAL. **6.** RECURSÓ CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. **7.** AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0031816-98.2016.8.24.0000 e Agravo n. 0031816-98.2016.8.24.0000/50002, da Comarca de Laguna (1ª Vara Cível), em que é agravante S. D. P. E. M. do C. S. M. e agravado P. N. V., representado pela genitora C. L. N.:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime: a) conhecer e dar parcial provimento ao agravo de instrumento apenas para permitir a contratação de professor com especialização em educação especial (não exclusivamente direcionada a crianças portadoras do espectro autista); e b) declarar prejudicado o agravo interposto em face da decisão que negou o efeito suspensivo ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido por este Relator e dele participaram os Desembargadores André Carvalho e Jorge Luis Costa Beber.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Alexandre Herculano Abreu.

Florianópolis, 12 de abril de 2018.

Desembargador Raulino Jacó Bruning  
PRESIDENTE E RELATOR

## RELATÓRIO

Na Comarca de Laguna, S. D. P. E. M. do C. S. M. ajuizou ação de rescisão de contrato com pedido de tutela antecipada em face de P. N. V., representado por sua genitora, C. L. N., sob o fundamento de que o menor não tem condições de frequentar o sistema regular de ensino, pois sua condição de deficiente (transtorno global de desenvolvimento – espectro autista) mostra-se deveras grave, tornando-o incapaz de acompanhar

as atividades propostas pela instituição autora durante o ano letivo. Aduziu, ainda, que tal fato ocasiona problemas em sala de aula, diante da agressividade do réu e da difícil lida com a família do mesmo – que se recusa a cumprir as normas do colégio (permanecendo no ambiente interno além do horário permitido). Por esses motivos, a demandante clamou pela rescisão do contrato de prestação de serviços educacionais entabulado com o requerido (autos n. 0302104-98.2015.8.24.0040, fls. 30/46).

Em contestação e reconvenção, o demandado sustentou, em suma, seu regular aproveitamento no estabelecimento da autora. No mais, requereu a imediata contratação de professor especializado para fins de acompanhamento do aluno em sala de aula (fls. 211/235).

O pedido efetuado sob o regime de tutela de urgência restou negado pelo Togado *a quo* (fls. 404/405 do feito principal).

No entanto, após petição apresentada pela parte reconvincente (fls. 406/410 dos autos principais), o Magistrado reconsiderou o *decisum* (fls. 18/24), nos seguintes termos:

DEFIRO o pedido de TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPATÓRIA formulado pela parte requerida/reconvincente, eis que preenchidos os requisitos do art. 297 c/c art. 300, caput, do novo Código de Processo Civil.

Em decorrência, CONCEDO, liminarmente, a TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPATÓRIA tendente a ORDENAR que a parte requerente/reconvinda, SOCIEDADE DIVINA PROVIDÊNCIA - COLÉGIO STELLA MARIS, providencie, no prazo de 10 (dez) dias, a contratação de Professor Auxiliar Especializado em favor do requerido/reconvincente, sem qualquer custo adicional ao mesmo (cfe art. 28, § único, da Lei nº 13.146/2015), enquanto matriculado, sob pena de astreintes no valor de R\$ 500,00 por dia de descumprimento, o que deverá prevalecer até nova decisão ou sentença final.

No mesmo prazo, AUTORIZO, desde já, que a parte requerente/



reconvinda comprove nos autos a existência do profissional especializado, quando os autos deverão vir conclusos para revogação da decisão, ciente a parte de que não comprovada a especialização do profissional, permanecerá hígida a decisão anterior, sem suspensão do prazo concedido para seu cumprimento.

DETERMINO a intimação da parte requerente/reconvinda para cumprimento da decisão *supra*.

Inconformada, S. D. P. E. M. do C. S. M. interpõe agravo de instrumento (fls. 2/15), alegando que: a) a obrigação incondicional de educação se insere na ordem pública; no que tange ao ensino privado, o preço do serviço exige pagamento do educando, não se podendo onerar a requerente/reconvinda com o objetivo de oferecer educação especial ao aluno deficiente; b) não houve, na reconvenção, o pedido da tutela provisória de urgência deferido pelo Togado de primeira instância; c) o “professor auxiliar” disposto no artigo 8º da Resolução 91/99 do Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina cuida-se de profissional que atua em sala para auxílio exclusivo do professor regente (e não de algum estudante específico), donde exsurge a conclusão de que a agravante já cumpre com a exigência disposta na legislação; d) inexistente lei que obrigue a contratação de mais de um professor auxiliar; e) houve intempestiva emenda à petição inicial da reconvenção e o prejuízo ao contraditório e ampla defesa afigura-se manifesto na hipótese em tela, porque a reconvinda não pode demonstrar o impacto financeiro que o deferimento do pedido ora em discussão lhe acarreta; f) o parágrafo único do artigo 3º da Lei 12.764/12 garante ao educando autista “*acompanhante especializado*” (não professor), e somente “*em casos de comprovada necessidade*”; g) o acompanhante especializado exerce atividade equivalente aos profissionais da área da saúde, em nada se confundindo com o apoio pedagógico fornecido pelo colégio; h) ou seja, inexistente a figura do professor especializado na forma em que especificada pelo Juiz *a quo* (reforço escolar); i) apesar da cobrança de adicionais ser ilícita, o pagamento do preço integral do serviço não o é,

de modo que o valor do profissional contratado deve ser integrado ao montante total da mensalidade do agravado; j) os professores habilitados ao magistério estão aptos à prestação do serviço de atendimento ao deficiente, não se mostrando necessária a contratação de outro profissional com especialização específica; k) *“mesmo que existisse uma figura assemelhada, e que as instituições de ensino, mormente as privadas, fossem obrigadas na contratação, a prestação do serviço exclusivo dependeria de diagnóstico médico acerca da capacidade do educando de aproveitamento do currículo básico do nível de ensino respectivo e da necessidade de profissional para ensino exclusivo”* (fl. 9); l) o argumento, constante da exordial da ação rescisória, de que o réu é incapaz de aproveitar o currículo básico foi redigido com o intuito de rescindir o contrato, não podendo ser aproveitado para justificar maior apoio pedagógico ao aluno; m) com ou sem ajuda de profissional extra, a deficiência do recorrido inviabiliza a frequência no sistema regular de ensino, conforme atestado em laudo confeccionado pelos profissionais do colégio; n) os pareceres juntados pelo reconvinente não se mostram coerentes com a necessidade do profissional especializado. Logo, *“ausente o diagnóstico médico quanto à deficiência do adverso, especialmente para avaliação da capacidade de aproveitamento do currículo básico do nível de ensino, e inexistindo obrigação legal de as instituições de ensino privado contratarem “professor auxiliar especializado” para serviço exclusivo e individual ao educando deficiente, pugna-se pela suspensão da ordem e, ao final, pelo provimento do agravo para que se exonere a autora da observância do decisum”* (fl. 12).

A Câmara Civil Especial indeferiu o efeito suspensivo (fls. 409/411). Contra essa decisão, a parte agravante opôs embargos de declaração (fls. 415/419), os quais resultaram acolhidos apenas para sanar as omissões apontadas, mantendo-se na íntegra o indeferimento do pleito (fls. 430/434).

Ato contínuo, a instituição de ensino opôs novos aclaratórios (fls.

438/442), dessa vez rejeitados (fls. 444/446).

S. D. P. E. M. do C. S. M., então, interpôs agravo, com fulcro no artigo 1.021 do novo Código de Processo Civil (fls. 448/452). No seu entender, *há error in procedendo na decisão hostilizada, porquanto ausente manifestação “(I) quanto à prestação do “atendimento educacional especializado” pelos professores habilitados ao magistério e (II) quanto ao exercício do direito de cobrança do serviço imposto no decisum de primeiro grau, ou apresentando as questões esboçadas nesse agravo interno para julgamento pelo Órgão Colegiado”* (fl. 452).

Às fls. 474/475, o Desembargador Artur Jenichen Filho determinou a redistribuição do recurso à Câmara competente para o julgamento de ambos agravos.

Contrarrazões do agravo de instrumento às fls. 421/428 e contraminuta do agravo do artigo 1.021 do novel Diploma Processual Civil às fls. 467/472.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Mário Luiz de Melo, alvitrando o conhecimento e desprovimento dos recursos (fls. 485/495).

## VOTO

### 1. Do agravo interno

Intenta a recorrente a reforma do *decisum* que negou efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto em face da decisão que deferiu o pleito de imediata contratação de professor auxiliar para o réu P. N. V.

Nada obstante, tem-se que a matéria de fundo será analisada adiante, neste mesmo aresto. Por corolário lógico, resta prejudicado o exame do presente recurso.

Nesse mesmo sentido:

AGRAVO INTERNO. PRETENSÃO DE REFORMA DO DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA RECURSAL. JULGAMENTO COLEGIADO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PERDA DE OBJETO. ART. 932, III, DO CPC. (TJSC, Agravo n. 4014124-18.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, j. 11-7-2017).

AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO PRINCIPAL JULGADO NESTA SESSÃO. CONSEQUENTE PERDA DO OBJETO DA INSURGÊNCIA INCIDENTE. NÃO CONHECIMENTO. (TJSC, Agravo Regimental n. 0019384-47.2016.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. 4-7-2017).

## **2. Do agravo de instrumento**

O recurso é tempestivo (fl. 25) e está munido de preparo (fls. 26/27).

A agravante objetiva a reforma da decisão interlocutória de deferimento da tutela de urgência requerida em reconvenção por P. N. V., representado pela genitora C. S. M.

Alega, para tanto, que: a) a obrigação incondicional de educação se insere na ordem pública; no que tange ao ensino privado, o preço do serviço exige pagamento do educando, não se podendo onerar a requerente/reconvinda com o objetivo de oferecer educação especial ao aluno deficiente; b) não houve, na reconvenção, o pedido da tutela provisória de urgência deferido pelo Togado de primeira instância; c) o “professor auxiliar” disposto no artigo 8º da Resolução 91/99 do Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina cuida-se de profissional que atua em sala para auxílio exclusivo do professor regente (e não de algum estudante específico), donde exsurge a conclusão de que a agravante já cumpre com a exigência disposta na legislação; d)

inexiste lei que obrigue a contratação de mais de um professor auxiliar; e) houve intempestiva emenda à petição inicial da reconvenção e o prejuízo ao contraditório e ampla defesa afigura-se manifesto na hipótese em tela, porque a reconvinção não pode demonstrar o impacto financeiro que o deferimento do pedido ora em discussão lhe acarreta; f) o parágrafo único do artigo 3º da Lei 12.764/12 garante ao educando autista “*acompanhante especializado*” (não professor), e somente “*em casos de comprovada necessidade*”; g) o acompanhante especializado exerce atividade equivalente aos profissionais da área da saúde, em nada se confundindo com o apoio pedagógico fornecido pelo colégio; h) ou seja, inexiste a figura do professor especializado na forma em que especificada pelo Juiz *a quo* (reforço escolar); i) apesar da cobrança de adicionais ser ilícita, o pagamento do preço integral do serviço não o é, de modo que o valor do profissional contratado deve ser integrado ao montante total da mensalidade do agravado; j) os professores habilitados ao magistério estão aptos à prestação do serviço de atendimento ao deficiente, não se mostrando necessária a contratação de outro profissional com especialização específica; k) “*mesmo que existisse uma figura assemelhada, e que as instituições de ensino, mormente as privadas, fossem obrigadas na contratação, a prestação do serviço exclusivo dependeria de diagnóstico médico acerca da capacidade do educando de aproveitamento do currículo básico do nível de ensino respectivo e da necessidade de profissional para ensino exclusivo*” (fl. 9); l) o argumento, constante da exordial da ação rescisória, de que o réu é incapaz de aproveitar o currículo básico foi redigido com o intuito de rescindir o contrato, não podendo ser aproveitado para justificar maior apoio pedagógico ao aluno; m) com ou sem ajuda de profissional extra, a deficiência do recorrido inviabiliza a frequência no sistema regular de ensino, conforme atestado em laudo confeccionado pelos profissionais do colégio; n) os pareceres juntados pelo reconvincente não se mostram coerentes com a necessidade do profissional especializado. Logo, “*ausente o diagnóstico médico quanto à deficiência do adverso, especialmente*

*para avaliação da capacidade de aproveitamento do currículo básico do nível de ensino, e inexistindo obrigação legal de as instituições de ensino privado contratarem “professor auxiliar especializado” para serviço exclusivo e individual ao educando deficiente, pugna-se pela suspensão da ordem e, ao final, pelo provimento do agravo para que se exonere a autora da observância do decisum”* (fl. 12).

Inicialmente, destaca-se que *“em sede de agravo de instrumento cabe ao juízo ad quem apenas a análise acerca do acerto ou desacerto da decisão guerreada, sendo vedada a apreciação da matéria ainda não discutida no juízo de primeiro grau, sob pena de suprimir-se grau de jurisdição”* (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2004.037121-7, da Capital, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 28-7-2005). Nesse contexto, mister assinalar que não se poderá exaurir a matéria a respeito de todas as teses suscitadas pela agravante em suas razões recursais, limitando-se o Colegiado a examinar a possibilidade e a correção do comando exarado pelo Juiz *a quo*, qual seja: contratação de professor auxiliar especializado na deficiência do requerido/reconvinte, sem qualquer custo adicional ao mesmo.

Outrossim, considerando que a decisão hostilizada foi proferida sob a égide da nova lei processual civil, o pedido de tutela provisória deve ser analisado segundo os pressupostos dos artigos 294 e seguintes do novo *códex*.

Sobre a tutela de urgência de natureza antecipada, dispõe o artigo 300:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a

parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Acerca dos requisitos para a antecipação de tutela, colhe-se o seguinte esclarecimento doutrinário:

Probabilidade do direito. No direito anterior, a antecipação da tutela estava condicionada à existência de “prova inequívoca” capaz de convencer o juiz a respeito da “verossimilhança da alegação”, expressões que sempre foram alvo de acirrado debate na doutrina. O legislador resolveu, contudo, abandoná-las, dando preferência ao conceito de probabilidade do direito. Com isso, o legislador procurou autorizar o juiz a conceder tutelas provisórias com base em cognição sumária, isto é, ouvindo apenas uma das partes ou então fundado em quadros probatórios incompletos (vale dizer, sem que tenham sido colhidas todas as provas disponíveis para o esclarecimento das alegações de fato). A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica - que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória.

Perigo na demora. [...]. A tutela provisória é necessária simplesmente porque não é possível esperar, sob pena de o ilícito ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente, não ser removido ou de dano não ser reparado ou reparável no futuro. Assim, é preciso ler as expressões “perigo de dano” e “risco ao resultado útil do processo” como alusões ao perigo na demora. Vale dizer: há urgência quando a demora pode comprometer a realização imediata ou futura do dinheiro (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Curz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 312/313).

Pois bem. Antes de adentrar no mérito da *quaestio*, imperioso perquirir a existência de pedido, em reconvenção, de tutela antecipada de urgência. É que, segundo aduz a agravante, ainda que a peça “*tenha feito referência a julgamento “inaudita altera parte”, de maneira nenhuma, nem mesmo na fundamentação, pleiteou tutela provisória de urgência antecipatória in limine*” (fl. 4).

Sem razão.

Quando da propositura da ação reconvenicional, já na primeira folha depara-se com a anotação de “*pedido de tutela antecipada*”, em letras coloridas e destacadas. Além disso, consta do inteiro teor:

[...] Entretanto, o relatório da escola assinado pela coordenadora Enadir afirma que o mesmo não possui condições de aprendizado, indo de encontro com fotografias, laudos e relatório da professora.

Por tais, razões, postula-se pela contratação de professor auxiliar para o próximo ano letivo, a fim de se evitar novas demandas infundadas como a ação principal, nos termos da legislação vigente.

[...]

Portanto, postula-se para o próximo ano letivo a contratação de **professor auxiliar para o aluno Pedro Natal**, que de acordo com a escola possui dificuldade de Aprendizagem.

[...]

Por todo o exposto, REQUER-SE:

[...]

b) Seja julgada, *inaudita altera parte*, determinando-se A CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR AUXILIAR PARA O ANO DE 2016, QUALIFICADO SEM ÔNUS DE NENHUMA NATUREZA AO MENOR, NOS TERMOS DO ART. 28 DA Lei 13.146/2015 (grifo acrescido) (fls. 352/353 dos autos principais).

Se não bastasse a expressa menção de professor exclusivo **para o aluno**, não está dentre os fundamentos jurídicos utilizados pelo



reconvinte a Resolução n. 91/99 do Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina – que, no artigo 8º, trata do profissional que atua em sala para auxílio do professor regente. Essa norma fora mencionada apenas pela agravante para, supostamente, demonstrar o cumprimento dos seus deveres legais.

Em verdade, todos os dispositivos legais lançados pelo agravado, na ocasião, cuidam da inclusão do aluno com deficiência e da necessidade da escola assegurar o ensino de qualidade, por meio de acompanhamento especializado (tais como o artigo 208 da Constituição Federal, a Convenção Internacional de Pessoas com Deficiência e artigo 28 da Lei n. 13.146/2015).

Tanto é assim que, em contestação à reconvenção, escreve a agravante que *“O pedido formulado na reconvenção, portanto, sugere que a contratação de professor auxiliar serviria para assistência buscando melhor desempenho do educando no processo educacional”* (fl. 375, grifou-se). Ademais, a tese central da defesa cinge-se na assertiva de que seus professores prestam apoio pedagógico suficiente aos estudantes deficientes, não havendo falar em professor auxiliar ao menor demandado.

Desta feita, está patente a compreensão do aludido pedido pela recorrente em tempo e modo oportunos. Assim, faltando qualquer manifestação sobre o impacto financeiro da medida na contestação à reconvenção, está-se diante de estratégia da defesa e, não, de desrespeito ao direito de contraditório. Nesse viés, o pedido de reconsideração que ensejou a decisão agravada tão só frisou a necessidade e alcance da medida na situação vertente.

No entanto, o referido impacto financeiro da recorrente, inevitavelmente, acaba por ser abordado neste *decisum*, porque parte integrante de um todo maior que estuda o dever (ou não) de custeio do profissional pela entidade de ensino privada em casos desse jaez, sem repasse ao aluno.

Uma vez ultrapassado esse ponto, passa-se o estudo da legislação pertinente aos assuntos controversos. Nesse contexto, extrai-se da Constituição Federal da República Federativa do Brasil:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, **será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade**, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

**III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;**

[...]

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

**I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;**

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. [...] (grifos acrescidos).

E da Lei n. 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma:

- a) pré-escola;
- b) ensino fundamental;
- c) ensino médio;

[...]

**III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino;** (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013, grifou-se).

Na mesma linha, veja-se o que dispõe a Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência):

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;

II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

**III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;**

IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;

**V - adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;**

VI - pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva;

**VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;**

VIII - participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;

**IX - adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência;**

X - adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;

**XI - formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;**

XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;

XIII - acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;

XIV - inclusão em conteúdos curriculares, em cursos de nível superior e de educação profissional técnica e tecnológica, de temas relacionados à pessoa com deficiência nos respectivos campos de conhecimento;

XV - acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar;

XVI - acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino;

#### **XVII - oferta de profissionais de apoio escolar;**

XVIII - articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.

**1o Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.** (Grifou-se).

Como se vê, cabem não só ao Poder Público, mas também às instituições privadas, a oferta dos meios necessários ao melhor desenvolvimento do aluno deficiente, cuja educação ocorre, preferencialmente, no sistema regular de ensino. Consoante se interpreta do ordenamento jurídico vigente, as escolas particulares devem envidar todos os esforços para incentivar o ingresso e a permanência do estudante especial, sem nenhuma cobrança adicional.

Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN, que objetivava extirpar do § 1º do artigo 28 e do caput do artigo 30 acima transcritos o adjetivo “privadas”, a fim de restringir tais obrigações à

seara do Estado. O acórdão restou ementado da seguinte maneira:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015).

1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana.

2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita.

3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244.

4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.

5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente.

6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas

de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB).

7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV.

8. Medida cautelar indeferida.

9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. (STF, ADI 5357 MC-Ref, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 9-6-2016, DJe-240 10-11-2016)

Cediço que a Lei acima citada conceitua o *“profissional de apoio escolar”* (inciso XVII) como *“pessoa que exerce atividades de alimentação, higiene e locomoção do estudante com deficiência e atua em todas as atividades escolares nas quais se fizer necessária, em todos os níveis e modalidades de ensino, em instituições públicas e privadas, excluídas as técnicas ou os procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas”* (artigo 3º, XIII). Entretanto, o próprio inciso XI diz que a instituição deve assegurar *“formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio”*. Ou seja: tratam-se de profissionais com funções e objetivos diferentes.

A lógica que se dessume da legislação constitucional e infraconstitucional é muito simples: a cada um deve ser assegurado o meio mais eficaz para sanar/atenuar a dificuldade imposta por sua própria deficiência. Por exemplo: ao surdo ou mudo, o tradutor ou intérprete de libras; ao cadeirante, o acompanhante ou profissional de apoio (acaso necessite); ao portador de transtorno global de desenvolvimento,

o profissional exclusivo que atue como reforço escolar; e assim sucessivamente.

No que tange ao caso do agravado, há também os preceitos insculpidos na Lei n. 12.764/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno de Espectro Autista, na qual se lê:

Art. 3º São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:

- a vida digna, a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da personalidade, a segurança e o lazer;

II - a proteção contra qualquer forma de abuso e exploração;

III - o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde, incluindo:

[...]

IV - o acesso:

a) à educação e ao ensino profissionalizante;

[...]

Parágrafo único. **Em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, nos termos do inciso IV do art. 2º, terá direito a acompanhante especializado.**

É cediço que, ali, a lei não falou em professor especializado e sim acompanhante especializado. Segundo tudo que se dissertou até o momento, não se pode partir de conceitos e normas fechadas que não deem azo à interpretação conforme a situação específica do deficiente. Explica-se: a depender do grau de autismo da pessoa, o acompanhamento especializado pode ir desde um pedagogo que apenas auxilie nas tarefas escolares determinadas pelo professor da sala de aula até um professor especializado para o aluno. De um jeito ou de outro, não se pode exigir qualquer pagamento do aluno.



Como bem disse o Procurador de Justiça Dr. Mário Luiz de Melo, “*o que a agravante simplesmente faz é um uso de jogo de palavras no afã de se esquivar da obrigação ordenada pelo juízo singular*” (fl. 493). Partindo desta conjuntura, beira ao absurdo a tentativa de diferenciarse a impossibilidade de “*cobrança adicional*” de “*cobrança do preço do serviço*” (fl. 7), sequer merecendo a questão maiores esclarecimentos por este Relator.

Falta, então, definir o acerto ou desacerto da decisão agravada no que se refere à contratação de professor especializado no caso concreto, para o menor P. N. V., que conta atualmente 5 anos de idade (3 anos na data em que protocolada a ação principal).

E a resposta, adianta-se, é positiva.

Na espécie, a agravante intentou ação de rescisão de contrato de prestação de serviços educacionais sob a justificativa de que o recorrido se mostra absolutamente incapaz de frequentar o ano letivo junto à instituição de ensino regular, devendo ser encaminhado à escola especializada. Para tanto, alicerçou-se em ata de reunião pedagógica realizada entre a professora do aluno à época, a coordenadora e o auxiliar pedagógicos da instituição, no qual se extrai:

[...] Após a leitura das avaliações de todos os alunos da Educação Infantil a professora Tamires dos Santos Barreto da turma de três anos solicitou uma reunião com a coordenação pedagógica tendo como assunto principal o aluno P. N. A professora pediu uma atenção especial para o caso pois o mesmo continua apresentando comportamento difícil perante as demais crianças. No dia oito de junho mordeu o amiguinho L. M. C. D. e a reação da mãe do aluno foi bastante enérgica contra a escola. [...]

Diante das inúmeras queixas reclamações e insatisfações apresentada pela cobrança das demais mães **a professora manifestase impossibilitada de realizar um serviço pedagógico com crianças especiais** e diante das inúmeras atividades apresentadas durante esse

primeiro semestre letivo em realizar as tarefas propostas envolvendo a socialização o desenvolvimento psicomotor o desenvolvimento cognitivo o desenvolvimento sócio afetivo o desenvolvimento de linguagem que são os objetivos da Educação Infantil a professora o Auxiliar da Coordenação Pedagógica e a Coordenação Pedagógica concluem que o nosso Colégio chegou ao limite de sua tentativa em atender os serviços prestados ao aluno P. N. Por esse motivo solicitamos a Direção do Colégio que seja reincidido o contrato de prestação de serviço da matrícula do referido aluno **uma vez que não estamos conseguindo efetivar o atendimento pedagógico adequado a um aluno portador de necessidades especiais. Nossa formação acadêmica nos impossibilita em prestar determinada prestação de serviço.** [...] (fls. 42/43 dos autos principais, grifos acrescidos).

Fora acostado, também, relatório com parecido conteúdo, dando conta da agressividade que o aluno manifesta em sala de aula, bem como outras dificuldades, *in verbis*:

O que se observa no P. é uma dificuldade em participar das rotinas e atividades orientadas que envolvem a sociabilidade e este é um dos principais objetivos da Educação Infantil.

No que se refere as atividades escritas, com recortes, dobraduras, pinturas, movimentos com o corpo, o aluno recusa-se em fazer atividades propostas pela professora. **Só realiza as atividades, após muita insistência e sempre com um adulto ao lado, neste caso a professora ou uma das estagiárias.**

Importa entender que a insistência do adulto para realização das tarefas, deixa o aluno nervoso e irritado e talvez esse seja o motivo de sua agressividade com os colegas.

Não aceita “não” e quando contrariado corre na sala, se joga no chão e grita muito.

Não aceita dividir brinquedos e quando está em atividades no parque é uma preocupação, pois empurra as crianças por trás e bate nos amigos. Temos dificuldades em entender a comunicação, pois tem comprometimento na fala. Demonstra interesse nas atividades que

envolvem música e tem atenção na contação de história.

**Tem sido trabalho desgastante tanto para a criança quanto para a professora que se frustra por não saber lidar com a situação** (fl. 46 do feito principal, sem grifos no original).

Por outro lado, a contestação e reconvenção do agravado – e documentos que as acompanham – exprimem outro cenário. Destarte, foram amealhados dois relatórios do próprio colégio, entregues aos pais e assinado pela professora, em que se atesta relevante aproveitamento escolar do aluno, além de notória evolução com o decorrer do tempo. A exemplo:

[...] realiza movimentos de dinâmica global [...] inicia o processo de reconhecimento e nomeação das cores trabalhadas, realiza atividades de amassadura e rasgadura, realiza atividades de colagem e pintura em setores, [...] Distingue alguns dos conceitos básicos (dentro/fora, cheio/vazio, aberto/fechado, com auxílio da professora. [...] Estabelece vínculos com professores e colegas, nem sempre demonstra interesse pelas atividades estabelecidas, não gosta de trocar brinquedos e objetos com colegas, demonstra autonomia na realização de atividades rotineiras (higiene, lanche, formação de fila). [...] **Faltou dizer: O aluno P. evoluiu no decorrer do semestre na sua linguagem, utilizando-a para expressar seus desejos e necessidades se comunicando mais com as professoras** (fls. 324/325 dos autos principais, grifou-se)

Ainda, há laudo da psicóloga infantil Vanessa Dahlke, que, depois de fazer diversas ponderações sobre a capacidade do menor, concluiu que:

P. é um menino que tem potencial para aprender e apresenta diversas habilidades que talvez só irão se manifestar por intermediação. Por isso a estimulação é fundamental para ele.

A intervenção precoce permite que o processo de desenvolvimento seja **acelerado com a estimulação devida**, bem como as relações interpessoais (família, escola e terapeutas) são também muito importantes na modificação do comportamento.

**Para o melhor desenvolvimento intelectual e comportamental de Pedro é de suma importância a inserção do mesmo na escola regular**, visto que Pedro é tão inteligente quanto as crianças típicas da mesma idade e não tem qualquer habilidade intelectual incomum (fls. 344/346, grifou-se).

Resumindo: a princípio, não se pode dizer que o agravado está impossibilitado de permanecer no sistema regular de ensino; todavia, infere-se a necessidade de estimulação especial e direcionada ao agravado.

Na situação em tela, a própria agravante reitera seguidamente a incapacitação dos profissionais disponíveis ao estudante no interior do seu estabelecimento. Desnecessária, então, ao menos em fase de cognição sumária, mais um laudo profissional dizendo aquilo que já está patente nos autos: 1) o aluno é deficiente; 2) tem condições de frequentar o ensino regular; 3) precisa de estimulação específica e individual para aproveitar as atividades escolares.

E não se diga que as informações constantes da peça inicial cuidam de fundamento apto a embasar a simples rescisão do contrato e não eventual contratação adicional. Ora, fatos são fatos e verdades são verdades. Ou teria a agravante, quando da propositura daquela demanda, fabricado provas irreais ou tentado induzir em erro o Juízo, a fim de lograr êxito em suas pretensões?

Nada impede que no decorrer da instrução processual as partes produzam provas a respeito do grau de deficiência ou impossibilidade de convívio com o menor (até porque sua tenra idade, por óbvio, dificulta a estabilidade e precisão de um só diagnóstico). Mas, aqui, a análise será realizada com base nas circunstâncias constantes das peças iniciais, documentos e demais elementos até então exibidos ao Magistrado de primeira instância. Isso porque, uma vez mais, salienta-se que, na análise do presente recurso, devem ser averiguados meramente a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo

(artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015).

Desse modo, apesar de não haver declaração profissional atestando expressamente a necessidade de professor auxiliando o aluno em sala de aula, tudo o que está no processo faz crer que o menor deve ter acompanhamento exclusivo para melhor compreender as disciplinas e etapas escolares propostas por S. D. P. E. M. do C. S. M. às crianças de sua idade.

Frise-se: o colégio já tem professor e auxiliar de classe na sala de aula; mesmo assim, afirma reiteradamente que seus profissionais não tem condições de manter o aluno calmo e aprendendo as tarefas rotineiras (porque, em tese, nem seriam capacitados para educação especial). Por conseguinte, estão preenchidos os requisitos da probabilidade do direito e do perigo de dano, consubstanciado no risco de atraso na educação do menor.

A propósito, colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

OBRIGAÇÃO DE FAZER. Infante impúbere com quadro de autismo e paralisia cerebral. Pretensão de fornecimento de professor especial acompanhante em sala de aula. Admissibilidade - É dever do Poder Público assegurar às pessoas portadoras de deficiência os meios necessários para viabilizar a frequência regular em estabelecimento de ensino adequado. Pedido julgado procedente no 1º grau. Decisão mantida. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO. (TJSP; Reexame Necessário 1000612-26.2016.8.26.0691; Relator (a): Souza Nery; 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Buri - Vara Única; j. 30-1-2018)

E, deste Sodalício:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR AUXILIAR À INFANTE PORTADORA DE AUTISMO. PRESCRIÇÃO MÉDICA ATESTANDO A NECESSIDADE DO PROFISSIONAL. MENOR QUE JÁ SE ENCONTRA CURSANDO A REDE REGULAR NA INSTITUIÇÃO

RÉ. RECUSA DO CUSTEIO ILEGÍTIMA. OFERTA DE ENSINO PELA INICIATIVA PRIVADA CONDICIONADA ÀS EXIGÊNCIAS NORMATIVAS DA EDUCAÇÃO NACIONAL. ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E POR DIVERSOS DIPLOMAS INFRACONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO E À INCLUSÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE, POR SUA EFICÁCIA HORIZONTAL, TÊM SEU ESPECTRO DE IRRADIAÇÃO ESTENDIDO TAMBÉM ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA CLÁUSULA GERAL DE BOA-FÉ, QUE DEVE PERMEAR TODA SUA EXECUÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.077813-7, de Lages, rel. Des. Ronei Danielli, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 3-2-2015).

Cumpre consignar que as assertivas da ausência de colaboração dos parentes do menor (não comprovadas, diga-se de passagem) são incapazes de afastar o direito à educação assegurado às pessoas portadoras de deficiência. Outrossim, a agravante parece a todo tempo esquivar-se das suas obrigações como instituição de ensino, haja vista a anterior resistência à matrícula do agravado (objeto do mandado de segurança n. 0301858-39.2014.8.24.0040, de minha relatoria, j. em 15-12-2016).

Nada obstante, o recurso deve ser parcialmente provido no tocante ao grau de qualificação do profissional a ser contratado. Neste ponto, estipulou o Togado singular:

Diante do que restou exaustivamente demonstrado acima, é certo que a parte requerida/reconvinte faz jus a um professor, não podendo substituí-lo a pessoa de estagiário.

Além disso, o professor deverá contar com formação especializada para o atendimento da necessidade especial de que é portador a parte requerida/reconvinte, que no caso, vem a ser portador do espectro autista.

Nenhum outro profissional poderá substituir tal especialização (fl. 22, grifo acrescido).

Compulsando o processado, não se destoam fatores que corroborem a necessidade de profissional de tamanha envergadura. Ao que tudo indica, caracteriza-se como suficiente a contratação de professor com especialização em educação especial, não exclusivamente focada no transtorno global de desenvolvimento – espectro autista. Há de se ter em mente que o grau de deficiência do agravado não parece de tamanha gravidade e o colégio está localizado no pequeno município de Laguna – o que, certamente, torna mais escassa a oferta de professores especializados.

Portanto, o agravo de instrumento interposto pela instituição de ensino S. D. P. E. M. do C. S. M. deve ser provido tão somente para permitir a contratação de professor com especialização em educação especial, não exclusivamente direcionada a crianças portadoras do espectro autista. Nada impede, todavia, que, no transcurso do feito, outra seja a necessidade demonstrada por P. N. V., para mais ou para menos, conforme supra exposto.

## **CONCLUSÃO**

Diante do exposto, o voto é no sentido de: a) conhecer e dar parcial provimento ao agravo de instrumento apenas para permitir a contratação de professor com especialização em educação especial (não exclusivamente direcionada a crianças portadoras do espectro autista); e b) declarar prejudicado o agravo interposto em face da decisão que negou o efeito suspensivo ao recurso.

**Apelação cível n. 0000737-52.2011.8.24.0073, Timbó**

Relator: Desembargador Raulino Jacó Bruning

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. VÍCIOS CONSTATADOS LOGO APÓS A AQUISIÇÃO DE VEÍCULO USADO NO ESTABELECIMENTO DA REQUERIDA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELO DE AMBAS AS PARTES. **1. AGRAVO RETIDO.** ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA PELA DEMANDADA, ANTE A NÃO REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. INSUBSISTÊNCIA. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. **2. RECURSO DA RÉ.** **2.1.** REQUERIMENTO DE JUSTIÇA GRATUITA. PAGAMENTO DO PREPARO. PRÁTICA DE ATO INCOMPATÍVEL COM A PRETENSÃO RECURSAL. PEDIDO PREJUDICADO. **2.2.** DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. EXEGESE DO ARTIGO 27 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRAZO APTO AO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO INDENITÁRIA, COM BASE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DA PARTE ADVERSA. INTERREGNO DO ARTIGO 26 QUE DIZ RESPEITO AO DIREITO POTESTATIVO DE EXIGIR AS PROVIDÊNCIAS DISPOSTAS NOS ARTIGOS 18 E 20 DO MESMO DIPLOMA. **2.3.** ADEMAIS, RECLAMAÇÃO PRÉVIA DEMONSTRADA NO CASO CONCRETO. **2.4.** DANOS MATERIAIS. APRESENTAÇÃO DE UM ÚNICO ORÇAMENTO E NOTA FISCAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. **3. APELO DO AUTOR.** **3.1.** SUPOSTA EXISTÊNCIA DE FATO NOVO. DESCABIMENTO. MATÉRIA QUE, EM VERDADE, REFLETE PEDIDO NOVO. APARECIMENTO DE VÍCIOS POSTERIORES. IMPOSSIBILIDADE DE



APRECIÇÃO EM SEDE DE FASE DECISÓRIA OU RECURSAL. **3.2.** DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. MERAS INCOMODAÇÕES E TRANSTORNOS COTIDIANOS SUPORTADOS PELO REQUERENTE QUE NÃO CONFIGURAM ABALO ANÍMICO. **3.3.** ÔNUS SUCUMBENCIAIS. MANUTENÇÃO NOS TERMOS DA SENTENÇA GUERREADA. **4.** AGRAVO RETIDO CONHECIDO E DESPROVIDO, RECURSO DA RÉ CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO, E APELO DO DEMANDANTE CONHECIDO E IGUALMENTE DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000737-52.2011.8.24.0073, da Comarca de Timbó (1ª Vara Cível), em que é apelante Kristian Zickuhr e apelada Firmo Veículos Ltda.:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime:

- a) conhecer do agravo retido interposto pela ré e negar-lhe provimento;
- b) conhecer parcialmente do recurso da demandada e, nesta porção, negar-lhe provimento; b) conhecer e negar provimento ao apelo do demandante. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido por este Relator e dele participaram os Desembargadores André Carvalho e Jorge Luis Costa Beber.

Florianópolis, 19 de abril de 2018.

Desembargador Raulino Jacó Bruning  
PRESIDENTE E RELATOR

## RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. sentença de fls. 178/187, da lavra da Magistrada Simone Faria Locks, por refletir fielmente o contido no

presente feito, *in verbis*:

Kristian Zickuhr, devidamente qualificado, promoveu a presente ação indenizatória em face de Firmo Veículos Ltda., alegando, em síntese, que, na data de 22/07/2010, adquiriu da Requerida o automóvel Parati 16V Turbo, por meio de contrato particular de compra e venda, e pagou a importância de R\$ 3.000,00 (três mil reais) de entrada, representada pela motocicleta CG Titan 150, mais o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), através de financiamento bancário, e, em contrapartida, a Requerida ficou obrigada a entregar o veículo livre de ônus e acompanhado da documentação necessária à sua transferência, cujas despesas ficariam por sua conta.

Salienta, todavia, que, decorridos, aproximadamente, 30 (trinta) dias do uso do veículo, o mesmo começou a apresentar diversos problemas, os quais foram noticiados à Requerida, que alegou não ter nenhuma responsabilidade sobre o automóvel, razão pela qual, diante da inércia da Demandada e tendo em vista que necessitava do veículo para exercer a sua atividade como eletricitista autônomo, obrigou-se a encaminhar o automóvel para uma oficina de confiança e pagou o valor total de R\$ 3.480,00 (três mil e quatrocentos e oitenta reais) pelo conserto, o qual não foi ressarcido pela Requerida.

Aduz que o veículo permaneceu na oficina por 32 (trinta e dois) dias, período em que ficou impossibilitado de exercer as suas atividades laborais. Acrescentou, por fim, que, além do conserto do veículo, teve de arcar com o pagamento das multas de trânsito existentes sobre o automóvel e demais ônus relativos à transferência do veículo, pelo que pugnou pela condenação do Requerido ao ressarcimento dos valores dispendidos por ele, bem como pelas perdas e danos sofridas, além da indenização por danos morais.

Devidamente citada, a Requerida apresentou contestação (fls. 48/60), alegando, em preliminar, a decadência do direito do Autor e, no mérito, impugnou o valor pretendido em razão do conserto do veículo, alegando ser excessivo, bem como se insurgiu acerca da ausência de três orçamentos pretéritos ao conserto. Aduziu, ainda, a inexistência de provas sobre os clientes que o Autor deixou de atender, em razão da impossibilidade de se utilizar do veículo, bem como de que teria

efetivado o pagamento das supostas multas de trânsito e da transferência do automóvel. Por fim, impugnou o dano moral alegado e requereu a improcedência dos pedidos.

Houve réplica às fls. 71/76.

A decisão de fl. 85 indeferiu as provas desnecessárias ao deslinde do feito e designou audiência de instrução e julgamento.

Durante a instrução, foi tomado o depoimento pessoal das Partes e inquiridas três testemunhas (fls.114/119e136/137).

As alegações finais do Requerente aportaram às fls. 146/154, ocasião em que o Autor pugnou pela consideração, por ocasião do julgamento, do fato novo apresentado. O Requerido, por sua vez, apresentou as suas razões finais às fls.158/167.

Acresço que a Juíza *a quo* julgou parcialmente procedente a demanda, acolhendo apenas o pedido de ressarcimento do valor despendido no conserto do veículo defeituoso, conforme parte dispositiva que segue: A apelada apresentou resposta com arguição de coisa julgada (fls. 335/346) e os autos vieram a esta Corte.

Ante ao exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado nos autos da ação indenizatória ajuizada por Kristian Zickuhr em face de Firmo Veículos Ltda. para, em consequência, condenar a Requerida ao ressarcimento do valor de R\$ 3.480,00 (três mil e quatrocentos e oitenta reais) ao Autor, corrigidos pela variação do INPC, desde a data do desembolso, e acrescido de juros legais, desde a data da citação.

Como houve sucumbência recíproca, o Autor arcará com o pagamento de 70% (setenta por cento) das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), enquanto que a Requerida arcará com o restante das despesas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em R\$ 1.000,00 (um mil reais), ex vi do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. Friso que o pagamento pelo Autor fica suspenso, a teor do disposto no art. 12 da Lei n.1.060/50.

Ato contínuo, Fírmo Veículos Ltda. opôs embargos de declaração (fls. 189/190), que foram acolhidos no sentido de sanar a omissão existente quanto ao pleito de justiça gratuita efetuado em contestação. O pedido, contudo, restou indeferido (fls. 205/206).

Inconformado, Kristian Zickuhr interpõe recurso de apelação às fls. 192/203, requerendo a reforma da sentença para: “1) condenar a Apelada ao pagamento de indenização por danos morais, em montante a ser fixado prudentemente por esta Corte; 2) acolher o pedido de fato novo, para que a Apelada seja condenada ao ressarcimento dos valores pagos com o novo conserto do automóvel, qual seja R\$ 4.187,83 (quatro mil cento e oitenta e sete reais e oitenta e três centavos), atualizados monetariamente; 3) que seja afastada a condenação do Apelante ao pagamento de custas processuais e honorários de sucumbência; 4) majorar os honorários de sucumbência fixados em favor do Apelante de R\$ 1.000,00 para R\$ 2.500,00; tudo por ser medida de inteira e salutar JUSTIÇA!” (fl. 203)

Também irressignada, a demandada apela, sustentando que: a) o benefício da justiça gratuita deve ser deferido, pois o representante da empresa não mais possui condições de arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios do processo; b) ocorreu a decadência do direito do consumidor em reclamar pelos vícios do automóvel, porquanto não respeitado o prazo de 90 dias, disposto no artigo 26 do Diploma Consumerista, para apresentar reclamação sobre eventuais vícios ao fornecedor do produto/serviço; c) houve cerceamento de defesa, pois imperiosa a realização de perícia a fim de comprovar o suposto defeito no bem, além de suas causas e a época em que surgiu; d) o valor da condenação é desproporcional à monta efetivamente necessária para efetuar os reparos mencionados pelo autor; e) além disso, sequer se colacionaram ao feito três orçamentos idôneos aptos a comprovar a higidez da quantia postulada na exordial.

Devidamente intimadas, as partes deixaram transcorrer *in albis* o prazo para ofertar contrarrazões (fls. 207 e 221).

## VOTO

Os recursos são tempestivos (fls. 188 e 219). O apelo do autor está dispensado de preparo (fls. 27); a demandada, por sua vez, apresentou comprovante de recolhimento às fls. 217/218.

### 1. Do recurso da Firma Veículos Ltda.

#### 1.1. Da justiça gratuita

*Ab initio*, importa dizer que o pedido de gratuidade judiciária formulado pela recorrente encontra-se prejudicado, pois a ré efetuou o pagamento do preparo recursal.

Aplica-se ao caso, analogicamente, o disposto no artigo 1.000 do Código de Processo Civil de 2015 (semelhante ao antigo artigo 503), leia-se:

Art. 1.000. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a decisão, não poderá recorrer.

Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer.

A Corte Catarinense, sobre o tema, assim se manifesta:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA INDEFERIDO NO 1º GRAU. PRETENDIDA CONCESSÃO DA BENESSE. PENÚRIA ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA. INSURGENTE QUE, ADEMAIS, PROCEDEU AO RECOLHIMENTO DO PREPARO,

ENCARTANDO NOS AUTOS O RESPECTIVO COMPROVANTE DE PAGAMENTO. CONDUTA QUE VAI DE ENCONTRO À ALEGADA HIPOSSUFICIÊNCIA, CONTRARIANDO O OBJETIVO DA BENESSE. PRECLUSÃO LÓGICA. PRETENSÃO RECHAÇADA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “O recolhimento do preparo recursal juntamente com o pedido de gratuidade da justiça transparece ilogicidade que autoriza o indeferimento do benefício, porquanto tal situação contraria totalmente a argumentação de hipossuficiência” [...] (Apelação Cível nº 2013.010051-3, de Blumenau, rel. Des. Fernando Carioni, julgado em 12/03/2013) (TJSC, Apelação Cível n. 2013.042496-3, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, 28-11-2013).

Por conseguinte, tendo em vista que a apelante praticou ato incompatível com o pedido de justiça gratuita, não se conhece do referido pleito.

## **1.2. Da decadência**

Aduz a recorrente que o demandante apenas efetuou reclamações sobre o suposto vício oculto quando transcorrido mais de sete meses da compra do veículo no estabelecimento da empresa ré. Assevera, então, que a omissão do consumidor enseja o perecimento do seu direito de reclamar, nos termos do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor.

Sem razão.

Antes de adentrar na análise da situação em tela, mister elucidar a matéria atinente à prescrição e à decadência, bem como sua atuação nos casos envolvendo relação de consumo. É que, compulsando-se os julgados pátrios, observa-se uma certa confusão no que alude à aplicação desses institutos, motivada, principalmente, pela ausência de previsão expressa acerca da decadência no Código Civil de 1916 e, também, diante da falta de conceitos certos e definidos no ordenamento jurídico vigente.

## Introdução

Cediço que nem sempre os direitos podem ser exercidos indefinidamente, na medida em que seus titulares devem observar prazos legais ou convencionais para fazê-los valer. Em casos tais, a perpetuação do direito não é do interesse da ordem pública.

À primeira vista, tais hipóteses ostentam ares de injustiça, causando repúdio aos olhos da coletividade. Afinal de contas, por qual motivo um devedor não precisaria mais pagar dívida regularmente contraída perante seu credor? Como fica a situação do terceiro prejudicado?

Entretanto, imagine-se uma conjuntura em que tivéssemos que, por exemplo, guardar para sempre todo e qualquer documento, comprovante de pagamento ou recibo. A situação beira ao absurdo e sequer se mostra possível no cotidiano da sociedade. Fosse o oposto, jamais uma situação se consolidaria no tempo, ficando uns à mercê da vontade de outros indefinidamente.

Nesse contexto, conclui-se que a inconveniência do eventual perecimento de direitos ou da pretensão que deles deriva é superada pela quantidade de vantagens que os efeitos deletérios do tempo ocasionam aos jurisdicionados, dentre elas a estabilidade social e a segurança jurídica.

Sobre o tema, bem dissertaram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A manutenção indefinida de situações jurídicas pendentes, por lapsos temporais prolongados, importaria, sem dúvida, em total insegurança e constituiria uma fonte inesgotável de conflitos e de prejuízos diversos. Consequentemente, surge a necessidade de controlar, temporalmente, o exercício de direitos, propiciando segurança jurídica e social.

Concretamente, a prescrição e a decadência enquadram-se na categoria dos fatos jurídicos (em sentido estrito) ordinários. É que, como visto alhures, um dos fenômenos produzidos pelo decurso do tempo é a consolidação (aquisição) ou a extinção (perda) de situações jurídicas,

evidenciando a importância prática e teórica do tema.

Aliás, como o passar do tempo é uma realidade imutável para as relações humanas, vislumbra-se na prescrição e na decadência fenômenos jurídicos tendentes a conferir equilíbrio e segurança às relações jurídicas e às relações sociais como um todo. Até mesmo nas relações afetivas, já disse o grande poeta, que “não seja mortal, posto que é chama, mas que seja infinito enquanto dure...”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 718).

Feito este introito, passa-se ao exame dos institutos separadamente.

## **Prescrição**

Prescrição é a “*perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um espaço de tempo*” (BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p. 286).

A prescrição está diretamente relacionada à figura da pretensão, conforme se observa da redação insculpida no artigo 189 do atual Código Civil: “*Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206*”. O significado da pretensão, aqui, vincula-se às obrigações de dar, fazer ou não fazer.

Assim, como sucessivamente reiterado na quase totalidade da doutrina especializada, não se perde o direito, mas, tão somente, a pretensão de buscar sua satisfação em juízo.

“*A pretensão é revelada, portanto, como um poder de exigir de outrem uma ação ou omissão*” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume I: parte geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 514).



Se o titular do direito não exigir o cumprimento da obrigação nos prazos estabelecidos nos aludidos artigos 205 e 206 – quedando-se inerte –, deixa de contar com a tutela legal proveniente do Estado para assegurar esse direito (por meio da ação).

A princípio, as noções de direito e pretensão parecem irrelevantes, porque difícil conceber a importância prática de diferenciar os conceitos (de que adianta o direito se não se pode exigir-lo?). Nada obstante, conservar o direito subjetivo faz com que, por exemplo, o credor não seja obrigado a devolver quantia que lhe fora paga a título de dívida prescrita. Ainda, a depender do caso, o direito pode ser exercido de outra forma (não mais podendo exigir o cumprimento de uma obrigação, o agente postula indenização por perdas e danos ou por enriquecimento sem causa).

A matéria deve ser alegada de ofício e os prazos prescricionais não podem ser alterados pelas partes (artigo 192). Outrossim, as causas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição estão estabelecidas nos artigos 197 a 204 do mencionado *Codex*.

Conforme se verá mais adiante, a pretensão diz respeito a demandas em que se objetiva uma condenação da parte contrária, que será compelida ao cumprimento de uma prestação, pressupondo, assim, a violação ou o inadimplemento de um direito do autor.

## **Decadência**

O regime da decadência – ou caducidade – é historicamente mais nebuloso. No Código Civil de 1916 não constava a palavra *decadência*; todavia, essa circunstância não significa que inexistia o instituto.

A verdade é que ele era tratado indistintamente e conjuntamente com a prescrição, naquela máxima “*tudo junto e misturado*”.

Ou seja, os dispositivos do antigo *Codex* contemplavam tanto

prazos prescricionais como decadenciais.

Esse fato, inevitavelmente, dificultou o amplo e correto conhecimento do instituto, donde exsurge a imprescindibilidade do estudo aprofundado da matéria pelos operadores do Direito.

O atual Diploma Substantivo organizou e estabilizou as definições acerca da decadência, separando-as da prescrição. Os conceitos ainda não estão bem delineados (diga-se de passagem), necessitando-se do auxílio da doutrina para melhor entendimento. Nada obstante, houve avanço.

Conquanto a prescrição trate da perda da pretensão, a caducidade é o perecimento do próprio direito (assim considerado em si mesmo), posto que não exercido dentro do prazo decadencial previsto em lei ou convenção pelas partes.

Acerca do assunto, veja-se o que disse José Carlos Moreira Alves, redator da Parte Geral do Código Civil agora em vigor:

Ocorre a decadência quando um direito potestativo não é exercido, extrajudicialmente ou judicialmente, dentro do prazo para exercê-lo, o que provoca a decadência desse direito potestativo. Ora, **os direitos potestativos são direitos sem pretensão, pois são insuscetíveis de violação, já que a eles não se opõe um dever de quem quer que seja, mas uma sujeição de alguém** (o meu direito de anular o negócio jurídico não pode ser violado pela parte a quem a anulação prejudica, pois esta está apenas sujeita a sofrer as consequências da anulação decretada pelo juiz, não tendo, portanto, dever algum que possa descumprir) (MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de código civil brasileiro: subsídios históricos para o novo código civil brasileiro*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 161, grifou-se).

Potestativo, então, é o direito que se pode exercer unilateralmente: a outra parte não deve nenhuma prestação ou obrigação. Não há violação/descumprimento de um dever de dar, fazer ou não fazer, nem resistência a uma *pretensão*; o que existe é a sujeição da outra parte às consequências que advierem do exercício dessa espécie de direito.

Pertinente, aqui, começar a diferenciar os institutos da prescrição e

da decadência, com base nos direitos que as embasam:

Há outros critérios, destacando-se o defendido por Chiovenda, que, inicialmente, separa os direitos em de prestação e em potestativos. Os primeiros têm por finalidade um bem da vida, alcançável mediante uma prestação positiva ou negativa. São os direitos pessoais e reais, encontrando-se neles um sujeito passivo obrigado a uma prestação, seja positiva (dar ou fazer) ou negativa (abster-se). Os segundos compreendem os que a lei confere certo poder de sujeição do sujeito ativo sobre o sujeito passivo. Há um estado de sujeição que o exercício do direito cria para outras pessoas, como o poder do mandante e do doador de revogarem o mandato e a doação – respectivamente arts. 682, inc. I, e 555 do Código Civil (arts. 1.316, inc. I, e 1.181 do Código anterior). São aqueles direitos que a lei, visando a tranquilidade social, fixa prazos para o seu exercício, sem prever uma ação específica. O decurso do prazo sem o exercício desses direitos acarreta o seu perecimento. Consideram-se sujeitos à prescrição os de prestação, e à decadência os potestativos, salientando Orlando Gomes: “O campo de aplicação da prescrição é mais amplo do que o da decadência. Dirige-se, esta, preferencialmente, aos direitos potestativos. São sempre curtos os prazos extintivos”. Humberto Theodoro Júnior acrescenta, em *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. III, tomo II – arts. 185 a 232 –, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 344: “Se a prescrição é a perda da pretensão (força de reagir contra a violação do direito subjetivo), não se pode, realmente, cogitar de prescrição dos direitos potestativos. Estes nada mais são do que poderes ou faculdades do sujeito de direito de provocar a alteração de alguma situação jurídica. Neles não se verifica a contraposição de uma obrigação do sujeito passivo a realizar certa prestação em favor do titular do direito. A contraparte simplesmente está sujeita a sofrer as consequências da inovação jurídica. Por isso, não cabe aplicar aos direitos potestativos a prescrição: não há pretensão a ser extinta, separadamente do direito subjetivo; é o próprio direito potestativo que desaparece, por completo, ao término do prazo marcado para seu exercício” (RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 7ª ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 566/567, sem grifo no original).

Isto posto, percebe-se que o direito potestativo pode ser

exercido em juízo, como na ação anulatória de casamento, e fora dele (extrajudicialmente), a exemplo da revogação de mandato ou, na seara consumerista, perante o fornecedor de produtos.

Objetivando-se elucidar ainda mais a questão, traz-se à baila os ensinamentos de Agnelo Amorim Filho, o qual estabeleceu preceitos técnicos para diferenciar os institutos, de acordo com a teoria da classificação das ações (*Critério Científico para distinguir a prescrição e a decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, RT 300/7 e 744/725). Veja-se.

Historicamente, as ações possuem três naturezas: condenatória, constitutiva e declaratória. As ações condenatórias estão vinculadas a uma prestação – positiva ou negativa. Condena-se alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa ou, ainda, a pagar quantia. Existe um direito violado ou pretensão pessoal advinda das normas legais.

Cuidando-se de pretensão, naturalmente, os prazos cabíveis nas demandas condenatórias são prescricionais e, como se viu, encontram-se concentrados nos artigos 205 e 206 do Código Civil.

As ações constitutivas, por sua vez, visam à criação, modificação ou extinção de um estado jurídico. Logo, não se ligam a uma pretensão e nem há falar em violação de um direito. Uma vez demonstrada a situação prevista na lei ou no contrato, a outra parte nada mais pode fazer além de se submeter às consequências jurídicas ali consignadas.

Pode-se dizer, desse modo, que “*a decadência está associada a direitos potestativos e às ações constitutivas, sejam elas positivas ou negativas*” (TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 262).

Via de regra, pela própria natureza que ostentam, o exercício de direitos potestativos não se sujeitam a prazos decadenciais. Seriam perpétuos.

A título exemplificativo: investigação/negatória de paternidade, divórcio e separação judicial, dissolução de união estável, dissolução judicial de sociedade simples pedida pelo sócio, extinção judicial de bem de família, restauração de autos, homologação de sentença estrangeira, nulidade de patente ou de registro de desenho industrial, revocatória de doação, desconsideração da personalidade jurídica, entre outros que não estão sujeitos a termo final para exercício pelo titular.

Todavia, tal como na prescrição, há hipóteses em que o interesse público justifica a definição de prazos para que o interessado faça valer seus direitos (mesmo potestativos). Neste diapasão, colhe-se do Código Civil de 2002: impugnação de paternidade pelo filho menor (artigo 1.614), anulação dos atos constitutivos da pessoa jurídica (artigos 45 e 48), anulação de negócio jurídico viciado (artigo 178), anulação de partilha (artigo 2.027), anulação de negócio jurídico sem outorga uxória (artigo 1.649), direito de retrovenda (artigo 505), direito de redibição ou abatimento de preço (artigo 445), ação de preferência de condômino ou de co-herdeiro (artigos 504 e 1.795), etc.

Por oportuno, importa ressaltar que: 1) os prazos decadenciais são esparsos na legislação, tanto civilista como em outros diplomas; 2) *“salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição”* (artigo 207).

Em outras palavras, ao contrário dos prazos prescricionais, os prazos decadenciais são fatais. Transcorrido o prazo conjecturado pela lei ou pela vontade das partes, perde-se o direito (e não só a pretensão). Exceções apenas existem para confirmar a regra, como a suspensão do prazo no que se refere aos absolutamente incapazes (artigo 208) e a reclamação do consumidor frente ao fornecer, no Código de Defesa do Consumidor (artigo 26, § 2º, II).

Observa-se, ademais, que os prazos prescricionais são sempre em anos, enquanto os decadenciais podem ser em dias, meses ou anos.

Quanto à possibilidade de reconhecimento *ex officio* pelo Julgador, há de se diferenciar as duas espécies de decadência: 1) **decadência legal**, de ordem pública e irrenunciável, que pode (e deve) ser reconhecida de ofício; e 2) **decadência convencional**, que possui caráter de ordem privada e pode ser objeto de renúncia pelas partes (logo, irreconhecível de ofício).

*“Exemplo eloquente e comum de decadência convencional, de grande importância prática, são os prazos de garantia, estabelecidos em contrato de compra e venda, protegendo o produto ou serviço objeto do negócio. Quem não se lembra do aparelho de televisão que vinha com prazo de garantia até a Copa do Mundo de futebol de 2002”* (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, ob. cit., p. 753).

Para se concluir o raciocínio dantes iniciado, no que alude às ações meramente declaratórias – que buscam só a afirmação ou negação de um direito ou de uma relação jurídica –, tem-se que não convalidam pelo decurso do tempo, sendo incompatíveis com a prescrição ou decadência. Exemplo: nulidade absoluta do negócio jurídico (artigo 169 do Código Civil).

Evidente que a matéria não se esgota com essas singelas anotações, porém, resultam suficientemente demonstradas as bases sobre as quais se fundam a decadência e a prescrição. Assim, sigamos adiante.

### Síntese das principais diferenças

PRESCRIÇÃO	DECADÊNCIA
Extingue a pretensão.	Extingue o direito.
Prazos previstos nos artigos 205 e 206 do Código Civil (sempre em anos).	Todos os demais (prazos previstos de maneira esparsa da legislação, em dias, meses ou anos).
Prazos previstos somente na lei.	Prazos legais ou estabelecidos pela vontade das partes.

<b>PRESCRIÇÃO</b>	<b>DECADÊNCIA</b>
Deve ser conhecida de ofício pelo juiz.	A decadência legal deve ser conhecida de ofício pelo juiz; a decadência <i>ex vi voluntatis</i> , não.
Vinculada a direitos subjetivos e ações condenatórias.	Atrelada a direitos potestativos e ações constitutivas.
Incide causas impeditivas, suspensivas e interruptivas.	Em regra, não admite causas de interrupção, suspensão ou de impedimento.
Admite renúncia após consumação, desde que não haja prejuízo a terceiros (porque se extinguiu a pretensão e não o direito).	A decadência legal não admite renúncia, nem mesmo após a sua consumação (porque não mais subsiste o direito).

### **Incidência no Código de Defesa do Consumidor**

Muito se discute a respeito da aplicação da prescrição e da decadência nos casos envolvendo relações de consumo. Isto porque o Diploma Consumerista previu as duas modalidades sem especificar ou delimitar adequadamente o campo de incidência de uma ou outra, suscitando dúvidas e fomentando decisões divergentes no âmbito dos tribunais pátrios.

Preceitua o aludido *Codex*:

#### SEÇÃO IV

Da Decadência e da Prescrição

Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes

ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e

de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§ 2º Obstat a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II - (Vetado).

III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Parágrafo único. (Vetado).

É nesse momento que o estudo precedente mostra-se de extrema valia. É que o artigo 26, cuidando de prazo decadencial, diz respeito ao direito potestativo de reclamar pelos vícios do produto ou serviço.

Não trata de direito violado (ao menos ainda).



Adquirido o produto ou realizado o serviço, deparando-se com vícios aparentes ou de fácil constatação, cabe ao fornecedor tão somente tomar as providências previstas nos artigos 18, § 1º, e 20, quais sejam: substituição do produto ou reexecução dos serviços, restituição imediata da quantia paga ou abatimento proporcional do preço.

### **A partir daí, duas situações podem surgir:**

1 – O consumidor efetua a reclamação e, não obstante tenha o fornecedor o dever de sujeição, este fica silente, responde com evasivas ou recusa a satisfação do cliente.

É evidente que aí houve a violação de um direito, consubstanciado no desatendimento da reclamação, ou, sob a perspectiva do direito obrigacional, no efetivo inadimplemento de uma obrigação contratual (de dar, fazer ou não fazer). Desta feita, passa o consumidor a ter direito de ação (visando, justamente, a condenação do fornecedor), caso haja danos (elemento caracterizador da responsabilidade civil).

Repita-se: nasce o direito à ação condenatória.

Nesse contexto, o Diploma protetivo previu o prazo prescricional de 5 anos (artigo 27) para o ajuizamento da demanda, sob pena de extinção da pretensão.

Nesse norte, entendimento do festejado Rizzato Nunes:

As hipóteses previstas no art. 26 dizem respeito à obstaculização de prazos: 30 dias quando se trata de produto ou serviço não durável e 90 dias no caso de produto ou serviço durável.

Ora, perguntamos: o consumidor tem que reclamar para quê? Qual o intuito da reclamação?

Há duas razões:

a) conseguir obter a solução do problema de vício existente no produto ou relativo ao serviço (aqui a resposta é positiva do fornecedor);

b) garantir, no caso de resposta negativa do fornecedor ou ausência de resposta, seu direito de pleitear os “novos” direitos previstos na lei: nas hipóteses do § 1º do art. 18, nos quatro incisos do art. 19 e nos três incisos do art. 20.

Não se trata de bem de “novo” direito, mas sim de direito “subsequente”.

Explicuemos com um exemplo. José da Silva adquire um ferro elétrico. Vai passar sua camisa e vê que o ferro não aquece. Típico vício do produto. Ele tem, portanto, 90 dias para reclamar junto ao fornecedor. Dentro do prazo faz a reclamação, digamos, por escrito. O prazo decadencial foi, assim, obstaculizado com a reclamação formulada.

Passados alguns dias, José da Silva recebe resposta por escrito do fornecedor dizendo que não vai consertar o ferro elétrico, dando uma justificativa qualquer.

Ora, o que acontece a partir dessa resposta?

José da Silva passa a ter a prerrogativa de pleitear aqueles direitos previstos nos três incisos do § 1º do art. 18.

Isto é, surge um direito subsequente ligado à negativa do fornecedor.

Na verdade, a reclamação do consumidor constitui o seu direito de pleitear aquilo que a lei subsequentemente lhe garante (no caso expressamente previsto no § 1º do art. 18) e aperfeiçoa-se com a resposta negativa do fornecedor. Cabe, portanto, ao fornecedor indagar a si próprio se pretende mesmo negar-se a solucionar o problema do consumidor.

Agora, pergunta-se: e se o fornecedor simplesmente deixar de responder à reclamação formulada?

Bem, não há previsão a respeito na Seção relativa à decadência ou prescrição. E na omissão por analogia tem-se de responder da seguinte forma:

a) se for caso de alternativa de solução do § 1º do art. 18, então, após trinta dias sem resposta, fica constituído o direito do consumidor. Isso porque esse prazo é o máximo concedido nas hipóteses do § 1º do

art. 18 para que o fornecedor sane o vício;

b) nas hipóteses previstas nos arts. 18, § 3º, 19 e 20, isto é, na possibilidade de exigência de imediato saneamento do vício (sem prazo para o fornecedor), na falta de qualquer estipulação, há duas alternativas:

b1) o consumidor pode conceder prazo na reclamação, findo o qual, sem resposta, ele passa a poder exercer seu direito subsequente, que fica constituído;

b2) se o consumidor não estipular prazo, então, deve-se entender que a resposta do fornecedor deve vir em 24 horas, posto que a lei lhe obriga a sanar o vício imediatamente. Após 24 horas, sem resposta, o direito do consumidor fica constituído.

Surge agora um novo problema: constituído o novo direito do consumidor, qual prazo ele tem para exercê-lo?

Mais uma vez, não há prazo previsto na Lei n. 8.078/90.

Percebe-se, de início, que se trata de direito de ação e todas as hipóteses de exercício (as três do § 1º do art. 18, as quatro do art. 19 e as três do art. 20) dizem respeito a perdas e danos. Logo, nossos olhos vão rapidamente para o art. 27, que regula o prazo prescricional para a propositura da ação relativa à perdas e danos.

O problema é que o art. 27 faz referência expressa à Seção II do Capítulo IV, e este trata da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço (arts. 12 a 17).

A outra hipótese de solução seria buscar, na regra geral do Código Civil, o prazo, e este seria de três anos.

Porém, como já pudemos observar, os vícios guardam intrínseca relação com os defeitos, sendo que mesmo no caso dos vícios há previsão expressa do direito a pleitear perdas e danos (inciso II do § 1º do art. 18; inciso IV do art. 19 e inciso II do art. 20), além do fato de que o não saneamento do vício implica *de per se* perda material. Por isso que esse novo direito subsequente é indenizatório.

Desse modo, como a questão envolve mesmo indenização, e a previsão do CDC para sua cobrança é aquela do art. 27, entendemos que

o prazo para ingresso da ação é de 5 anos, por incidência do referido art. 27 ao caso.

Não há que se falar em 30 ou 90 dias - hipóteses previstas no art. 26 - porque eles não apontam sequer para uma analogia viável. É que lá no art. 26, conforme o dissemos, o prazo é para constituição do direito material. Prazo para ingresso da ação é o do art. 27 (NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 428-430, grifo acrescido).

E mais:

O art. 26 trata do instituto jurídico da decadência (perda do direito de reclamar contra vícios), uma vez que o consumidor que não apresentar perante o fornecedor (art. 26, §2º, I), o Ministério Público ou Procon (art. 26, §2º, III) a competente reclamação, perderá o direito de exigir o conserto do produto ou serviço viciado, de forma a restaurar a qualidade que este deveria originariamente ter. Não efetuada a reclamação a tempo e modo, o direito de ação para exigir produto ou serviço de qualidade sequer chega a nascer, porque este só existiria se a reclamação do consumidor fosse negada.

A sistemática do Código é simples: por um lado, não se quer que a possibilidade de reclamação se perenize e, por outro, se quer dar ao fornecedor de serviços ou produto viciado a chance de consertar esse vício ou indenizar o consumidor, o que só poderá fazer se notificado.

Assim, realizada tal reclamação perante um dos legitimados do §2º do art. 26, obsta-se a decadência. Não realizada, opera-se a decadência, ou seja, o consumidor perde o direito de reclamar.

(...)

Obstada a decadência, é somente após a resposta do fornecedor que se iniciam os prazos prescricionais. Não se pode esquecer, entretanto, que o art. 26 trata somente do direito de o consumidor reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação, não abrangendo outras situações jurídicas próprias das relações de consumo (SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 395-396).

Entender do contrário (no sentido de que o prejudicado não tem direito de ajuizar demanda indenizatória) seria negar vigência não só ao Código de Defesa do Consumidor mas também aos próprios princípios basilares que sustentam o direito de ação dos jurisdicionados.

Se não bastasse, tal atitude afronta toda e qualquer interpretação sistemática que se possa extrair do ordenamento jurídico vigente. E o mais insensato é que, sob este ponto de vista, acaso o consumidor não reclame perante a empresa fornecedora, perde o direito de ação que lhe é constitucionalmente garantido pelo Estado de Direito.

Isso é inadmissível!

Portanto, resumindo o que até aqui foi dito, tem-se que o Diploma estabelece o direito potestativo de, quase imediatamente, o consumidor ter o vício sanado sem necessidade de aguardar os trâmites processuais inerentes ao Judiciário. Violado o direito, tal como no Código Civil, nada impede que o consumidor intente ação para ressarcimento dos danos materiais ou morais advindos do fato. Enquanto a legislação substantiva prevê o prazo de 3 anos (artigo 206, § 3º, V), o Diploma Consumerista – seguindo a tendência de estabelecer maiores direitos ao consumidor –, fixou o prazo quinquenal para o exercício da ação.

Afinal, não é justo que o consumidor tenha que ajuizar processo em tão exíguo prazo (30 ou 90 dias) para poder usufruir de produto apto ao fim a que se destina. Isto é inviável e, pior, beira à inconstitucionalidade (“*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” – artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Nesses termos, a simples previsão de prazo decadencial para reclamação junto ao fornecedor não pode obstar a parte interessada de aforar demanda com o intuito de ver reparados eventuais danos ocasionados pelo vício do produto.

Pois bem. Antes de concluir o assunto, prossegue-se à segunda

situação que pode surgir:

**2** – o consumidor não efetua a reclamação prevista no artigo 26 da Lei n. 8.078/1990.

Neste item, adianta-se, a argumentação não difere.

Destarte, nem aqui há motivos para se afastar o direito de ação daquele que se viu lesionado ante o produto ou serviço ofertado pela outra parte.

Uma vez conhecido o dano advindo do vício (de fácil constatação ou não), o consumidor (como qualquer outro cidadão não envolvido em relação de consumo) pode optar por exercer a pretensão indenitária. Não porque é consumidor, mas porque sofreu dano patrimonial ou extrapatrimonial.

A despeito da previsão acerca do direito de reclamar os vícios aparentes e de fácil constatação, o que fulcra a demanda, nessa hipótese, é a própria constituição do suposto ato ilícito, do nexo de causalidade e do resultado danoso. Não se pode mais simplesmente **exigir** do fornecedor que tome as providências dispostas nos artigos 18 e 20 do Código de Defesa do Consumidor, mas, com certeza, é possível o reconhecimento da responsabilidade civil pelo Judiciário.

A propósito, colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE VÍCIOS NO SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. CINCO ANOS. INCIDÊNCIA DO ART. 27 DO CDC.

1. Escoado o prazo decadencial de 90 (noventa) dias previsto no art. 26, II, do CDC, não poderá o consumidor exigir do fornecedor do serviço as providências previstas no art. 20 do mesmo Diploma - reexecução do serviço, restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço -, porém, a pretensão de indenização dos danos

por ele experimentados pode ser ajuizada durante o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, porquanto rege a hipótese o art. 27 do CDC.

2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 683.809/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 20-4-2010, DJe 3-5-2010, grifou-se).

Da Corte Catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INTERESSE DO COMPANHEIRO DA COMPRADORA EVIDENCIADO. SUJEITO DE DIREITO. PREFACIAL REJEITADA. PREJUDICIAL DE MÉRITO. DECADÊNCIA NÃO EVIDENCIADA. MATÉRIA SUJEITA À PRESCRIÇÃO. ART. 27 DO CDC. PROSSEGUIMENTO EM RELAÇÃO AO MÉRITO. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO ZERO. OBRIGAÇÃO DO FORNECEDOR DE ASSEGURAR A UTILIZAÇÃO PRESUMÍVEL E RAZOAVELMENTE ESPERADA DO PRODUTO. VÍCIOS QUE FRUSTRARAM A EXPECTATIVA DE USO. RESCISÃO CONTRATUAL CABÍVEL. DANO MORAL. MANUTENÇÃO. FATOS DESCRITOS NA INICIAL QUE EVIDENCIAM SITUAÇÃO CAUSADORA DE EXTREMO INCÔMODO AO CONSUMIDOR. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. Considerando a aquisição de bem móvel por casal de companheiros, ainda que apenas um deles figure no contrato de compra e venda, possui o outro titularidade na relação jurídica objeto da demanda se esta também influenciar em sua esfera pessoal de direitos, do que exsurge sua legitimidade ativa para apresentar pleito ao juízo. “O vício do produto é aquele que afeta apenas a sua funcionalidade ou a do serviço, sujeitando-se ao prazo decadencial do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor. **Quando esse vício for grave a ponto de repercutir sobre o patrimônio material ou moral do consumidor, a hipótese será de responsabilidade pelo fato do produto, observando-se, assim, o prazo prescricional quinquenal do artigo 27 do referido diploma legal.**” (STJ, REsp n. 1.176.323/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 03.03.2015). [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0003086-24.2011.8.24.0139, de Porto Belo, rel. Des.

Sebastião César Evangelista, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 15-3-2018, grifo acrescido).

Inviável a exclusão dos ditames do Código Civil, perpetrada contra o consumidor, a fim de restringir sua possibilidade de ação. O Diploma Consumerista tem como finalidade precípua, justamente, afastar a rigidez do contrato no contexto do regime capitalista puro; nessa toada, estabelece maiores e melhores direitos e garantias à parte tida como hipossuficiente.

A ideia é ampliar, e, não, subtrair direitos.

Como, então, conceber uma conjuntura em que o consumidor tem menos direitos do que o cidadão comum? Nesse tipo de pensamento, estar-se-ia privilegiando a interpretação literal em face da sistemática, histórica e evolutiva, ignorando-se o cenário em que as normas se assentam.

Mais uma vez, assevera-se que: pretendendo a condenação do fornecedor ao ressarcimento de prejuízos, o consumidor tem direito de agir. Em qual prazo? O previsto no artigo 27, na medida que se trata de legislação especializada, superando o prazo trienal disposto no Código Civil.

E qual seria o termo inicial do prazo?

Resposta: desde o conhecimento do dano.

E nos casos de vícios aparentes e de fácil constatação (artigo 26)?

Resposta: quando escoado o prazo decadencial, ocasião em que o consumidor não mais poderá exercer o direito potestativo de reclamação.

Aliás, idêntico critério é utilizado nos casos de garantia legal e contratual. Primeiro, transcorre a garantia dada pelo lojista, de natureza administrativa e convencional (prazo decadencial), que não anula ou diminui o interregno (prescricional) previsto na lei.



Por todo exposto, refuta-se veementemente a tese que rejeita o direito de ação do consumidor.

### **Caso concreto**

Na espécie, o autor adquiriu um veículo no estabelecimento da ré na data de 22/7/2010, por meio de contrato de compra e venda (fl. 25), no valor de R\$23.000,00.

Inferiu-se da exordial que o demandante notou a existência de problemas mecânicos após 30 dias de uso e que, segundo aduziu, a requerida, naquele momento, rechaçou qualquer responsabilidade pelo conserto do bem, sob o fundamento de que “*quando retirado, estava em perfeita ordem e funcionamento*” (fl. 3).

Desta maneira, o requerente levou o automóvel a uma oficina de sua confiança, e, por meio da presente demanda, protocolada em 24/2/2011, objetiva o ressarcimento pelos danos materiais e morais alegadamente sofridos.

Firmo Veículos Ltda., por sua vez, afirmou que nunca fora contatada pelo postulante, tomando conhecimento da situação apenas quando de sua citação no feito (7 meses após o surgimento do defeito). Assim, consoante defendido nas razões recursais, o autor teria decaído do seu direito de reclamar pelos vícios do veículo (artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor).

Ora, diante de toda argumentação que se teceu nos itens anteriores, evidente que o tão só fato de inexistir reclamação direta no prazo de 90 dias não impede que o consumidor ajuíze a ação competente para ressarcimento dos danos.

Já aí cai por terra a intenção do recorrente.

Entretanto, *in casu*, mesmo que a tese acima exposta não

merecesse acolhida, denota-se que o recorrido logrou êxito em demonstrar a reclamação prévia, ainda que verbal, como bem pontuado pela Sentenciante:

Por ocasião da constatação do vício, sustenta o Requerente que entrou em contato, por diversas vezes, com a Requerida, a fim de solucionar o impasse. Esta, por sua vez, alega nunca ter sido procurada pelo Requerente.

No entanto, a testemunha Invald Hackbarth, ao ser inquirida, informou que o Autor entrou em contato com a Requerida para informar o defeito, tendo esta se negado a ajudar no conserto (fl. 118).

Com efeito, o parágrafo 2º, do art. 26, do CPC, dispõe que, **“obstam a decadência: I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca; (...)”**.

Portanto, a pretensão do Autor não se encontra caduca, uma vez que, ao constatar o vício no veículo adquirido, noticiou-o à Requerida, o que obstu a decadência, pelo que é irrelevante que a reclamação tenha se dado de forma verbal (grifo original, fl. 180).

Apesar da apelante afirmar que o testemunho fora contraditório, em nenhum momento o depoente mudou sua versão no sentido de que o autor não procurou a requerida. Ademais, como reiterado pela Magistrada quando da audiência, à fl. 119, mais de três anos se passaram entre a data dos fatos e a realização do ato, de modo que não se pode esperar das testemunhas farta e detalhada lembrança sobre o acontecimento.

À vista disso, afasta-se a tese recursal sobre a decadência.

### **1.3. Do cerceamento de defesa – Agravo retido**

Neste ponto, o réu pretende o acolhimento do seu agravo retido de fls. 90/92, pois, segundo alega, o indeferimento do pedido de produção de prova pericial causou-lhe cerceamento de defesa.

De início, importa ressaltar que, ao contrário do que afirmou a Togada singular, o pleito de perícia fora apresentado tempestivamente. Muito embora a certidão de fl. 79 tenha estabelecido como término do prazo para especificação de provas o dia 18/7/2012 para ambos os litigantes, infere-se do teor da decisão que:

II – Sem afastar a possibilidade de julgamento antecipado da lide, especifiquem as Partes, de forma detalhada a fundamentada, as provas que pretendem produzir, **no prazo sucessivo de 10 (dez) dias, a iniciarpelo Requerente** (grifo acrescido).

Logo, apenas o prazo do autor findava-se na supracitada data, ocasião em que se iniciava o interregno da ré (com termo final em 29/7/2012). Dessarte, tendo sido protocolada a petição em 24/7/2012, a mesma deveria ter sido conhecida.

Por outro lado, com acerto agiu a Magistrada quando pontuou, na decisão agravada, que *“ainda que apresentada em tempo, a prova pericial requerida torna-se desnecessária, na hipótese, posto que já reparado o defeito apresentado no veículo em questão, pelo que também indefiro a referida prova por este motivo, nos termos do art. 420, § único, inciso II, do CPC”* (fl. 85).

A apelante defende expressamente que a prova se faz necessária com o intuito de comprovar *“se realmente houve a substituição da turbina e em que época a mesma apresentou defeito e o motivo”* (fl. 214).

Contudo, ao menos no que tange ao momento em que o defeito surgiu e suas causas, evidente que a troca do equipamento antes do ajuizamento da presente demanda torna inviável qualquer constatação neste sentido, sendo despicie da confecção de prova pericial.

Aliás a recorrente já tinha essa ciência quando escreveu na contestação que *“como o suposto conserto no referido veículo já foi realizado, o Requerido fica desamparado de provar o seu direito, ou seja: que o defeito não existia, ou em caso positivo, teria direito em optar pelo*

*menor orçamento (ausência de orçamentos), assim como, verificar se o alegado realmente se faz necessário”* (fl. 50).

De mais a mais, a efetiva substituição da turbina também pode ser comprovada por meio dos documentos e depoimentos amealhados ao processo, lembrando-se que cabe ao Julgador a liberdade para determinar a produção probatória que achar conveniente, conforme dispõe o artigo 130 do Código de Processo Civil de 1973 (novo artigo 370), vigente ao tempo em que proferido o decisum agravado: *“cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”*.

Neste viés, pode ser indeferida dada diligência quando se entender que é inútil ou protelatória, mormente no caso concreto, quando se denota a existência de nota fiscal referente ao serviço impugnado (fl. 26). Outrossim, o proprietário da oficina, quando ouvido em juízo, confirmou o teor do aludido documento (ou seja, o reparo no automóvel).

Portanto, refuta-se a alegação de nulidade, sob pena de alongar-se a demanda para produção probatória desnecessária. Consequentemente, o agravo retido interposto pela ré merece ser conhecido e desprovido.

#### **1.4. Do valor da condenação**

Neste ponto, a apelante aduz, à fl. 215, que: *a) “o valor fixado pela Magistrada em R\$ 3.480,00 (três mil e quatrocentos e oitenta reais) é desproporcional ao suposto serviço realizado, e mais, o apelado não juntou três orçamentos e o veículo não foi periciado”; b) “houve apenas a juntada aos autos de uma nota do suposto pagamento que não é fiscal, descrevendo os serviços Mecânicos”; c) “o proprietário da oficina foi ouvido em Juízo e não soube explicar os valores e a necessidade da substituição da peça (turbina)”*.

As insurgências não merecem prosperar.

Bem se sabe que nas ações de reparação de danos a impugnação ao orçamento apresentado deve ser minuciosa e, acima de tudo, consubstanciada em elementos probatórios sólidos. Isto porque as impugnações genéricas e desprovidas de suporte técnico não possuem o condão de derruir orçamentos apresentados por empresas íntegras e especializadas.

*In casu*, o autor trouxe aos autos nota fiscal e ordem de serviços idôneas à fl. 26, coerentes com suas assertivas iniciais. Por outro lado, a ré limitou-se a colacionar algumas cópias de turbinas com valores menores, sem especificar dados técnicos ou considerar o valor da mão-de-obra. Ainda, nada falou sobre os outros serviços mencionados na ordem técnica.

Não foram produzidas provas hábeis a derruir a nota fiscal e ordem de serviços juntadas pelo autor. Os documentos restaram impugnados, mas de forma genérica, alegando a recorrente apenas valor excessivo e ausência de três orçamentos.

Sobre o tema, extrai-se da jurisprudência deste Sodalício:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CAMINHÃO QUE COLIDE NA TRASEIRA DE TRATOR QUE TRAFEGAVA PELO BORDO DA PISTA DE ROLAMENTO DE RODOVIA FEDERAL. SINALIZAÇÃO PRECÁRIA DO VEÍCULO AGRÍCOLA. AUSÊNCIA DE CAUTELA, PORÉM, DO CONDUTOR DO CAMINHÃO. CONDUTA PREPONDERANTE. ACIDENTE OCORRIDO À LUZ DO DIA, EM PISTA DUPLA, RETILÍNEA E SEM ACOSTAMENTO. REGIÃO AGRÍCOLA. CULPA EXCLUSIVA EVIDENCIADA. REFORMA DA SENTENÇA. DANO MATERIAL. ORÇAMENTO IDÔNEO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. DANO MORAL. DEVER DE INDENIZAR. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS RECONVINDOS. APELO DOS RÉUS CONHECIDO E PROVIDO E RECURSO ADESIVO DA AUTORA PREJUDICADO. [...] **Para derruir a**

**idoneidade de orçamento apresentado pela vítima, faz-se necessário impugnar especificamente cada um dos itens com a prova cabível.** [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0011001- 02.2012.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Sebastião César Evangelista, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 24-8-2017, grifo acrescido).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS. PREJUÍZOS IMPLEMENTADOS DURANTE PROCEDIMENTO DE REBOQUE, SOLICITADO PELO PREPOSTO DA AUTORA, EM FACE DE PROBLEMAS ELÉTRICOS NO CAMINHÃO QUANDO TRAFEGAVA EM RODOVIA ADMINISTRADA SOB O REGIME DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DAS REQUERIDAS. RESPONSABILIDADE CIVIL. [...] QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS. ALEGADA AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA DAS NOTAS FISCAIS COM OS DANOS APONTADOS. ORÇAMENTO IDÔNEO E SUFICIENTE PARA DEMONSTRAR O VALOR NECESSÁRIO AO CONSERTO DO CAMINHÃO. **DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE TRÊS ORÇAMENTOS QUANDO SEQUER A IDONEIDADE DO QUE FOI APRESENTADO É QUESTIONADA, MEDIANTE INDICAÇÃO PRECISA DE INCONGRUÊNCIAS. REPARAÇÃO MATERIAL DEVIDA NO PATAMAR PLEITEADO.** RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJSC, Apelação n. 0001704-41.2013.8.24.0166, de Forquilha, rel. Des. Rosane Portella Wolff, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 16-5-2016, grifo acrescido).

Ora, se a requerida, a quem incumbia o ônus probatório, pretendia questionar a prova, deveria ter apresentado outro orçamento idôneo ou laudo técnico, a fim de demonstrar que as peças, os serviços ou os valores consignados na peça pórica não condiziam com a realidade ou não se prestavam a reparar o veículo em questão.

Inexistindo impugnação específica, os danos materiais devem ser mantidos na monta fixada em primeira instância (R\$3.480,00).

No que tange ao depoimento prestado pelo proprietário da

oficina, melhor sorte não assiste à recorrente. É que ele, passados três anos dos fatos, apenas não se recordava exatamente dos valores e reparos realizados, mesmo porque esclareceu que não é o responsável por esse tipo de serviço no estabelecimento (mídia de fl. 119). O que importa é que confirmou cabalmente a troca da turbina e a realização de mais serviços na ocasião, corroborando com a versão do apelado.

Sendo assim, conhece-se parcialmente do apelo da ré e, nesta extensão, nega-se-lhe provimento.

## **2. Do apelo do autor**

### **2.1. Do alegado fato novo**

Primeiramente, o requerente insurge-se em face do não acolhimento, pela Magistrada, do pedido realizado em suas alegações finais, consubstanciado na condenação da requerida ao pagamento dos supostos vícios que surgiram no veículo **após** o ajuizamento da presente demanda (fls. 143/154).

No entanto, ao contrário do que afirma o requerente, não se trata de fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, mas, sim, de novo pedido com base em nova causa de pedir. Nessa toada, a matéria demanda instrução probatória e respeito aos princípios da ampla defesa e contraditório, o que não pode ocorrer na fase decisória ou recursal do feito.

Por consequência, exsurge patente que o recente pleito indenitário não pode ser conhecido pelo Julgador.

### **2.2. Dos danos morais**

A concessão de compensação pecuniária por danos morais pressupõe a existência de um fato com eficácia para causar abalo anímico à vítima, seja pelo sofrimento psíquico interno, seja pela desonra pública.

Em outras palavras, o incômodo sofrido, por si só, não dá margem à indenização por danos morais. É preciso que reste configurado o prejuízo moral.

Sobre o assunto, leciona Sílvio de Salvo Venosa:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar indenização. Aqui também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal. [...]

O dano moral abrange também e principalmente os direitos da personalidade em geral, direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo etc. Por essas premissas não há que se identificar o dano moral exclusivamente como a dor física ou psíquica. Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento, ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 35/36).

Na hipótese vertente, os fatos noticiados nos autos não têm o condão de conferir ao requerente o direito à pretendida indenização por danos morais. Os problemas decorrentes do vício do produto não trouxeram consequências gravosas ao autor, cuidando-se de incômodo cotidiano, que não dá azo à reparação pecuniária, mormente porque de fácil resolução (troca da turbina).



Inexistiram, assim, circunstâncias suficientemente graves a ponto de causar abalo psíquico ao recorrente – o que caracterizaria o dano passível de indenização. Neste sentido, assevera-se que *“para o reconhecimento do dano extrapatrimonial não basta o fator em si do acontecimento. É imprescindível que o suposto ato ilícito tenha carga suficiente para infligir no ofendido um sofrimento moral intenso e extraordinário, causador de sequelas de indelével repercussão, não se amoldando, neste panorama, simples descontentamentos no âmbito subjetivo da pessoa, ou, ainda, nas hipóteses em que a anunciada dor ou desconforto seriam normalmente suportados”*. (TJSC, Apelação Cível n. 0020701-42.2005.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 25-5-2017).

É o posicionamento desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. JUÍZO DA ORIGEM QUE JULGA IMPROCEDENTES OS PEDIDOS CONTIDOS NA EXORDIAL. INSURGÊNCIA DO AUTOR. COMPRA DE MÁQUINA DE LAVAR ROUPAS PELO FILHO DO DEMANDANTE, EM SEU NOME, SEM DEMONSTRAÇÃO DE QUE O AUTOR TENHA AUTORIZADO TAL TRANSAÇÃO. DEVOLUÇÃO DA MERCADORIA E DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO SEM PENDÊNCIAS FINANCEIRAS EM NOME DO REQUERENTE, DECORRENTE DA VENDA, PERANTE À RÉ. INVIABILIDADE DE DECLARAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DO DÉBITO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE DÍVIDA. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. INCOMODAÇÕES E TRANSTORNOS SUPORTADOS PELO DEMANDANTE QUE NÃO CONFIGURAM ABALO MORAL. “O incômodo sofrido, isoladamente, não dá margem à indenização por dano extrapatrimonial. É que o dano moral somente se configura sucedendo alguma repercussão ofensiva do ato praticado à esfera jurídica da vítima. Não havendo razoável abalo à reputação da recorrida - como na presente hipótese, em que houve a mera informação da existência do débito em nome da apelada - inexistente o prejuízo indenizável”. (Apelação

Cível n. 2004.029560-1, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 29-5-2008). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.(TJSC. Apelação Cível n. 0002229-86.2014.8.24.0069, de Sombrio, rel. Desa. Rosane Portella Wolff, j. 14-11-2016).

Destarte, em decorrência da ausência de gravidade dos fatos narrados e de sua aptidão para efetivamente causar danos morais ao requerente, não há falar em direito à indenização nesse ponto.

### 2.3. Dos ônus sucumbenciais

Tocante aos ônus sucumbenciais, o recorrente impugna a distribuição da sucumbência na maneira como fixada em primeira instância, *in verbis*:

Como houve sucumbência recíproca, o Autor arcará com o pagamento de 70% (setenta por cento) das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), enquanto que a Requerida arcará com o restante das despesas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em R\$ 1.000,00 (um mil reais), ex vi do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. Friso que o pagamento pelo Autor fica suspenso, a teor do disposto no art. 12 da Lei n.1.060/50 (fl. 187).

Porém, percebe-se da exordial que o autor listou os seguintes pedidos: 1) indenização pelo conserto do veículo; 2) indenização por lucros cessantes; 3) ressarcimento das despesas referentes à transferência da titularidade do bem e às multas de trânsito anteriores; 4) compensação pecuniária por danos morais.

Somente o pleito de ressarcimento dos valores despendidos com o reparo do veículo foi acolhido, o que reflete 25% de sucesso na demanda – proporção até aquém daquela arbitrada pela Togada *a quo*. À vista disso, a fixação dos honorários advocatícios funcionou de forma favorável ao requerente (posto que, a rigor, o montante deveria ser mais do que o dobro daquele a ser pago ao apelante).

Também por esse motivo, inviável a redistribuição dos ônus sucumbenciais ou a majoração da verba fixada ao recorrente.

Outrossim, os parâmetros para a fixação da verba honorária devem estar de acordo com o disposto no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil em vigor (anterior artigo 20, § 3º):

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar da 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.

Fazendo-se a subsunção da norma ao caso em exame, verifica-se que o advogado do autor desempenhou adequadamente seu mister, dedicando-se à persecução dos direitos de seu cliente. A lide, no entanto, não é de alta complexidade e apenas um dos pedidos do autor fora atendido. Portanto, tem-se que o valor fixado em primeiro grau, R\$1.000,00, é condizente com as circunstâncias concretas do caso, bem como se mostra suficiente para remunerar o causídico com dignidade.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, o voto é no sentido de: a) conhecer do agravo retido interposto pela ré e negar-lhe provimento; b) conhecer parcialmente do recurso da demandada e, nesta porção, negar-lhe provimento; b) conhecer e negar provimento ao apelo do demandante.

## SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

### Apelação Cível n. 0300431-94.2014.8.24.0011, de Brusque

Relator: Desembargador Sebastião César Evangelista

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SUBTRAÇÃO DE NUMERÁRIO DA CONTA DA AUTORA MEDIANTE TRANSFERÊNCIABANCÁRIA. TRANSAÇÃO FINANCEIRA NÃO RECONHECIDA PELA CLIENTE. FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIRO. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 14, DO CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, DO CDC. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO PELA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA DE CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. OBSERVÂNCIA DO ART. 85, §§ 2º E 11, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

“As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias” (Súmula 479 do STJ).

A ocorrência de fraude, seja por meio de falsificação de cheque, clonagem de cartão de crédito ou meio eletrônico de subtração de numerário em conta, é um risco próprio do empreendimento de instituições financeiras, motivo porque é considerado fortuito interno da sua atividade.

“Tem-se entendido que o sucesso da empreitada judicial do consumidor fundada no fato do produto ou serviço depende apenas da prova do ato lesivo e do nexo de causalidade, circunstâncias que, se provadas, caracterizam o dever de indenizar do ofensor. De sua parte, o fornecedor, para esquivar-se da

obrigação de reparar o dano, há de provar a existência de uma das causas excludentes de responsabilidade, alinhadas no parágrafo terceiro do artigo 14 do Código Consumerista: a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Ausente a prova de que se trata, impõe-se condenar o réu à reparação dos prejuízos materiais e morais impostos ao consumidor” (Ap. Cív. n. 2011.066014-7, de São José, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 8.9.2011).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300431-94.2014.8.24.0011, da comarca de Brusque Vara Cível em que é Apelante Banco Santander Brasil S/A e Apelado Auto Posto Modelo Ltda.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento; e, em observância ao disposto no art. 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, fixar os honorários recursais em 20% sobre o valor dos honorários sucumbenciais. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Rubens Schulz.

Florianópolis, 19 de abril de 2018.

Desembargador Sebastião César Evangelista  
Relator

## RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta por Banco Santander S.A. da decisão proferida na Vara Cível da comarca de Brusque, nos autos do processo de n. 0300431-94.2014.8.24.0011, em que contende com Auto

Posto Modelo Ltda.

Em primeira instância, a sentença apresentou o seguinte dispositivo:

Diante do exposto, na forma do art. 487, I, CPC, julgo procedentes os pedidos articulados na inicial para

condenar a ré ao ressarcimento da quantia de R\$ 21.000,00 (vinte e um mil reais) em favor da parte autora. Dito valor deverá ser corrigido monetariamente pelo INPC desde a data do débito (03/04/2014 fl. 22), e com incidência de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação (25/07/2014 fl. 30).

Nos termos do art. 82, § 2º, do NCPC, condeno a parte ré ao ressarcimento das despesas que a parte adversa antecipou. Ditos valores deverão ser corrigidos pelo INPC desde a data de cada adimplemento (TJ-SC. AC 2008.003051-9. Relator Luiz Carlos Freyesleben. Julgado em 25/10/2010).

Condeno ainda a parte ré ao pagamento dos honorários sucumbenciais do procurador da parte adversa, estes fixados, observados os critérios do art. 85, §2º, em 10% sobre o valor da condenação.

Na fundamentação, consignou-se que a parte autora comprovou os fatos constitutivos de seu direito pela documentação carreada à exordial, representada por extrato da conta bancária (fls. 22-23), na qual consta a realização de transferência no valor de R\$ 21.000,00 (vinte e um mil reais) e, posteriormente, lançamento de crédito provisório no mesmo valor, o qual foi novamente estornado de sua conta pela instituição financeira. Em contrapartida, a requerida limitou-se ao argumento de que ocorrera culpa exclusiva do consumidor, ao passo que teria fornecido via telefone número de token, sem observância dos critérios de segurança lançadas em seu *website*. Registrou-se que o autor foi vítima de fraude provocada por terceiro e, afastou-se a hipótese de culpa exclusiva da vítima, porquanto a situação em discussão não se refere à fraude grosseira ou de fácil constatação. Assim, verificada a falha na prestação de serviços, reconheceu-se a responsabilidade da instituição financeira ré pelos danos

ocasionados à demandante e, em consequência, o dever de ressarcir o numerário descontado de sua conta bancária.

A parte recorrente, em sua insurgência, requereu a reforma da sentença, a fim de afastar sua responsabilidade, sob o argumento de que a fraude ocorreu por culpa exclusiva da apelada, ao repassar informações de segurança da sua conta, pleiteando, portando, a aplicação do art. 14, § 3º, inc. II, do CDC.

A parte autora foi intimada para apresentar contrarrazões, postergando-se o recebimento do recurso, nos termos do art. 1.010, § 3º, do CPC. Em contrarrazões (fls. 95-99), sustentou os fundamentos da decisão e pugnou pela fixação de honorários advocatícios recursais, na forma do art. 85, § 11º, do CPC/15.

Após, os autos ascenderam a esta instância. Distribuídos, vieram conclusos.

Este é o relatório.

## VOTO

1 A admissibilidade do recurso bem como o julgamento será realizado sob o enfoque do Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/15), vigente à época da publicação da decisão recorrida, nos termos do enunciado administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça: “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/15 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

O prazo de 15 dias para a interposição da apelação foi respeitado. O preparo recursal foi recolhido (fl. 79). O interesse recursal é manifesto e as razões de insurgência desafiam os fundamentos da decisão profligada. Encontram-se satisfeitos, pois, os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

2 Consoante estabelece a Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, as disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis às instituições financeiras.

Do entendimento sumulado depreende-se, pois, que bancos e financeiras, enquanto fornecedores, respondem objetivamente pelos fatos e vícios dos produtos e serviços ofertados aos consumidores, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pela edição da Súmula 479, pacificou-se entendimento no sentido de que “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

Acerca da temática sumulada, discorre Flávio Tartuce: (...) o Superior Tribunal de Justiça editou súmula no ano de 2012, estabelecendo que as instituições bancárias respondam pelas fraudes praticadas por terceiros no âmbito de sua atuação. A título de exemplo, podem ser citados os roubos e furtos de talões de cheques, a clonagem de cartões ou de clientes e as fraudes praticadas pela internet. Prescreve a Súmula n. 479 daquela Corte Superior que “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”. A súmula merece um reparo crítico na redação, uma vez que todas as citadas fraudes constituem eventos internos, entrando no risco do empreendimento ou no risco da atividade desenvolvida pelos bancos (risco do negócio) (*Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 468).

Em decorrência disso, tem-se que a responsabilidade da instituição financeira ré é objetiva, ou seja, independe de culpa para restar configurada. Assim, para eximir-se da responsabilidade deve comprovar, de forma satisfatória, a inexistência de nexos causal ou ainda a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor disciplina a exclusão de responsabilidade de maneira similar



ao que ocorre em relação ao dano por vício do produto. Inicialmente (inciso I) estipulou que a exclusão de responsabilidade se opera na eventualidade em que comprovada (o que imputa ao fornecedor o ônus da prova) a ausência de defeito no serviço. Tal ônus evidentemente não se pode traduzir na comprovação de fato negativo, mas sim na demonstração de que o serviço foi prestado conforme a técnica adequada.

O inciso II do artigo 14 do Diploma consumerista afasta a responsabilidade na hipótese em que o réu comprova a culpa exclusiva da própria vítima ou então de terceiro.

Afora as hipóteses expressamente abrigadas no art. 14 do CDC, o fornecedor não responderá se, de qualquer outra forma, demonstrar a ausência dos pressupostos para a responsabilidade civil. Deve-se lembrar que, afastada a necessidade de comprovação da culpa, a responsabilidade objetiva pressupõe todos os demais componentes da responsabilidade civil: dano, ilícito e nexo causal. Assim, se o fornecedor comprovar que (a) não prestou o serviço (b) não houve dano ou (c) o dano reclamado em nada se relaciona com o serviço prestado, não haverá fundamento legal para a sua condenação.

2.1 Da inicial retira-se que a autora, na pessoa de seu administrador, após acesso ao sistema de *internet banking* em computador diverso ao usual, recebeu ligação de terceiro, o qual informou ser funcionário da ré e que, em razão desta tentativa de acesso, havia realizado o bloqueio do dispositivo *token*, bem como requereu o número constante neste dispositivo de segurança para confirmação da operação, o que foi prontamente atendido pela demandante.

Ato contínuo, recebeu outra ligação da instituição financeira para confirmação de transferência bancária no valor de R\$ 21.000,00 (vinte e um mil reais), tendo negado a realização da referida transação. Não obstante a negativa, a transferência foi realizada e o ressarcimento da quantia foi-lhe negado administrativamente.

A instituição financeira, por outro lado, alegou que não foi constatada qualquer irregularidade na transferência bancária questionada e sustenta a culpa exclusiva da vítima ao repassar dados pessoais por telefone a terceiro, a teor do disposto no artigo 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor.

Os argumentos da ré, contudo, não merecem acolhimento.

Isso porque, as alegações da requerida vieram desacompanhadas de qualquer elemento probatório, ônus que lhe incumbia. Apesar de aventar a culpa exclusiva da vítima, não juntou aos autos qualquer início de prova para dar suporte à sua tese. A mera alegação de que é dever do consumidor zelar por seus dados pessoais também não é suficiente para afastar a responsabilidade da casa bancária.

Aliás, conforme bem lançado pela sentença, a situação dos autos não se refere à fraude grosseira e de fácil constatação. Pelo contrário, ao não conseguir acessar *internet banking* de seu computador pessoal, acreditou que, de fato, a requerida tivesse realizado contato telefônico por questões de segurança. Aliado a isso, afirmou que repassou ao suposto funcionário apenas número do dispositivo *token*, sem fazer menção ao código de usuário ou senha de acesso, o que, inclusive, não lhe fora solicitado, motivo pelo qual, em momento algum, desconfiou de fraude.

É cediço que, em transações de alto valor pecuniário, mostra-se adequado que a instituição financeira proceda com ainda mais cautela a fim de prestar um serviço adequado, eficiente e seguro a seu cliente. Não obstante, apesar da negativa do autor de que tivesse realizado a operação bancária por contato telefônico, a instituição financeira do mesmo modo procedeu a transferência.

Dessarte, não há nos autos prova da culpa exclusiva da vítima, a atrair a excludente de responsabilidade inserta no art. 14, § 3º, II, do CDC, de modo que, mantém-se a sentença, por seus próprios fundamentos.

3 Por fim, tendo em vista que a sentença foi publicada na vigência do CPC/15 (ex vi do Enunciado Administrativo n. 7, do STJ), devem ser fixados os honorários recursais, previstos no artigo 85, §§ 1º e 11, do referido diploma legal, *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.

§ 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.

(...)

§ 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.

No caso em apreço, levando-se em conta a insubsistência das razões recursais, bem como o fato de o procurador da parte apelada ter apresentado contrarrazões no prazo legal, fixam-se os honorários recursais ao patrono do recorrido, em observância ao disposto no art. 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, em 20% do valor dos honorários

sucumbenciais.

4 Por todo o exposto, conhece-se do recurso e negase-lhe provimento e, em observância ao disposto no art. 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, fixam-se os honorários recursais em 20% sobre o valor dos honorários sucumbenciais.

Este é o voto.

**Apelação Cível n. 0301385-70.2015.8.24.0023, da Capital**

Relator: Des. Newton Trisotto

DIREITO CIVIL. CONTRATO COLETIVO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E HOSPITALAR. AÇÃO VISANDO A LIMITAÇÃO DO REAJUSTE DO PLANO DE SAÚDE JULGADA PROCEDENTE. MAJORAÇÃO DA MENSALIDADE. ABUSIVIDADE NO PERCENTUAL APLICADO PELA OPERADORA NÃO EVIDENCIADA. RECURSO DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE PROVIDO.

01. O mutualismo constitui um dos fundamentos dos contratos de seguro e de assistência médico-hospitalar (planos de saúde), quaisquer que sejam as suas modalidades. Consiste em “um mecanismo econômico e contábil no qual assentada toda a técnica do seguro como operação jurídicoeconômica. Partindo-se do pressuposto de que é mais fácil suportar coletivamente as consequências danosas dos riscos individuais do que suportá-las sozinho, distribui-se, ‘pulveriza-se’ ou se opera a dispersão do custo, para o efeito de diluir entre todos os participantes da operação o prejuízo patrimonial do dano, o que é feito por meio do mutualismo. Esse mecanismo, afirma Stiglitz e explicitam Tzirulnik e Octaviani, consiste na ‘linha mestra da estruturação jurídica da operação securitária’. Para esses autores, com efeito, ‘a função social do seguro revela-se de forma cristalina: garantir, com o auxílio de muitos, que a desorganização que atingiu a uns poucos possa ser superada. Satisfaz-se o interesse de todo o ‘sistema’ em questão, uma vez que as relações podem continuar a se desenvolver, de tal forma que praticamente não sejam sentidas as consequências do ocorrido’. [...] Direcionado pelos valores jurídicos do interesse comum e da função social do contrato, o mutualismo é estruturado consoante modelos matemáticos que determinam preços, estabelecendo equilíbrio entre as receitas e despesas de um plano de seguro por um período de cobertura determinado (‘regimes financeiros’). Os regimes financeiros

constituem técnicas voltadas a repartir os custos entre os segurados e patrocinadores dos planos de seguros. Conforme se trate de seguro de danos ou de pessoas será diversa a equação, havendo ainda distinções entre as espécies, pois no seguro para o caso de morte (inclusive aos seguros de pessoas) o risco é a morte do segurado, sendo o prêmio estipulado de acordo com a taxa de mortalidade de pessoas com condições normais de saúde que se baseia em uma ‘tábua de mortalidade’” (Judith Martins-Costa). 02. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça – a quem compete, precipuamente, interpretar a lei federal (CR, art. 105, III) e “tem por função constitucional uniformizar o Direito Federal” (AgRgMC n. 7.164, Min. Eliana Calmon) –, ao julgar, na forma do art. 1.040 do CPC/2015, o Recurso Especial n. 1.568.244, definiu que “o reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso” (Min. Ricardo Villas Bôas Cueva). Fundada a pretensão dos autores exclusivamente na tese de nulidade da cláusula contratual que prevê reajuste do contrato com base na sinistralidade, impõe-se o seu rejeitamento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301385-70.2015.8.24.0023, da Comarca da Capital (4ª Vara Cível) em que é/ são Apelante (s) Unimed Florianópolis Cooperativa de Trabalho Médico Ltda e Apelado (s) Maria Magdalena Silvy de Araújo e outro:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado no dia 28 de junho de 2018, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto (Presidente), Rubens Schulz e Carlos

Roberto da Silva.

Florianópolis, 11 de setembro de 2018

Desembargador Newton Trisotto  
RELATOR

## RELATÓRIO

Celso Araújo – que veio a falecer em 10.10.2015 (fl. 179) e por isso foi substituído por seus sucessores, Maria Magdalena Silvy de Araújo, Simone Araújo Butemberg, Celso Araújo Filho e Márcio Araújo (fls. 21/28) – ajuizou “AÇÃO DECLARATÓRIA C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO” contra Unimed Grande Florianópolis – Cooperativa de Trabalho Médico.

Está inscrito na petição inicial:

“1. Por contrato datado de 11.11.1996, o A. aderiu ao Plano de Saúde da R., posto também em nome de sua Esposa, D<sup>a</sup> Maria Madalena Silva de Araújo, o que fez motivado pela consciência/necessidade de contar com garantia adicional a Previdência Oficial contra os males que nos podem afligir a qualquer tempo, como sói ocorrer normalmente com o bicho homem, em especial na terceira idade, quando o nosso organismo, de modo geral, passa a apresentar as mazelas de todos nós conhecidas!

2. Claro que o A. tinha noção de que, para contar com a garantia/cobertura ofertada pela R. através do Plano a que aderira, tinha de fazer os aportes/contribuições mensais então ajustadas, em valores que sofreriam correção/atualização periódica, tanto que no Contrato subjacente há Cláusula específica sobre tanto, prevendo que as mensalidades e as inscrições fixadas em R\$ (real) serão reajustadas anualmente, de acordo com os índices editados pelo Governo Federal e cálculo atuarial do contrato.

3. E, assim, vinha o A. satisfazendo as contribuições/mensalidades devidas,

compromisso que, inobstante oneroso - R\$ 1.462,01 em dezembro/2014 -, conforme comprovante anexo, seu orçamento de aposentado comportava, mesmo porque, como já frisado, cômico da importância de contar com a garantia/tranquilidade que a sua manutenção, assim, lhe proporcionaria para o caso de emergência médico-hospitalar!

4. Ocorre, no entretanto, que, de dezembro/2014 para janeiro/2015, a mensalidade cobrada pela R. elevouse/ majorou-se desarrazoada / desmesuradamente para R\$ 2.696,96 (dois mil seiscentos e noventa e seis reais e noventa e seis centavos), conforme demonstrativo de cobrança chegado às suas mãos em data de 14.01.2015 (anexo).

5. Por mais que tenha procurado índices oficiais/oficiosos de correção para saber qual critério terá a R. usado para impor aumento de 84,44% (oitenta e quatro inteiros e quarenta e quatro centésimos) sobre o valor da contribuição de dezembro/2014, até agora o A. não conseguiu assimilar/compreendê-lo, com total risco para continuar os pagamentos atinentes por absoluta falta de condições financeiras, solapando-lhe a capacidade de manter a cobertura com que contava para os riscos que a saúde humana corre naturalmente e que, com o passar do tempo, infelizmente acentuando-se!.

6. Ora, impor reajuste de tal magnitude, ao que tudo indica só porque o A. completou 80 (oitenta) anos, malfeire objetivo/princípio fundamental posto na Carta Magna, conforme art. 3º, IV, gizando que constituem objetivos fundamentais da República do Brasil: promover o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

7. Assim e acacianamente, pode-se dizer que a R. fulminou a garantia em questão ao impor aumento de 84% no valor da contribuição o A. só porque este adentrou à casa dos octogenários!

8. Tornando-se corriqueiros Brasil afora, os casos da espécie vieram a merecer análise das Cortes Pátrias, logo firmando-se orientação concluindo pela sua ilegalidade para, se for o caso, levar à obrigação da repetição do excedente, conforme precedentes a seguir alinhados<sup>9</sup> (fls. 01/02).



Na sequência, transcreveu excertos de acórdãos relacionados com a sua pretensão.

Arrematou a petição inicial formulando requerimentos nos termos que seguem:

“[...] I) Seja acolhido o pleito para declarar, subsistir o direito do A. à assistência médico-hospitalar ajustada com a R. no subjacente Contrato de Prestação de Serviços de Assistência Médica, Hospitalar e Auxiliares de Diagnóstico e Terapia e, *pari passu*; II) indevido o reajuste por essa imposto pela idade do associado, corrigindo-o pela variação do IGPM – Índice Geral de Preços de Mercado no último exercício (2014), ou outro que esse H. Juízo possa considerar aplicável para atualizar o valor da contribuição devida [...]” (fl. 18).

Apresentadas a contestação (fls. 68/75) e a réplica (fls. 129/133), a Juíza Erica Lourenço de Lima prolatou a sentença. Transcrevo o dispositivo e excertos da fundamentação que revelam as questões de fato e de direito relacionadas com o litígio, notadamente aquelas suscitadas nos recursos:

“ANTE O EXPOSTO, com fulcro no art. 269, inciso I, do CPC, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados por Celso Araújo e Maria Magdalena Silvy de Araújo contra Unimed Grande Florianópolis – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., para declarar indevido o reajuste de 84,4% imposto pela ré ao plano de saúde dos autores, determinando o reajuste pela variação do IGPM, conforme contratado. Condene a ré ao ressarcimento do valor de R\$ 3.768,97, despendidos na aquisição do medicamento negado pela gestora do plano, acrescidos de correção monetária pelos índices da CGJ desde o desembolso (fls. 140, 141, 161 e 162) e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, além de outros que venham a ser adquiridos e comprovados por nota fiscal, até o fornecimento pela ré, em liquidação de sentença.

Condeno a ré, também, ao pagamento de indenização por danos morais ao autor Celso Araújo, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com correção monetária pelo INPC desde a sentença (STJ, Súmula 362) e juros de mora de 1% ao mês, a partir do evento danoso (16/05/2015) (STJ, Súmula 54). Condeno a ré, ainda, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios em favor do procurador do autor, os quais fixo em R\$ 10% do valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º do CPC” (fls. 172/173).

“[...]

C) Aplicabilidade do CDC: Desde já consigno a plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – CDC aos autos.

A jurisprudência dominante já pacificou o entendimento de que a relação jurídica mantida entre os segurados de plano de saúde e suas gestoras é eminentemente de consumo. Tal orientação foi consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no seu enunciado sumular n. 469, que dispõe: ‘aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde’.

Assim, a análise da causa levará em consideração as premissas e princípios da lei consumerista.

D) Do reajuste por sinistralidade: Analisando o contrato objeto da presente demanda, verifico que a cláusula 12, prevê o reajuste nos seguintes termos:

CLÁUSULA XII - REAJUSTES. 12.1 - Os preços previstos nos itens 11.1 e 11.2 da cláusula anterior foram fixados com base em cálculo atuarial e apurados segundo a relação existente entre os preços do setor e a utilização média dos serviços contratados. 12.2 - As mensalidades e as inscrições fixadas em cruzeiros serão reajustadas mensalmente na mesma proporção do IGP-M divulgado pela Fundação Getúlio Vargas, ou, a falta deste, outro índice de correção aceito pelas partes. 12.3 - Além da atualização prevista no item 12.2 o cálculo atuarial poderá ser revisto, se houver utilização comprovada acima da média normal, buscando

recompôr o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de acordo com novos entendimentos. (fl. 32)

O termo aditivo contratual, juntado à fl. 33, modificou a redação do item 12.2, que passou a dispor:

As mensalidades e as inscrições fixadas em R\$ (real) serão reajustadas anualmente, de acordo com os índices editados pelo Governo Federal e cálculo atuarial do contrato.

Ora, nos moldes do item 12.3 da referida cláusula contratual, o reajuste além do IGPM, qual seja, o cálculo atuarial, que seria para a recomposição do equilíbrio somente poderia se dar caso comprovada a utilização acima da média normal, o que não foi demonstrado pela ré em contestação.

Ainda, o art. 51, X, do Código de Defesa do Consumidor veda a imposição de cláusulas que permitam alteração unilateral da equação econômica do negócio jurídico.

Outrossim, a ré não cumpriu com o dever de informar, vez que não demonstrou, no caso concreto, de forma clara, precisa e compreensível quais os reais custos que conduziram a majoração no percentual de 84,47%.

Assim, tenho que o elevado reajuste unilateral, à míngua de fundamentação, não deve vincular o segurado, parte hipossuficiente da relação securitária. Do contrário, a ré estaria transferindo ao contratante o risco da atividade por ela desenvolvida.

[...]

Dessa forma, considerando que a majoração realizada pela ré no plano de saúde dos autores é indevida, por tê-la feito unilateralmente e sem respaldo contratual, deverá ser declarada imprópria, pelo fato de ter rompido com o binômio risco-mutualismo existente nos contratos de seguro.

E) Dos danos materiais:

Na cláusula VI do contrato de prestação de serviços (fl. 27), a ré assegura aos usuários assistência médica em diversas especialidades, dentre elas hematologia e oncologia.

[...]

Desse modo, considerando que o autor desembolsou R\$ 3.768,97 (notas fiscais de fls. 140/141 161/162) na compra do medicamento necessário para o tratamento da doença, deverá a ré restituir/reembolsar referida quantia, com juros e correções legais, certo que, o medicamento deverá passar a ser fornecido pela contratante.

Este valor poderá ser acrescido de outras notas fiscais que por ventura vierem a ser apresentadas, em liquidação de sentença, enquanto o medicamento não for fornecido por quem é devido.

F) Do pedido incidental – dano moral (fl. 148):

O primeiro autor formulou pedido incidental de indenização por danos morais, tendo em vista que, além do aumento exorbitante na prestação mensal, a ré negou cobertura/reembolso de medicamento necessário a sua saúde, causando exacerbação do seu quadro anímico.

Extrai-se do parecer de solicitação de fls. 139-139, emitido pela Unimed, que o medicamento requerido pelo autor não possui cobertura contratual, e que as operadoras de planos de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamentos para tratamento domiciliar, por isso a negativa.

Ocorre que o fato de o medicamento Revolade ser de uso domiciliar não constitui causa justificante para eximir a ré de fornecê-lo, uma vez que foi atestada sua necessidade, por profissional médico, que indicou o melhor tratamento para o paciente, conforme receituários de fls. 136 e 151-152.

Além disso, a doença que acomete o autor é considerada complicada visto que diminui a quantidade de plaquetas e possui alto risco de hemorragia (fls. 1515-152), ainda mais considerando a idade do autor (80 anos).

[...]

O dano moral é o prejuízo de natureza não patrimonial que afeta o estado anímico da vítima, seja relacionado à honra, à paz interior, à liberdade, à imagem, à intimidade, à vida ou à incolumidade física e psíquica.

No caso em tela, observa-se que a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado agrava sua situação pois causa aflição e angústia psicológica, além daquelas já sofridas em momentos de doenças como a mielodisplasia,

especificamente.

Dessa forma, considerando o estado psicológico do autor, bem como seu quadro clínico (está sofrendo de doença equiparada ao câncer), a negativa indevida de cobertura é fator que eleva sua condição de dor e angústia em momento tão delicado como este, portanto, passível de indenização por danos morais.

Sabe-se que o quantum da reparação deve ser fixado em atenção ao binômio razoabilidade/proporcionalidade, ou seja, buscando compensar os danos sofridos pelo autor e fazer refletir, a ré.

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’ (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 (ter a operadora de saúde, indevidamente, negado ao autor cobertura de medicamento indispensável para seu tratamento gerando mais dor e angústia, agravando o quadro de saúde, de alguém com já avançada idade (80 anos), tendo o autor que desembolsar valor equivalente a R\$ 3.768,97 (fls. 140-141), entendo que o montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) é condizente com a situação em concreto e adequado aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Ressalta-se que a condenação não implica o enriquecimento sem causa (art. 884 do CC) do autor: a causa é, justamente, o agravo que sofreu pelo ato ilícito da ré, e o ressarcimento deve ser precisamente adequado à intensidade da lesão (tempo + idade + dano social + bem atingido)” (SAJ/PG, fls. 168/172).

Não se conformando com o veredicto, a demandada interpôs tempestiva apelação, sustentando, em síntese, que: **a)** “o reajuste por sinistralidade nada mais é que o aumento da mensalidade do plano de saúde ocasionado pela média de utilização do plano de saúde pelos beneficiários e os custos que a entidade contratante paga à operadora de plano de saúde”; **b)** “a própria agência reguladora das operadoras de planos de saúde reconhece que, com o passar do tempo e o envelhecimento do indivíduo, a sinistralidade do contrato aumenta, motivo pelo qual o reajuste é medida imprescindível para a manutenção da atenção à saúde dos seus usuários”; **c)** “mesmo que a lei dos planos de saúde fosse aplicável ao caso (Lei n. 9.656/98), não o seria o art. 13 da referida, tendo em vista que aquele trata dos planos de saúde CONTRATADOS INDIVIDUALMENTE, que não é o caso dos autos”; **d)** “o caso dos autos é de CONTRATO COLETIVO. Por isso que não se pode aplicar o índice de pessoa física - IGPM. Este percentual, portanto, é da ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar para contratos individuais, contratos pessoa física”; **e)** “a cláusula contratual não é abusiva, nula ou ilegal, devendo ser observado que o contrato coletivo é diverso do pacto individual, não se aplicando o IGPM”; **f)** “o dissabor gerado da frustração da expectativa do apelado, não configura ofensa moral passível de reparação por dano extrapatrimonial”; **g)** “em eventual manutenção da condenação a título de danos morais, sejam seus juros computados tão somente a partir da data do arbitramento” (fls. 181/189).

Ao final requereu “seja reformada a sentença no sentido de julgar improcedente a demanda, mantendo o reajuste de sinistralidade aplicado; Seja julgado improcedente o pleito de dano moral ou, sucessivamente, minorada a quantia fixada na sentença” (fl. 190).

O recurso foi respondido (fls. 193/198).

## VOTO

**01.** Satisfeitas as exigências legais relacionadas com a tempestividade, preparo, dialeticidade, interesse e regularidade da representação processual, conhecimento do recurso

**02.** A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, em 14.12.2016, o Recurso Especial n. 1.568.244 (Min. Ricardo Villas Bôas Cueva), sob o rito do art. 1.040 do Código de Processo Civil, decidiu:

“1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, caput, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).

2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos.

3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde.

4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado).

5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o

negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção).

6. A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda ‘a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade’, apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato.

7. Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais: a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa n. 3/2001 da ANS.

b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para



a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

8. A abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto. Tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, haja vista a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.

9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.

10. TESE para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

11. CASO CONCRETO: Não restou configurada nenhuma política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de 'cláusula de barreira' com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira.

Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o

aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora”.

**03.** Enfatizo: na petição inicial, já parcialmente transladada no relatório, o autor definiu os fundamentos da sua pretensão, mais precisamente a causa de pedir.

**ENFATIZO:** sustenta que o reajuste por faixa etária é abusivo, que viola o Estatuto do Idoso e a Constituição Federal. No entanto, não sustenta que o reajuste levado a efeito pela ré não está de acordo com o “índice de sinistralidade” relativo ao grupo de segurados ao qual se encontrava integrado.

A sentença, seguindo a mesma linha, tem como fundamento único a nulidade da cláusula XII do contrato e do termo aditivo (fl. 33). Nela consignou a eminente magistrada:

“[...]”

D) Do reajuste por sinistralidade:

Analisando o contrato objeto da presente demanda, verifico que a cláusula 12 prevê o reajuste nos seguintes termos:

CLÁUSULA XII - REAJUSTES. 12.1 - Os preços previstos nos itens 11.1 e 11.2 da cláusula anterior foram fixados com base em cálculo atuarial e apurados segundo a relação existente entre os preços do setor e a utilização média dos serviços contratados. 12.2 - As mensalidades e as inscrições fixadas em cruzeiros serão reajustadas mensalmente na mesma proporção do IGP-M divulgado pela Fundação Getúlio Vargas, ou, a falta deste, outro índice de correção aceito pelas partes. 12.3 - Além da atualização prevista no item 12.2 o cálculo atuarial poderá ser revisto, se houver utilização comprovada acima da média normal, buscando recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de acordo com novos entendimentos. (fl. 32)

O termo aditivo contratual, juntado à fl. 33, modificou a redação do item 12.2, que passou a dispor:

As mensalidades e as inscrições fixadas em R\$ (real) serão reajustadas anualmente, de acordo com os índices editados pelo Governo Federal e cálculo atuarial do contrato.

Ora, nos moldes do item 12.3 da referida cláusula contratual, o reajuste além do IGPM, qual seja, o cálculo atuarial, que seria para a recomposição do equilíbrio somente poderia se dar caso comprovada a utilização acima da média normal, o que não foi demonstrado pela ré em contestação.

Ainda, o art. 51, X, do Código de Defesa do Consumidor veda a imposição de cláusulas que permitam alteração unilateral da equação econômica do negócio jurídico.

Outrossim, a ré não cumpriu com o dever de informar, vez que não demonstrou, no caso concreto, de forma clara, precisa e compreensível quais os reais custos que conduziram a majoração no percentual de 84,47%.

Assim, tenho que o elevado reajuste unilateral, à míngua de fundamentação, não deve vincular o segurado, parte hipossuficiente da relação securitária. Do contrário, a ré estaria transferindo ao contratante o risco da atividade por ela desenvolvida.

[...]

Dessa forma, considerando que a majoração realizada pela ré no plano de saúde dos autores é indevida, por tê-la feito unilateralmente e sem respaldo contratual, deverá ser declarada imprópria, pelo fato de ter rompido com o binômio risco-mutualismo existente nos contratos de seguro” (fls. 169/170).

Pelas razões que passo alinhar, tenho que o recurso deve ser provido.

**03.01.** A jurisprudência constitui fonte não formal do direito (Fábio Ulhoa Coelho, Curso de direito civil: parte geral, RT, 2016, 8ª ed., p. 47; Arnaldo Rizzardo, Parte geral do código civil, Forense, 2011, 7ª ed., p. 56/57).

Penso que a controvérsia a respeito da tese restou superada com a vigência da Lei n. 13.105/2015 (CPC/2015). No art. 926, dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. No caput do art. 927, que “os juízes e os tribunais observarão”:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

Insistentemente tenho afirmado que os tribunais são corresponsáveis pela segurança jurídica, que tem na harmonização da jurisprudência um dos seus mais sólidos pilares. E citado as advertências dos Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro e Humberto Gomes de Barros:

– “O direito deve emitir solução uniforme para relações jurídicas iguais. Entendimento pessoal não deve ser óbice à harmonia da jurisprudência quando o tema, porque matéria constitucional, foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal” (AgRgAI n. 152.888).

– “A teimosia na adoção de teses já vencidas, além de militar em desfavor à função uniformizadora dos Tribunais Superiores, só faz crescer a pletora de processos que se amontoam sobre o Judiciário” (EDclROMS n. 13.915).

**03.02.** Reitero os fundamentos do voto inserto no acórdão da Apelação Cível n. 0300499-85.2014.8.24.0062, sintetizados na ementa:

“01. O mutualismo constitui um dos fundamentos dos contratos de seguro e de assistência médico-hospitalar

(planos de saúde), quaisquer que sejam as suas modalidades. Consiste em ‘um mecanismo econômico e contábil no qual assentada toda a técnica do seguro como operação jurídicoeconômica. Partindo-se do pressuposto de que é mais fácil suportar coletivamente as consequências danosas dos riscos individuais do que suportá-las sozinho, distribui-se, ‘pulveriza-se’ ou se opera a dispersão do custo, para o efeito de diluir entre todos os participantes da operação o prejuízo patrimonial do dano, o que é feito por meio do mutualismo. Esse mecanismo, afirma Stiglitz e explicitam Tzirulnik e Octaviani, consiste na ‘linha mestra da estruturação jurídica da operação securitária’. Para esses autores, com efeito, ‘a função social do seguro revela-se de forma cristalina: garantir, com o auxílio de muitos, que a desorganização que atingiu a uns poucos possa ser superada. Satisfaz-se o interesse de todo o ‘sistema’ em questão, uma vez que as relações podem continuar a se desenvolver, de tal forma que praticamente não sejam sentidas as consequências do ocorrido’. [...] Direcionado pelos valores jurídicos do interesse comum e da função social do contrato, o mutualismo é estruturado consoante modelos matemáticos que determinam preços, estabelecendo equilíbrio entre as receitas e despesas de um plano de seguro por um período de cobertura determinado (‘regimes financeiros’). Os regimes financeiros constituem técnicas voltadas a repartir os custos entre os segurados e patrocinadores dos planos de seguros. Conforme se trate de seguro de danos ou de pessoas será diversa a equação, havendo ainda distinções entre as espécies, pois no seguro para o caso de morte (inclusive aos seguros de pessoas) o risco é a morte do segurado, sendo o prêmio estipulado de acordo com a taxa de mortalidade de pessoas com condições normais de saúde que se baseia em uma ‘tábua de mortalidade’ (Judith Martins-Costa).

02. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça – a quem compete, precipuamente, interpretar a lei federal (CR, art. 105, III) e ‘tem por função constitucional uniformizar o Direito Federal’ (AgRg/MS n. 7.164, Min. Eliana Calmon) –, ao julgar, na forma do art. 1.040 do CPC/2015, o

Recurso Especial n. 1.568.244, definiu que ‘o reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso’ (Min. Ricardo Villas Bôas Cueva)”.

Considerando, repito, que a pretensão dos autores e a sentença estão fundadas exclusivamente na tese de nulidade da cláusula contratual que autoriza o reajuste do contrato com base na sinistralidade, nada mais é necessário acrescentar.

**04.** Provido o recurso e rejeitada a pretensão dos autores, respondem eles pelas despesas do processo. Considerando que a causa não se reveste de maior complexidade e não é trabalhosa, arbitro os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

**05.** À vista do exposto, dou provimento ao recurso e condeno os autores a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

**Apelação Cível n. 0300434-46.2015.8.24.0033, de Itajaí**

Relator: Desembargador Rubens Schulz

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. BLOQUEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DO AUTOR.

ALEGAÇÃO DE QUE O BLOQUEIO FOI REALIZADO SEM AVISO PRÉVIO. TESE NÃO ACOLHIDA. COBRANÇA DE FATURA POR DÉBITO EM CONTA CORRENTE. AUSÊNCIA DE SALDO. CLÁUSULA DO CONTRATO QUE PERMITE O BLOQUEIO DECORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL PELO DEVEDOR. POSSIBILIDADE. ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300434-46.2015.8.24.0033, da comarca de Itajaí 2ª Vara Cível em que é Apelante Guilherme Bora Bunn e Apelado Cooperativa de Crédito dos Empresários da Foz do Itajaí Açú - CREDIFOZ.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. João Batista Góes Ulysséa, presidente com voto, o Exmo. Sr. Des. Sebastião César Evangelista e o Exmo. Sr. Des. Rubens Schulz, relator.

Florianópolis, 26 de julho de 2018.

Desembargador Rubens Schulz  
Relator

## RELATÓRIO

Guilherme Bora Bunn ajuizou ação de indenização por dano moral contra Cooperativa de Crédito dos Empresários da Foz do Rio Itajaí-Açu – CrediFoz sustentando, em síntese, que teve seu cartão de crédito bloqueado por solicitação da ré sem qualquer aviso prévio.

Relatou que, em consulta ao internet banking da instituição ré, não é mais possível a consulta das faturas pagas, nem mesmo os limites contratados, o que faz concluir que o cartão foi cancelado.

Alegou que, por diversas vezes tentou resolver o conflito de forma amigável, mas as tentativas foram inexitasas, motivo pelo qual pretende ser indenizado pelos prejuízos causados pela ré.

Requeru, assim, a inversão do ônus da prova e a procedência do pedido inicial para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano moral no montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) (fls. 1-10).

Citada, a ré apresentou contestação (fls. 43-60). Preliminarmente, impugnou o benefício de justiça gratuita concedido.

No mérito, alegou que não se enquadra como instituição bancária uma vez que não visa o lucro, possuindo características próprias. Ademais, não está subordinada ao regimento do CDC.

Relatou que o requerente realizou o contrato de utilização de cartão de crédito ciente de que o pagamento da fatura seria efetuado através do débito em conta corrente, obrigando-o a sempre manter saldo em sua conta para a realização dos débitos.

Apontou que o contrato não foi cumprido e que, no mês de dezembro de 2013, a conta do autor ficou negativa em R\$ 815,70 (oitocentos e quinze reais e setenta centavos), uma vez que não possuía saldo em sua conta corrente. Do mesmo modo, no mês de janeiro de 2014, o autor ultrapassou o limite da sua conta, ficando negativa no



valor de R\$ 557,66 (quinhentos e cinquenta e sete reais e sessenta e seis centavos).

Afirmou que, tendo em vista que o requerente deixou de cumprir as cláusulas do contrato, uma vez que não mantinha recursos suficientes em sua conta corrente para fazer frente ao compromisso, foi necessário realizar o cancelamento do cartão por força do contrato realizado com a Administradora de Cartão de Crédito.

Defendeu que a operação realizada não ultrapassou os limites legais e contratuais e que o mero dissabor relatado deu-se por culpa exclusiva do autor, não existindo dano moral a ser indenizado.

Apontou a impossibilidade da inversão do ônus da prova ao caso e, por fim, requereu a total improcedência do pedido autoral.

Em caso de condenação, requereu que o montante indenizatório seja fixado de maneira razoável a fim de se evitar o enriquecimento sem causa do autor.

Após a réplica (fls. 83-85), sobreveio sentença (fls. 86-89), que julgou improcedente o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), restando suspensa a exigibilidade em decorrência da concessão de justiça gratuita.

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação (fls. 93-98).

Alegou que as faturas estavam sendo devidamente quitadas no momento do bloqueio e posterior cancelamento do cartão.

Mencionou que a ré, poderia ter adotado outros procedimentos para evitar o bloqueio do cartão, o que não ocorreu, evidenciando a falha na prestação de serviço pela recorrida.

Defendeu a necessidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, requerendo, por fim, a reforma da sentença a fim

de que a demanda seja julgada totalmente procedente.

Com as contrarrazões (fls. 103-110), os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça.

Este é o relatório.

## VOTO

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Guilherme Bora Bunn contra sentença proferida pela 2ª Vara Cível da Comarca de Itajaí que julgou improcedente o pedido de indenização por dano moral.

Pretende o autor a reforma da sentença para que seja julgado procedente o pedido, uma vez que houve o bloqueio indevido do seu cartão de crédito pela cooperativa ré.

Inicialmente, destaca-se que ao caso, ante a relação jurídica entre as partes ser tipicamente de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor. Logo, ressalta-se que a legislação consumerista, por sua natureza protetiva, estabelece a responsabilidade civil objetiva relativa aos defeitos na prestação de serviço, ao passo que a demonstração de culpa - negligência, imperícia ou imprudência - do fornecedor é prescindível. Vale dizer, assim, que a responsabilidade do da empresa prestadora de serviço - comprovado o ilícito, o dano e o nexo causal - é presumida, salvo quando comprovada alguma das situações de excepcionalidade previstas no Códex Consumerista ou, ainda, a ruptura no nexo de causalidade.

Nessa perspectiva, ainda que o apelante tenha argumentado que o fato de o bloqueio do cartão de crédito, sem aviso prévio, tenha causado abalo anímico, o cenário afasta a responsabilidade da parte apelada à

reparação pelos danos sofridos.

Isso porque, muito embora, efetivamente, no caso é aplicada a responsabilidade civil objetiva, prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, é exigido do usuário a comprovação de prática de conduta comissiva ou omissiva - ato ilícito -, causadora de prejuízo à esfera patrimonial ou extrapatrimonial - dano -, independentemente de culpa, bem como, o nexo de causalidade.

No caso, o contrato realizado entre as partes (fls. 72- 74), previa, expressamente, que *“em caso de ocorrência de saldo devedor em conta corrente, proveniente de lançamentos devidamente autorizados, fica a Cooperativa desde já autorizada a proceder ao bloqueio do cartão ora contratado, independente de aviso ou notificação prévia ao Cooperado (fl. 73).*

Analisando os documentos acostados aos autos, verifica-se que, nos dias 10-12-2013 e 10-01-2014, foram realizados débitos em conta corrente do autor dos valores indicados na respectiva fatura do cartão (fls. 77-80). Contudo, tendo em vista não havia quantia suficiente na conta e que o devedor permaneceu por dias com saldo devedor, acima do limite permitido, não se pode considerar ilícito o bloqueio do cartão, pois a cooperativa somente cumpriu as cláusulas contratuais.

Nesse sentido, depreende-se que o apelante não de desincumbiu de provar fato constitutivo de seu direito, ao passo que a apelada demonstrou a existência de fato impeditivo do direito do autor (o art. 373, II do Código de Processo Civil).

Ademais, é inegável a aplicação de legislação consumerista à espécie, mas, como visto acima, não se denota um mínimo de verossimilhança nas alegações do apelante.

E, nesse aspecto, não é possível reputar responsabilidade civil à apelada, eis que se verifica culpa exclusiva do consumidor, em consonância

com o inciso II do § 3º do art. 14 do CDC.

A respeito, colhe-se de jurisprudência deste Tribunal:

CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - BLOQUEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO - AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO - UTILIZAÇÃO NEGADA NO COMÉRCIO - COBRANÇA DA FATURA - INEXISTÊNCIA DE SALDO EM CONTA - QUITAÇÃO NÃO EFETUADA - POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO.

“É válida a cláusula contratual que permite o bloqueio temporário do cartão de crédito após a verificação de descumprimento contratual pelo consumidor, pois não o coloca em situação de sujeição ao puro arbítrio da administradora (art. 122 do CC), porquanto o bloqueio decorre do fato de o consumidor não cumprir com suas obrigações contratuais, sendo que, ‘nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro’ (art. 476 do CC/2002)” (REsp n. 770.053, Min. Sidnei Beneti). (Apelação Cível n. 0300229-93.2017.8.24.0082, da Capital - Continente, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 3-4-2018).

Desta feita, não se vislumbra ilicitude na conduta da apelada, porquanto tem-se que exercitou regularmente seu direito como credora diante da inadimplência do apelante, devendo ser mantida a sentença.

Por fim, em observância ao artigo 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil de 2015, fixam-se honorários recursais em favor do patrono da apelada equivalentes a 20% (vinte por cento) do valor a esse título arbitrado na sentença (AgRgARE n. 1.005.685, rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. em 6-6-2017), o que se justifica não somente por atender as disposições da nova legislação processual civil, mas, principalmente, pela insubsistência dos argumentos recursais. Contudo, por ser o apelante beneficiário da justiça gratuita, a exigibilidade de tais encargos fica suspensa, nos termos legais.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Este é o voto.

**TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL****Apelação Cível n. 0002709-74.2003.8.24.0061, de São Francisco****do Sul**

Relator: Desembargador Saul Steil

APELAÇÕES CÍVEIS E RECURSO ADESIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE CONSUMO. EJEÇÃO DE TAMPA DE GARRAFA DE REFRIGERANTE. LESÃO OCULAR SOFRIDA PELO AUTOR. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES.

PRELIMINAR. ALEGADA DESERÇÃO DA APELAÇÃO INTERPOSTA PELOS AUTORES, HERDEIROS DO DE CUJUS. INSUBSISTÊNCIA. PEDIDO DE DISPENSA DO RECOLHIMENTO DO PREPARO EM RAZÃO DA CONCESSÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA AO DEMANDANTE ORIGINÁRIO QUE PODE SER INTERPRETADO COMO PLEITO EM NOME PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DERRUAM A PRESUNÇÃO LEGAL DE HIPOSSUFICIÊNCIA DOS POSTULANTES. BENESSE CONCEDIDA. RECURSO CONHECIDO.

PRELIMINAR. ALEGADA DESERÇÃO, PRECLUSÃO CONSUMATIVA E ILEGITIMIDADE ATIVA EM RELAÇÃO AO RECURSO ADESIVO INTERPOSTO PELO HERDEIRO QUE CONSTITUIU PROCURADOR DIVERSO. NÃO ACOLHIMENTO. GRATUIDADE JUDICIÁRIA QUE PODE SER DEFERIDA NO CASO PELOS MESMOS ARGUMENTOS ATINENTES AO RECURSO ANTERIOR. SUCESSÃO PROCESSUAL PELA MORTE DO AUTOR ORIGINÁRIO QUE OCORREU EM NOME DOS

HERDEIROS, E NÃO DO ESPÓLIO. POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DISSOCIADA DOS DEMAIS. RENÚNCIA AO MANDATO CONFERIDO AO PROCURADOR QUE SUBSCREVEU O APELO DOS DEMAIS HERDEIROS QUE AFASTA A PRECLUSÃO CONSUMATIVA NO CASO. RECURSO CONHECIDO.

AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELA RÉ EM AUDIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO INDEFERIMENTO DA OITIVA DE UMA TESTEMUNHA POR CARTA PRECATÓRIA. AFASTAMENTO. PRETENSO DEPOENTE QUE NÃO PRESENCIOU OS FATOS NARRADOS NA INICIAL, DE MANEIRA QUE EM NADA ACRESCENTARIA AO PROCESSO. PROVIDÊNCIA DE CARÁTER MERAMENTE PROTETÓRIO. TESE RECHAÇADA.

MÉRITO. RESPONSABILIDADE CIVIL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUTOR QUE SE SUBSUME AO CONCEITO DE CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO (BYSTANDER). ART. 17 DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSABILIDADE DA RÉ QUE SOMENTE PODE SER AFASTADA ACASO COMPROVADA UMA DAS EXCLUDENTES DO ART. 12. §3º DO CDC. NÃO OCORRÊNCIA. INCONCLUSIVIDADE DA PERÍCIA TÉCNICA ACERCA DA CAUSA DO ACIDENTE QUE DEVE MILITAR EM FAVOR DO AUTOR.

DANOS EMERGENTES. DESPESAS MÉDICAS ANTERIORES AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. SENTENÇA QUE ACOLHEU A PRETENSÃO INDENIZATÓRIA E DETERMINOU SUA APURAÇÃO À FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. DISPÊNDIOS QUE, POR SEREM ANTERIORES À PROPOSITURA DA LIDE, PODERIAM E DEVERIAM SER COMPROVADOS DOCUMENTALMENTE SEM QUALQUER ÓBICE. CONDENAÇÃO MANTIDA, MAS LIMITADA À SOMA DOS RECIBOS QUE ACOMPANHAM A PEÇA INICIAL.

DESPESAS COM MANUTENÇÃO E

SUBSTITUIÇÃO DA PRÓTESE OCULAR. PERÍCIA MÉDICA QUE CONSTATOU QUE, EMBORA NÃO REALIZADAS QUAISQUER DESSAS PROVIDÊNCIAS PELO AUTOR, O DISPOSITIVO APRESENTAVA PERFEITAS CONDIÇÕES. FALECIMENTO DO AUTOR POUCO TEMPO APÓS A REALIZAÇÃO DO EXAME. CONDENAÇÃO QUE DEVE SER AFASTADA.

LUCROS CESSANTES. AUTOR QUE PERMANECEU 40 (QUARENTA) DIAS AFASTADO DE SUAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS. PREJUÍZO INCONTESTÁVEL. CONDENAÇÃO MANTIDA, EM *QUANTUM* A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

PENSIONAMENTO MENSAL. SENTENÇA QUE CONCEDEU A VERBA PELO PERÍODO DE APENAS 6 (SEIS) MESES. INSUBSISTÊNCIA. PERDA TOTAL DA VISÃO DE UM OLHO QUE, INEGAVELMENTE, IMPLICA REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA DA VÍTIMA, POR MELHOR QUE SEJA SUA READAPTAÇÃO. PENSÃO QUE DEVE SER CONCEDIDA EM CARÁTER VITALÍCIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.539 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. VALOR DO PENSIONAMENTO QUE DEVE SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, APÓS NOMEAÇÃO DE PROFISSIONAL QUE ATESTE O PERCENTUAL DE DEPRECIACÃO SUPOSTO PELA VÍTIMA.

DANOS MORAIS E DANOS ESTÉTICOS. PROTEÇÃO A BENS JURÍDICOS DIVERSOS. PLENA POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. SÚMULA 387 DO STJ. VERBAS INCIDENTES NA HIPÓTESE. AUTOR QUE ENFRENTOU DOR E SOFRIMENTOS INIMAGINÁVEIS EM RAZÃO DO ACIDENTE. COLOCAÇÃO DE PRÓTESE OCULAR QUE NÃO AFASTA O ABALO DE ORDEM ESTÉTICA, AINDA QUE REPERCUTA SOBRE O VALOR DA INDENIZAÇÃO. *QUANTUM* CONDENATÓRIO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA

PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE, ALÉM DASPECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. VALORES ARBITRADOS DE FORMA ADEQUADA EM PRIMEIRO GRAU. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO. JUROS DE MORA QUE, AO CONTRÁRIO DO QUE RESTOU DETERMINADO NA SENTENÇA, DEVEM INCIDIR A PARTIR DO EVENTO DANOSO. SÚMULA 54 DO STJ.

COMPENSAÇÃO DE EVENTUAL EXCEDENTE RECEBIDO A TÍTULO DE PENSIONAMENTO PENSAL DURANTE O CURSO DA LIDE COM AS DEMAIS VERBAS INDENIZATÓRIAS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO QUE, TODAVIA, FICA LIMITADA AOS VALORES RECEBIDOS SEM CARÁTER ALIMENTAR, ISTO É, DURANTE A VIGÊNCIA DO INTERLOCUTÓRIO QUE ESTIPULOU O PENSIONAMENTO A TÍTULO DE CUSTEIO DO TRATAMENTO MÉDICO, CESSADO PELA DECISÃO QUE MANTEVE O DEVER DE PAGAMENTO DA VERBA SOB O FUNDAMENTO DE COMPENSAÇÃO PELA REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA DA VÍTIMA.

DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. AUTOR QUE DECAIU DE PARTE MÍNIMA DOS PEDIDOS. RÉ QUE DEVE ARCAR COM A TOTALIDADE DAS DESPESAS DO PROCESSO.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE MINORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VERBA ADEQUADAMENTE FIXADA NA ORIGEM. PROCESSO DE LONGA TRAMITAÇÃO, QUE EXIGIU TRABALHO SIGNIFICATIVO POR PARTE DOS PROFISSIONAIS QUE NELE ATUARAM. POSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE FIXAÇÃO DE ESTIPÊNDIOS RECURSAIS EM FAVOR DOS PATRONOS DOS AUTORES.

RECURSO DA RÉ CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSOS DOS AUTORES CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.



Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0002709-74.2003.8.24.0061, da Comarca de São Francisco do Sul 1ª Vara Cível em que são Apte/Apdo(s) Espólio de Lair Gomes Friolin e outros e Apdo/Apte(s) Coca-Cola Industria Ltda. e outro.

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do agravo retido interposto pela ré e negar-lhe provimento. Conhecer do recurso de apelação da ré e dar-lhe parcial provimento. Conhecer dos recursos dos autores e dar-lhes parcial 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 Marcos Tulio Sartorato.

Florianópolis, 24 de abril de 2018.

Desembargador Saul Steil  
Relator

## RELATÓRIO

Lair Gomes Friolin moveu ação indenizatória por danos materiais, danos estéticos e danos morais em desfavor de Coca-Cola Indústria Ltda, ambos já qualificados nos autos em epígrafe.

Alegou o autor que, em 01/02/2001, ao abastecer o balcão refrigerador de seu estabelecimento comercial com as bebidas de fabricação da ré, foi surpreendido com a abertura espontânea de uma das garrafas, cuja tampa atingiu diretamente seu olho direito.

Aduziu que, ao receber atendimento médico emergencial, foi diagnosticado com “evisceração do globo ocular”, perdendo completamente a visão do olho atingido.

Relatou que, em razão da lesão, com o objetivo de ao menos disfarçar as consequências do ocorrido, substituiu o globo ocular atingido por uma prótese.

Sustentou que sua situação exige uso contínuo de medicamentos, além de manutenção periódica da prótese no município de São Paulo, cujos custos não possui condições de arcar.

Asseverou que os transtornos vivenciados, para além do prejuízo financeiro e da deformidade aparentemente estampada em seu rosto, causaram-lhe abalo moral passível de indenização.

À vista das razões expostas, requereu em antecipação de tutela o pagamento de pensão mensal no valor de R\$ 1.000,00, como princípio de ressarcimento dos danos emergentes, em especial, do tratamento médico a que se sujeitará.

No mérito, requereu a condenação da ré: a) Ao ressarcimento do dano material emergente relativo à medicação, próteses, lente e tratamento, no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); b) à indenização pelos prejuízos decorrentes da não realização de manutenção na prótese atual, no valor de R\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais); c) à indenização pelas futuras manutenções e substituições das próteses, estimadas em R\$ 20.900,00 (vinte mil e novecentos reais); d) à indenização pelos danos materiais sofridos para tratamento de conjuntivite, dores de cabeça e redução de capacidade laborativa, por meio de pensão vitalícia; e) à indenização pelos lucros cessantes referentes aos 40 (quarenta) dias que permaneceu sem desempenhar suas ocupações habituais; f) à indenização por danos morais e danos estéticos, em valores relegados ao arbítrio do juízo.

Em interlocutório de fls. 119-120, foi concedida parcialmente a antecipação de tutela para determinar que a ré pagasse mensalmente a quantia de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), para custeio do tratamento médico do autor, além da manutenção e substituição de sua prótese

ocular, servindo eventual montante excedente como ressarcimento parcial de valores já aplicados no tratamento.

Contra a decisão supracitada a ré interpôs agravo de instrumento que, face à sua intempestividade, não foi conhecido. A decisão foi mantida mesmo após oposição do agravo previsto no art. 557, §1º do CPC/1973. Interposto recurso especial, este foi convertido na modalidade retida em monocrático proferido pela 2ª Vice-Presidência deste Tribunal (fls. 01-317 dos autos em apenso).

Citada, a ré apresentou contestação às fls. 124-154. Preliminarmente, suscitou sua ilegitimidade passiva ad causam, ao argumento de que, na região de Santa Catarina em que se instala o estabelecimento do autor, a empresa responsável pela fabricação, engarrafamento e distribuição dos produtos da Coca-Cola é a Vonpar Refrescos S.A, sendo a única responsável, assim, pelo evento narrado na inicial.

No mérito, sustentou inicialmente a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e, conseqüentemente, do sistema de responsabilidade civil objetiva ao caso em tela, visto que o autor não é destinatário final do produto alegadamente defeituoso.

Discorreu não possuir qualquer responsabilidade sobre o evento danoso, uma vez que todos os vasilhames da empresa passam por rigoroso controle de qualidade, sendo impossível uma explosão espontânea do recipiente. Desse modo, não existiria qualquer defeito no produto comercializado, não se podendo descartar, ainda, a possibilidade de manuseio equivocado por parte do autor.

Acerca dos danos patrimoniais reclamados, sustentou inexistir comprovação efetiva acerca dos valores pleiteados a título de ressarcimento das despesas médicas desembolsadas, bem como daquelas que supostamente ocorreriam em virtude da necessidade de manutenção e substituição da prótese. Pontuou ainda que a extensão da lesão sofrida pressupõe necessariamente a realização de perícia médica, não se podendo

dar absoluta credibilidade aos laudos unilaterais colacionados à exordial.

Quanto aos danos morais e estéticos, consignou a impossibilidade de cumulação entre as verbas, bem como a necessidade de que eventual condenação por abalo anímico fosse fixada em patamares moderados, considerando a ausência de culpa da empresa demandada.

Ressaltou, ainda, que não existe efetiva demonstração da redução de capacidade laboral do autor capaz de autorizar o almejado pensionamento mensal vitalício.

Pautada nessas razões, requereu o acolhimento da preliminar arguida ou, acaso superada, o julgamento de improcedência dos pedidos. Postulou em caráter imediato, ainda, a revogação da antecipação de tutela concedida.

Em decisão de fl. 204, a tutela antecipatória foi mantida e a análise da preliminar de ilegitimidade passiva restou postergada.

Às fls. 242-247, a ré novamente pleiteou a revogação da antecipação de tutela.

Pelo autor houve réplica (fls. 253-295).

Em decisão saneadora de fls. 314-319, decidiu o Magistrado singular por: a) afastar a prefacial de ilegitimidade passiva; b) consignar a aplicação da lei consumerista, determinando a inversão do ônus da prova; c) reduzir o valor da pensão determinada em sede de antecipação de tutela para R\$ 500,00 (quinhentos reais) mensais; d) deferir a produção de prova oral; e) postergar a análise do pedido de produção de prova técnica.

Insatisfeita, a ré interpôs novo agravo de instrumento (fls. 328-348), ao qual foi negado provimento (fls 1.002-1.013). Interposto recurso especial, este não restou conhecido (fls. 1.014- 1.016)

A produção de prova técnica, de natureza médica, foi deferida (fl.

359).

Em audiência, após tentativa inexitosa de conciliação entre as partes, foi deferida a produção de prova pericial sobre o vasilhame que teria dado causa ao acidente, conforme requerido pela parte ré (fl. 433).

À fl. 564 foi colacionado aos autos o laudo médico pericial, e às fls. 719-757 o laudo técnico referente ao recipiente que teria dado causa ao acidente do autor.

Sobre a segunda perícia o autor manifestou-se às fls. 775-780 e a ré às fls. 795-796.

Em audiência de instrução e julgamento, foi tomado o depoimento de uma testemunha arrolada pelo autor. Ato contínuo, foi indeferido pedido de expedição de carta precatória para oitiva de testigo arrolado pela ré. Face a tal determinação, a ré apresentou agravo retido na forma oral. A Magistrada singular manteve a decisão impugnada por seus próprios fundamentos e, em seguida, declarou encerrada a instrução processual, determinando a intimação das partes para apresentação de alegações finais (fls. 825-826).

Alegações finais pela autora às fls. 832-839. A ré apresentou suas alegações finais às fls. 848-855, pela qual requereu preliminarmente o reconhecimento de nulidade da perícia médica de fl. 564, ao argumento de que não foi intimada para o ato e que o perito não ofertou resposta aos quesitos que foram formulados.

Em decisão de fl. 868 a nulidade da perícia médica foi reconhecida, determinando-se a repetição do ato. Para além, foi ordenada ainda a intimação do autor para prestar contas acerca dos valores recebidos a título de antecipação de tutela, sob pena de revogação da medida.

Manifestação do autor às fls. 876-877.

Em interlocutório de fls. 887-888, a decisão que antecipou os

efeitos da tutela foi mantida por fundamento diverso, consignando o Magistrado que o valor passaria não mais a constituir o dano material emergente, mas a garantir o sustento do autor em razão da redução de sua capacidade laboral.

À fl. 1.248 foi proferida decisão interlocutória pela qual o pedido de revogação da tutela antecipatória foi indeferido e a perícia médica foi reputada desnecessária, razão pela qual foram intimadas novamente as partes para apresentação de alegações finais.

A ré por mais uma vez interpôs agravo de instrumento (fls. 1.268-1.304), ao qual esta Casa de Justiça deu provimento para revogar a tutela antecipatória e determinar a realização de perícia médica.

O autor ofertou suas alegações finais às fls. 1.254-1.261 e a ré às fls. 1.307-1.333.

Em cumprimento ao que foi determinado por este Tribunal, a perícia médica foi redesignada, de maneira que, após formulação de quesitos e nomeação de assistentes, o laudo técnico restou juntado aos autos às fls. 1.450-1.455.

À fl. 1.428 foi comunicado o falecimento do autor, razão pela qual foi deferida a sucessão processual na pessoa de seus respectivos herdeiros Kátia Terezinha Friolin, Rangel Alexandre Friolin, Francisco Friolin e Flávio André Friolin (fl. 1.435).

Novas alegações finais pela parte autora às fls. 1.484- 1.493 e pela parte ré às fls. 1.494-1.514.

Sobreveio então sentença de fls. 1.515-1.531, na qual o ilustre Magistrado julgou parcialmente procedentes os pedidos nos seguintes termos:

*“Em face do que foi dito, julgo procedentes em parte os pedidos do autor, para:*

*a) Condenar a ré ao pagamento de indenização, decorrente de danos emergentes, referentes aos custos a que o autor teve com medicação, acompanhamento médico, intervenções necessárias, próteses adquiridas durante a sua vida, as manutenções nas próteses, o deslocamento e estadia na cidade onde se realizou o tratamento e gastos correlatos, a ser apurado o valor pecuniário correspondente em liquidação de sentença por arbitramento;*

*b) Condenar a ré ao pagamento de indenização decorrente de lucros cessantes, por 40 (quarenta) dias de seu trabalho, considerando sua remuneração total, descontados desses valores o que a autor tenha eventualmente, no período, recebido a título de “auxílio doença”, a serem apurados em liquidação de sentença por arbitramento;*

*c) Condenar a ré ao pagamento de pensão mensal em decorrência de incapacidade laborativa do Autor, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), pelo período de 6 (seis) meses, observando-se a dedução do valor total da condenação, daquilo que foi adiantado além dos valores aqui estipulados;*

*d) Condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos sofridos pela autor, no valor total de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).*

*Os valores indicados nos itens a e b deverão ser corrigidos monetariamente por índice indicado pela CGJSC, a partir de cada desembolso, acrescido de juros de mora previsto no Código Civil.*

*Em relação aos danos morais e estéticos, sendo a presente sentença constitutiva da obrigação, juros e correção monetária em relação aos danos morais e estéticos só passarão a incidir a partir deste ato (cf. Apelação Cível n. 2006.009134-6, de Lages. Relator: Des. Mazoni Ferreira).*

*Decaindo o autor em parte mínima, condeno o réu no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.*

*Publique-se. Registre-se. Intimem-se.*

*Após o trânsito em julgado, archive-se.”*

Opostos embargos de declaração pela ré (fls. 1.535- 1.540), estes foram acolhidos em parte para fazer constar no dispositivo da sentença o seguinte: “os valores indicados no item c, inclusive aqueles

*valores adiantados a título de pensão mensal, deverão ser atualizados monetariamente pelo índice da CGJSC desde a data do desembolso de cada parcela mensal.*” (fls. 1.548- 1.549).

Inconformados, os autores, herdeiros de Lair Gomes Friolin, apelaram (fls. 1.556-1.575), objetivando, em suma: a) a majoração da verba indenizatória por danos morais e estéticos; b) a majoração dos valores devidos a título de pensionamento mensal; c) a rejeição da possibilidade de compensação entre os valores excedentes recebidos a título de antecipação de tutela e os montantes condenatórios arbitrados na sentença. Subsidiariamente, postulou: a) a dilatação do período de pensionamento mensal, fixado na decisão combatida em 6 meses, para 3 anos; b) a determinação de que eventual montante excedente que tenha sido recebido em razão do pensionamento mensal seja perseguido pela via própria, vedada a compensação com a verba indenizatória.

A ré ofertou recurso de apelação às fls. 1.576-1.593. Preliminarmente, reiterou o agravo retido interposto em sede de audiência, para que seja retomada a instrução do processo com a oitiva da testemunha então arrolada.

Iniciou as razões de mérito discorrendo sobre a ausência de responsabilidade pelo evento danoso, argumentando que a perícia técnica realizada não detectou efetivamente um defeito no recipiente que tenha dado causa à ejeção da tampa diretamente sobre o olho direito do autor, não restando descartada pelo profissional nomeado, ainda, a possibilidade de que o acidente tenha decorrido de manutenção inapropriada do produto por parte de terceiros.

Acentuou que os danos materiais não restam comprovados nos termos em que foram pleiteados na exordial, na medida em que os recibos colacionados pelo autor, somados, perfazem tão somente o montante de R\$ 3.270,29, devendo a indenização ficar limitada a tal valor.



Salientou que o autor não demonstrou sujeição a qualquer tratamento custoso e de grande porte, retomando suas atividades habituais pouco tempo após o infortúnio.

Asseverou que, conforme atestado pela perícia médica, o autor obteve de forma célere e satisfatória a recuperação após a cirurgia enfrentada, bem como adaptou-se devidamente às sequelas deixadas pelo acidente, circunstâncias que afastariam no caso a presunção de que tenha sofrido abalo moral indenizável.

Salientou que, como o pleito indenizatório por danos estéticos não foi formulado sob fundamento material, mostra-se incabível sua cumulação com o pedido de indenização por danos morais.

Nesses termos, pugnou pelo acolhimento da prefacial arguida ou, quando menos, pela integral reforma da sentença, julgando-se improcedentes os pedidos iniciais. Subsidiariamente, pleiteou: a) a redução do montante indenizatório por danos morais e estéticos; b) a readequação dos ônus sucumbenciais, considerando que o autor decaiu de parte do pedido; c) a redução dos honorários advocatícios para o percentual mínimo legal de 10% sobre o valor da condenação.

O herdeiro Rangel Alexandre Friolin, comunicando ter revogado o mandato concedido ao causídico subscritor da apelação de fls. 1.556-1.575 anteriormente à protocolização da peça, constituiu procurador próprio e interpôs recurso adesivo às fls. 1.615-1.627, por meio do qual postulou: a) a majoração da verba indenizatória por danos morais e estéticos; b) a majoração dos valores e do período devidos a título de pensionamento mensal; c) a modificação do termo *a quo* dos juros moratórios para a data do evento danoso; d) a vedação à compensação entre as verbas eventualmente excedentes recebidas ao longo do processo e o montante condenatório determinado na sentença.

Contrarrazões por Rangel Alexandre Friolin às fls. 1.628-1.637 e pelos demais herdeiros às fls. 1.638-1.665.

A ré apresentou contrarrazões à apelação às fls. 1.689- 1.707, arguindo preliminarmente a deserção do recurso. Às fls. 1.733-1.737, contra-arrazoou o recurso adesivo, suscitando em sede preliminar, além da deserção do reclamo, a preclusão consumativa e a ilegitimidade do recorrente.

Os autos vieram conclusos a este Relator.

Este é o relatório.

## VOTO

### 1. Conhecimento dos recursos

O recurso de apelação interposto pela ré (fls. 1.576-1.593) preenche os pressupostos de admissibilidade e deve ser conhecido.

O conhecimento do recurso de apelação de fls. 1.556- 1.575 e do recurso adesivo de fls. 1.615-1.627, por sua vez, depende da apreciação das preliminares arguidas pela ré em sede de contrarrazões, o que passo a fazer neste momento.

#### 1.1 Apelação de fls. 1.556-1.575

No que respeita ao reclamo de fls. 1.556-1.575, interposto pelos herdeiros Kátia Tereza Friolin, Diego Francisco Friolin e Flávio André Friolin, a ré argumenta que o recurso é deserto, visto que não há recolhimento do preparo e os recorrentes não são beneficiários da gratuidade judiciária, tal com era o de cujus.

A insurgência não prospera.

Extrai-se do apelo em análise que os recorrentes “*requerem a isenção das custas de preparo com base na assistência judiciária gratuita concedida nos autos*” (fl. 1.555). Muito embora, como sabido, a concessão da gratuidade da justiça tenha caráter personalíssimo e não se estenda aos sucessores processuais de forma automática, o referido excerto permite

antever o intuito dos recorrentes de serem agraciados pela referida benesse, podendo ser interpretado, estreme de quaisquer vicissitudes, como um pedido por eles formulado em nome próprio.

Nessa toada, inexistentes dentro dos autos quaisquer elementos capazes de derruir a presunção legal de hipossuficiência que, consoante o art. 99, §3º, do CPC, milita em favor dos postulantes, não sendo bastante para tanto a mera menção de bens a inventariar constante na certidão de óbito do *de cujus* (fl. 1.429), sem especificá-los, afigura-se imperioso o deferimento do benefício.

Assim sendo, concedo a gratuidade da justiça aos apelantes e conheço do recurso de fls. 1.556-1.575.

### **1.2 Recurso adesivo de fls. 1.615-1.627**

Concernente ao recurso adesivo de fls. 1.615-1.627, ofertado pelo herdeiro Rangel Alexandre Friolin, a ré argumenta que obstem seu conhecimento, além da deserção, a preclusão consumativa, ante a prévia interposição de apelação pelos demais herdeiros; e a ilegitimidade ativa recursal, porquanto não poderia o recorrente atuar em nome próprio, dissociado do espólio.

Novamente, melhor sorte não socorre à requerida.

Por primeiro, no que tange à alegada deserção, aplicase aqui o mesmo raciocínio desenvolvido no tópico anterior. Da mesma forma que os demais apelantes, o recorrente adesivo, ainda que por via transversa, pois acreditava que gozaria automaticamente da gratuidade concedido ao *de cujus*, postulou a dispensa do recolhimento do preparo e, na ausência de elementos probatórios que infirmem a presunção de hipossuficiência, não resta outra medida a se adotar senão o deferimento da benesse.

Concernente à tese de ilegitimidade da parte para recorrer em nome próprio, cumpre salientar que, consoante se observa às fls. 1.428-1.435, a sucessão processual do *de cujus* foi postulada e determinada na

pessoa dos próprios herdeiros, e não do espólio. Tal procedimento, aliás, não fere qualquer preceito legal, na medida em que, consoante o art. 43 do então vigente Código de Processo Civil de 1973, “*Ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores*”

Deve ficar claro, portanto, que quem sucedeu o *de cuius* neste caso foram seus herdeiros pessoalmente, ainda que, para fins de autuação, conste equivocadamente como parte autora o espólio de Lair Gomes Friolin.

Sendo assim, cada um dos herdeiros é parte autônoma para atuar no feito, não se obrigando a constituir o mesmo advogado e manifestar-se nos autos junto aos demais, pelo que a tese de ilegitimidade não pode ser acolhida.

E, nesse pensar, descabe também falar em preclusão consumativa diante da interposição prévia de recurso de apelação pelos demais herdeiros do *de cuius*.

A petição e documentos de fls. 1.612-1.613 indicam que, em relação ao recorrente adesivo, o mandato conferido em favor do procurador subscritor do apelo de fls. 1.556-1.575 foi revogado anteriormente ao protocolo da peça, de modo que o referido reclamo diz respeito tão somente aos demais herdeiros.

Considerando, então, as razões expostas, concedo a gratuidade judiciária ao autor Rangel Alexandre Friolin e conheço do recurso adesivo por ele interposto às fls. 1.615-1.627.

## **2. Considerações iniciais**

Versam os autos sobre apelações cíveis e recurso adesivo reciprocamente interpostos em face de sentença que julgou os pedidos autorais procedentes em parte para: “*a) Condenar a ré ao pagamento de indenização, decorrente de danos emergentes, referentes aos custos a que*

*o autor teve com medicação, acompanhamento médico, intervenções necessárias, próteses adquiridas durante a sua vida, as manutenções nas próteses, o deslocamento e estadia na cidade onde se realizou o tratamento e gastos correlatos, a ser apurado o valor pecuniário correspondente em liquidação de sentença por arbitramento; b) Condenar a ré ao pagamento de indenização decorrente de lucros cessantes, por 40 (quarenta) dias de seu trabalho, considerando sua remuneração total, descontados desses valores o que a autor tenha eventualmente, no período, recebido a título de “auxílio-doença”, a serem apurados em liquidação de sentença por arbitramento; c) Condenar a ré ao pagamento de pensão mensal em decorrência de incapacidade laborativa do Autor, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), pelo período de 6 (seis) meses, observando-se a dedução do valor total da condenação, daquilo que foi adiantado além dos valores aqui estipulados; d) Condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos sofridos pela autor, no valor total de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).”*

Para melhor didaticidade, analisarei os recursos de forma conjunta, tratando das teses ventiladas pelas partes em cada um dos tópicos essenciais ao deslinde da controvérsia. Antes disso, contudo, faz-se necessária a apreciação do agravo retido interposto pela ré, cujas razões foram reiteradas no bojo de sua apelação.

### **3. Agravo retido**

O agravo retido a ser analisado foi interposto pela ré, de forma oral, na audiência de fls. 825-826, e consiste na alegação de cerceamento de defesa em razão do indeferimento do pedido de expedição de carta precatória para oitiva de uma testemunha por ela arrolada, formulado à fl. 818.

Argumentou a ré, na oportunidade, que o depoimento do mencionado testigo seria de grande valia à causa, uma vez que acompanhou a perícia técnica sobre o vasilhame supostamente defeituoso.

A insurgência não encontra guarida.

Como se sabe, a produção da prova testemunhal possui o desiderato de corroborar os fatos alegados pelas partes no curso do processo.

É sob esse pretexto que, na mesma audiência em que foi interposto o presente agravo retido, houve a colheita do depoimento de uma testemunha arrolada pelo autor, uma vez que se tratava de pessoa que, no momento do acidente que deu azo ao processo, estava presente no estabelecimento comercial e pôde acompanhar parte do ocorrido. Nesse caso, a pertinência da tomada desse depoimento era evidente.

O testigo arrolado pela ré, todavia, não se encontrava em similares circunstâncias. Isso porque, trata-se de pessoa que reconhecidamente não testemunhou qualquer dos fatos que deram causa ao ajuizamento da presente ação, tendo presenciado tão somente, segundo a ré, a perícia técnica sobre o vasilhame que teria causado o acidente. Em nada acrescentaria o depoente, assim, ao esclarecimento dos eventos fáticos narrados na peça exordial.

Ora, as questões técnicas referentes à perícia já constam satisfatoriamente discorridas em seu respectivo laudo que, por transparecer um trabalho minucioso e bem fundamentado, não reclama, a princípio, maiores elucidações. Aliás, ao formular o pedido de expedição de carta precatória (fl. 818), a ré qualifica o pretense depoente como advogado, de maneira que, sob o aspecto técnico, definitivamente em nada poderia ele contribuir. E, ainda que o testigo detivesse conhecimentos técnicos na área, caberia à ré indicá-lo como assistente técnico e posteriormente colacionar aos autos o laudo por ele confeccionado, não se revelando adequada, sob esse enfoque, sua oitiva em sede de audiência.

Para além, ao se manifestar sobre a perícia em diversas oportunidades, a ré jamais alegou fato algum ocorrido durante o exame que pudesse macular sua higidez ou credibilidade, de maneira a ensejar uma correspondente averiguação probatória. Ao revés, utiliza as

conclusões da perícia como forma de corroborar as teses que visam ao afastamento de sua responsabilidade civil.

Com efeito, não consigo vislumbrar de que forma um advogado – provavelmente preposto da ré – que acompanhou a perícia poderia contribuir, pela via testemunhal, com a elucidação da matéria fática objeto dos autos.

Aliás, a ré sequer demonstrou preocupação em esclarecer os fatos que pretendia provar com o referido depoimento, sendo este ônus que lhe incumbia. Afinal, não basta o mero requerimento genérico de produção da prova. A parte, sob pena de indeferimento da diligência, tem o dever de demonstrar a sua pertinência para o melhor deslinde da controvérsia, o que no caso definitivamente não ocorreu.

Nesse contexto, tudo indica que o pedido de oitiva da testemunha, por carta precatória a ser remetida para outra unidade federativa, foi uma tentativa frustrada de atrasar ainda mais a tramitação do feito que, lamentavelmente, já se arrasta por cerca de 15 anos. E, sendo assim, é dever do Magistrado, na condição de destinatário da prova, indeferir as providências que se mostrarem inúteis ou meramente protelatórias. Até porque, nem mesmo o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa são absolutos, encontrando, por certo, limitações ao seu exercício.

A propósito, colhe-se da jurisprudência da Corte Superior de Justiça:

“cabe ao juiz, como destinatário final das provas, avaliar e deferir a produção probatória que considerar necessária à formação do seu convencimento, advindo daí a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias sem que implique em cerceamento de defesa” (STJ, AgInt no AREsp 949.561/RJ, rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 5-12-2017).

Pelas razões aqui alinhavadas, afasto a tese de cerceamento de defesa arguida pela ré em sede de agravo retido.

## 4. Mérito

### 4.1 Responsabilidade civil da ré

Pretende a ré, antes de mais nada, repelir sua responsabilidade pelo evento danoso ocorrido com o autor.

Para tanto, faz remissão à perícia realizada sobre o vasilhame cuja tampa teria ejetado e causado as permanentes lesões oculares sofridas pelo demandante, discorrendo que o exame técnico não apontou, de forma conclusiva, a existência de algum defeito que tenha dado causa ao ocorrido.

Salienta, ademais, que o *expert* não descartou a possibilidade de que o acidente tenha decorrido de fato de terceiro, em razão de má procedência no transporte, manuseio ou armazenamento dos recipientes, e tampouco foi possível remontar as reais condições a que estava sujeito o produto quando da ocorrência do evento danoso.

A sustentação, todavia, não encontra amparo.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que no caso em tela não se discute que as lesões suportadas pelo autor foram causadas pela ejeção da tampa de uma garrafa de refrigerante de fabricação da ré.

Para além da incontrovérsia dessa questão, os documentos relativos ao atendimento médico-emergencial (fls. 58-66) conferido ao autor confirmam a origem da lesão sofrida.

Ademais disso, a testemunha Francisco Antônio Vieira, ouvida em audiência à fl. 826, é enfática ao afirmar que estava no local quando ocorreu o incidente, sendo que, após ouvir um barulho de ejeção de rolha, deparou-se com o autor, com o olho ensanguentado, segurando uma garrafa de vidro.

Dito isso, para que se chegue à conclusão de que a ré é mesmo responsável pelo evento danoso narrado na petição inicial, importa



consignar, como uma primeira e essencial premissa, que incide sobre o caso em exame o regramento contido no Código de Defesa do Consumidor.

Ainda que o autor seja um pequeno comerciante e que, conforme suas próprias alegações, o produto que deu causa ao acidente seria destinado à revenda em seu estabelecimento - situação que afasta, a princípio, a existência de uma relação de consumo com a ré - insere-se ele no conceito de consumidor equiparado (*by stander*), isto é, aquele que faz jus à proteção da norma consumerista tão somente em razão de ter sido vítima de um acidente causado por um produto sujeito a consumo, nos termos do disposto no art. 17 do CDC.

Para melhor elucidar a questão, trago à lume as lições doutrinárias do eminente Min. Antônio Herman V. Benjamin:

“Para fins de tutela contra os acidentes de consumo, consumidor é qualquer vítima, mesmo que jamais tenha contratado ou não conheça sequer o sujeito responsável. É a regra adotada no direito comparado. O Código de Defesa do Consumidor a acolhe.

Protege-se não só consumidor direto, aquele que adquiriu o produto ou serviço, como ainda qualquer outra pessoa afetada pelo bem de consumo. Aí se inclui até o bystander, ou seja, o mero espectador que, casualmente, é atingido pelo defeito.

**É bom notar que o art. 17 não repete o requisito da destinação final, informador do conceito geral de consumidor (art. 2º). Fala-se somente em ‘vítimas do evento’, noção esta que inclui qualquer pessoa, até mesmo o profissional que, ao adquirir um produto para revenda, veio a sofrer um acidente de consumo”** (*Manual de Direito de Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 139/140 – grifo adicionado).

Logo, subsumindo-se o autor ao conceito de consumidor equiparado (art. 17), incide no caso o regramento contido na lei 8.078/7990.

Estabelecido esse ponto, convém explicitar as disposições

preconizadas pela lei consumerista a respeito da responsabilidade do fornecedor por acidentes de consumo:

“Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

Observa-se, assim, que ocorrido um evento danoso envolvendo um produto destinado a consumo, o fabricante responde pela reparação correspondente de forma objetiva, isto é, independentemente de culpa.

O defeito do produto, conceituado pela lei como aquele que não apresenta a segurança compatível com os riscos a ele inerentes, é de certa forma presumido em razão da mera ocorrência do fato danoso.

A propósito, colhe-se das lições de Orlando Celso da Silva Neto:

“a melhor conclusão parece ser a de que, existindo dano e nexo causal, presume-se (portanto, não é necessário provar) existir o defeito.”  
(Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.255).

Noutro viés, como é possível extrair do §3º do art. 12, a norma consumerista elenca as circunstâncias que afastam a responsabilidade do fornecedor, quais sejam: A não colocação do produto no mercado, a inexistência de defeito e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Afinal, tratam-se de fatores excludentes do nexos de causalidade, pressuposto que mesmo sob o regime da responsabilidade objetiva não deixa de ser exigido para que se caracterize o dever de indenizar.

Nota-se, todavia, que a redação do mencionado dispositivo legal, atenta à hipossuficiência técnica que caracteriza o consumidor lesado, tem o cuidado de assentar expressamente que o ônus de demonstrar uma dessas excludentes recai diretamente sobre o fornecedor.

A incumbência decorre logicamente da própria distribuição do ônus da prova preconizado pelo CPC/73. Consoante o art. 333, inc. II, cabe ao réu comprovar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Para mais, a legislação consumerista, no art. 6º, inc. VIII, possibilita a inversão do ônus da prova, quando verificada a verossimilhança das alegações do consumidor ou a sua hipossuficiência técnica. É justamente o que se verifica nesse caso, razão pela qual, acertadamente, o magistrado de origem determinou a inversão do *onus probandi*, em interlocutório de fls. 314-319.

Nessa linha de princípio, cabe ao consumidor tão somente demonstrar a ocorrência de um acidente envolvendo um produto sujeito a consumo e os danos decorrentes do evento. Presentes esses elementos, a responsabilidade do fornecedor somente pode ser elidida

mediante robusta comprovação de uma das circunstâncias excludentes preconizadas pelo art. 12, §3º, do CDC.

Nesse sentido, já se manifestou esta Corte de Justiça:

“Ao consumidor incumbe, ao ingressar em Juízo pleiteando a reparação de danos, apresentar início de prova a fim de conferir verossimilhança às suas alegações e permitir um juízo de probabilidade, ao passo que ao fornecedor, especificamente com relação ao defeito do serviço (ponto em que recai a inversão do ônus da prova), incumbe demonstrar a inexistência do defeito ou a ocorrência de causa excludente de responsabilidade para se afastar o dever de indenizar.” (Apelação n. 0016672-97.2011.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 29-09-2016).

E mais:

“Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do fornecedor será objetiva se verificados defeitos ou ausência de informação relacionada ao produto colocado no mercado. Tal responsabilidade, não obstante ser objetiva, é abrandada já que previstas expressamente algumas excludentes, dentre as quais a inoccorrência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor, cuja comprovação isenta o dever indenizatório por parte do fornecedor” (AC n. 2005.024267-2, Des. Sérgio Izidoro Heil)

Tudo isso para dizer que não se exige do consumidor uma demonstração exaustiva e inequívoca de que os danos suportados decorreram de defeito no produto colocado no mercado pelo fornecedor, bastando que suas alegações sejam revestidas de suficiente verossimilhança.

Na mesma senda dissertam as lições doutrinárias de Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra “Programa de Responsabilidade Civil” (p. 492):

“No que diz respeito ao nexa causal, cumpre ressaltar que não se exige da vítima prova robusta e definitiva do defeito do produto, eis que essa prova é praticamente impossível. Bastará, para isso, a chamada prova de primeira aparência, prova da verossimilhança, decorrente das regras da experiência comum, que permita um juízo de probabilidade, como, por

exemplo, a repetição de um determinado evento em relação a um certo produto.”

Transportadas essas considerações ao cerne da insurgência veiculada pela ré, isto é, ao resultado da perícia realizada sobre o recipiente apontado como defeituoso, fica evidente que carece ela de razão ao pressupor que a inconclusividade do exame seja-lhe de alguma forma favorável.

Explico.

Para apuração do fato causador da ejeção da tampa da garrafa que acabou atingindo o globo ocular do autor, foi determinada a realização de perícia técnica sobre o vasilhame em questão, cujo laudo repousa aos autos às fls. 720-749.

Ao analisar o recipiente, o perito nele identificou dois defeitos aparentes em sua superfície. O primeiro defeito, por estar localizado na base do vasilhame e ser anterior à data do acidente, foi logo descartado como causa do evento (fl. 726).

O segundo defeito, por estar localizado no bocal da garrafa, isto é, onde ocorreu a ancoragem da tampa, demandou verificação mais acurada pelo perito. Sem embargo, acabou concluindo o *expert* que o referido defeito também não foi a causa da ejeção da rolha (fls. 743-744 – resposta ao quesito n. 01 do autor).

Sucede que a rejeição dos defeitos aparentes identificados no exame técnico como fatos causadores do evento danoso não significa, ao contrário do sustentado pela ré, que inexistem elementos suficientes a embasarem sua responsabilidade pelo ocorrido.

E isso porque, conforme se observa dos demais apontamentos contidos no exame pericial, o perito não se limita à apuração dos defeitos meramente aparentes no vasilhame. Ao revés, após a realização dos mais variados testes, traça uma estimativa de quais seriam as causas mais prováveis da falha da embalagem, a saber: a) excesso de taxa de

carbonatação; b) defeito da rolha metálica e sua aplicação; c) mau uso do recipiente (fls. 744-746 – resposta ao quesito n. 03 do autor).

A primeira hipótese, relativa à taxa de carbonatação do refrigerante, não pôde ser devidamente averiguada pelo *expert* em função da ausência das marcas identificadoras do lote e da data de fabricação da bebida que, vale ressaltar, são obrigatórias.

A segunda hipótese, que diz respeito à possibilidade de defeito na própria tampa metálica ou na sua aplicação, também teve sua investigação prejudicada, tendo em vista as deformações que o objeto sofreu ao ser ejetado da garrafa.

A seu turno, a terceira hipótese (mau uso) que, se comprovada, poderia até servir ao desiderato de afastar a responsabilidade da ré, foi descartada pelo *expert* de forma expressa, com base em entrevista realizada com o autor e em ensaios de simulação do ambiente de estocagem da bebida à época do acidente.

Consignou o perito ainda, nesse particular, que não há qualquer evidências de alguma tentativa de retirada da tampa com o uso de ferramentas inadequadas, e que as marcas sobre a garrafa que evidenciam choque com objetos contundentes são anteriores ao acidente, de sorte que não podem ser atribuídas ao mau uso pelo autor.

Muito embora a ré discorra a respeito da ausência de reprodução integralmente fiel das condições de armazenamento e estocagem do produto à época do ocorrido, não se pode diminuir a credibilidade do minucioso trabalho realizado pelo perito nesse ponto, que se prestou a construir um pequeno depósito de armazenamento semelhante àquele constante no estabelecimento do autor, aplicando testes nos quais levou em consideração, inclusive, as temperaturas registradas na data em que ocorreu o acidente.

Com efeito, dentro dos meios tecnicamente disponíveis, o *expert*

reproduziu da maneira mais fiel possível as condições em que o recipiente encontrava-se quando ocorreu o acidente, o que dá a necessária sustentação à conclusão de que a ejeção da rolha não decorreu de mau uso por parte do autor.

Ato contínuo, descartada a conduta do autor como fato gerador do acidente, restaram como causas prováveis duas circunstâncias que podem ser caracterizadas como defeitos do produto e, nessas condições, de responsabilidade atribuível exclusivamente à parte ré.

Pouco importa se a perícia não foi de todo conclusiva acerca da causa efetiva da ejeção da tampa e se não afastou expressamente a possibilidade de que o evento tenha sido causado por terceiros. Como já exaustivamente discorrido em linhas anteriores deste voto, a ré precisava comprovar, estreme de dúvidas, a ocorrência de algumas das hipóteses previstas no §3º do art. 12 do CDC.

A perícia não foi um ato destinado ao autor para demonstração do defeito do produto que causou o acidente, mas uma chance conferida à ré para que pudesse demonstrar a ocorrência de uma das excludentes legais de sua responsabilidade.

Se dúvida restou acerca da causa do evento, essa dúvida por certo deve militar em favor do consumidor lesado, pois sobre ele não recai a necessidade de demonstração efetiva do nexo de causalidade entre o dano e o defeito do produto.

Aliás, este Tribunal já se deparou com situações muito semelhantes, quando assim decidiu:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE - ACIDENTE DE CONSUMO - DESPRENDIMENTO DE TAMPA DE GARRAFA DE CERVEJA - LESÃO OCULAR - ENGARRAFADORA CONDENADA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO VALOR DE R\$ 18.000,00 (DEZOITO MIL REAIS) -

RESSARCIMENTO DAS DESPESAS MÉDICAS NO IMPORTE DE R\$ 820,50 (OITOCENTOS E VINTE REAIS E CINQUENTA CENTAVOS), ALÉM DO CUSTO DE TRATAMENTO DO GLAUCOMA SUPERVENIENTE. I - AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELA AMBEV-COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS S/A. - ALEGADA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM POR SE TRATAR DE ACIDENTE DE TRABALHO - OBJETIVADA REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA ESPECIALIZADA - DISCUSSÃO ALHEIA AO INFORTÚNIO LABORAL - COMPETÊNCIA MANTIDA - ILEGITIMIDADE PASSIVA - APLICAÇÃO DOS DITAMES CONSUMERISTAS AO CASO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FORNECEDORA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. II - AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELA RÉ POR OCASIÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO PERITO ACERCA DE 3 (TRÊS) QUESITOS FORMULADOS PELA AGRAVANTE - FATO NÃO IMPUGNADO OPORTUNAMENTE - FALTA DE PEDIDO EXPRESSO NAS RAZÕES DE APELO PARA QUE O RECLAMO SEJA APRECIADO PELO TRIBUNAL - APLICAÇÃO DA REGRA PRECONIZADA NO § 1º DO ART. 523 DO CPC - INSURGÊNCIA NÃO CONHECIDA. III - APELAÇÃO CÍVEL - ACIDENTE DE CONSUMO - VÍTIMA QUE, EMBORA ESTIVESSE MANUSEANDO O PRODUTO NA QUALIDADE DE FUNCIONÁRIO DO SUPERMERCADO QUE IRIA EXPÔ-LO À VENDA, É CONSIDERADO CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 17 DO CDC. “Para fins de tutela contra os acidentes de consumo, consumidor é qualquer vítima, mesmo que jamais tenha contratado ou não conheça sequer o sujeito responsável. É a regra adotada no direito comparado. O Código de Defesa do Consumidor a acolhe. Protege-se não só o consumidor direto, aquele que adquiriu o produto ou serviço, como ainda qualquer outra pessoa afetada pelo bem de consumo. Aí se inclui até o bystander, ou seja, o mero espectador que, casualmente, é atingido pelo defeito. É bom notar que o art. 17 não repete o requisito da destinação final, informador do conceito geral de consumidor (art. 2º). Fala-se somente em ‘vítimas do evento’, noção esta que inclui qualquer pessoa, até mesmo o profissional que, ao adquirir um produto para revenda, veio a sofrer



um acidente de consumo” (BENJAMIN, Antônio Herman V. Manual de Direito de Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 139/140). TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA - FORNECEDOR QUE RESPONDE PELO VÍCIO DO PRODUTO INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA DE CULPA - SÚBITO DESPRENDIMENTO DE TAMPÃO DE GARRAFA DE CERVEJA - LESÃO OCULAR - DIAGNÓSTICO DE GLAUCOMA DECORRENTE DE TRAUMATISMO CONTUSO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - INFORTÚNIO COMUNICADO ATRAVÉS DO SAC (SISTEMA DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR) - FATO IGNORADO PELA EMPRESA, QUE NÃO PRESTOU A DEVIDA ASSISTÊNCIA AO AUTOR - INSURGENTE RESPONSÁVEL PELA PRODUÇÃO E ENVASAMENTO DO PRODUTO - NEXO CAUSAL EVIDENCIADO - EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE NÃO DEMONSTRADAS PELA AMBEV - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - QUANTUM ADEQUADO PARA REPARAR O ABALO ANÍMICO INFLIGIDO AO AUTOR - RESSARCIMENTO DAS DESPESAS REALIZADAS PELO CONSUMIDOR LESADO EM BUSCA DA RECUPERAÇÃO DA SUA ACUIDADE VISUAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2008.070763-4, de Blumenau, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 15-03-2012 – grifo adicionado).

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE CONSUMO. ESTOURO DE GARRAFA DE CERVEJA AO SER COLOCADA NO FREEZER. ESTILHAÇOS DE VIDRO QUE PROVOCARAM EVISCERAÇÃO DO GLOBO OCULAR ESQUERDO DO PROPRIETÁRIO DO BAR. BYSTANDER. ART. 17 DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CUMULABILIDADE DANOS MORAL E ESTÉTICO. PENSÃO ALIMENTÍCIA QUANTUM DEVIDO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Qualquer vítima de acidente de consumo é equiparada aos consumidores, nos termos do art. 17 do CDC, mesmo que comerciantes, como no caso do dono do

bar, cegado pelo estouro de uma garrafa. A responsabilidade civil do causador do acidente é objetiva (art. 12 do CDC). É possível a

cumulação dos danos moral e estético, com fundamentos distintos, ainda que originários do mesmo fato. Faz jus a pensionamento quem restar incapacitado para o exercício das atividades que exercia antes do fato, no montante correspondente à importância que percebia na época ou, na falta desta comprovação, no equivalente a um salário mínimo.” (TJSC, Apelação Cível n. 2004.035080-4, de Concórdia, rel. Des. Domingos Paludo, Câmara Especial Temporária de Direito Civil, j. 16-11- 2009).

Dessarte, não verificada a contento quaisquer das excludentes de causalidade do fornecedor por acidentes de consumo, deve a ré responder pelos danos oriundos do evento lesivo suportado pelo autor, cuja análise específica dar-se-á a seguir.

#### **4.2 Danos materiais**

No que diz respeito aos danos materiais, o autor pleiteou a condenação da ré ao pagamento das seguintes verbas: a) danos emergentes relativos às despesas com tratamento, medicamentos, prótese e lentes, desembolsadas anteriormente ao ajuizamento da ação, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); b) indenização pelo prejuízos decorrentes da não realização das manutenções na prótese até o ajuizamento da ação, no valor de R\$ 3.600,00; c) indenização pelas futuras manutenções e substituições da prótese, na monta de R\$ 20.900,00; d) indenização por lucros cessantes decorrentes dos 40 dias em que ficou impedido de desempenhar suas ocupações habituais.

Após reconhecer a responsabilidade da ré pelo evento danoso, o Magistrado *a quo* acolheu a pretensão condenatória em relação às mencionadas verbas, relegando sua quantificação à fase de liquidação de sentença.

Nesse ponto, tem lugar a insurgência recursal aviada pela parte ré, a qual argumenta que as referidas verbas já deveriam estar devidamente comprovadas nos autos, pois teve o autor plena oportunidade de fazê-lo durante o longo tempo de tramitação da lide, de modo que, se insuficiente

a prova, o caso seria de improcedência do pedido e não de quantificação em liquidação de sentença.

O argumento procede em parte.

#### **4.2.1 Despesas médicas anteriores ao ajuizamento da ação**

Os valores que o autor desembolsou logo após ter suportado o evento danoso, relativos às despesas com medicamentos, tratamentos, próteses e lentes, são todos anteriores ao ajuizamento da ação. Nessa condição, poderiam e deveriam terem sido demonstrados já quando da apresentação da petição inicial. O raciocínio é simples: Se o autor de fato suportou esses gastos – já que pleiteia o devido ressarcimento - presume-se que detenha em seu poder o respectivo recibo de cada despesa, o que é suficiente a embasar uma condenação por danos materiais emergentes. Não se trata de questão que reclame produção probatória mais específica e acurada, que na fase de conhecimento tumultuaria o processo, tampouco de hipótese que demande cálculos complexos, pelo que não se revela adequado relegar a quantificação do dano à fase de liquidação de sentença, sobretudo nos moldes determinados na sentença, em que não foram estabelecidos quaisquer parâmetros para a futura apuração das verbas.

No caso em tela, traz à baila o autor uma série de recibos e comprovantes relativos aos dispêndios de natureza médica e outros correlatos, suportados logo após o acidente (fls. 67, 76, 79, 81, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117). Cada um desses documentos indica uma despesa e seu respectivo valor, de maneira que a condenação da ré ao pagamento de indenização pelos danos emergentes deve limitar-se ao total constante nesses recibos, não havendo necessidade de se fazer qualquer apuração posterior em fase liquidatória.

Seria diferente se o autor houvesse demonstrado que passou por outros procedimentos que lhe demandaram gastos financeiros, cujo

valor não seria possível aferir de imediato. Na hipótese em foco, todos os eventos que o autor comprovou ter suportado em razão do acidente constam acompanhados dos respectivos recibos, de modo a possibilitar sua quantificação imediata.

Com efeito, somadas as quantias deflagradas pelos mencionados documentos, chega-se um total de R\$ 3.806,02, ao qual deve a ré ser condenada a efetuar o pagamento, incidindo atualização monetária e juros legais a partir de cada desembolso, dispensada, portanto, a fase de liquidação de sentença.

#### **4.2.2 Despesas relativas à manutenção e substituição da prótese ocular**

Para além dos danos emergentes, o autor requereu o pagamento das despesas relativas à necessária manutenção e substituição da prótese ocular implantada em razão do acidente.

Pleiteou tanto os valores relativos aos procedimentos que deixou de fazer por não dispor de condições financeiras, no importe de R\$ 3.600,00, quanto aqueles referentes aos procedimentos que necessitaria realizar futuramente, no total estimado de R\$ 20.900,00.

A pretensão, conquanto não tenha sido objeto de uma fundamentação mais acurada, foi acolhida pela sentença, com quantificação postergada à fase de liquidação de sentença.

Sem embargo, observo que, neste tópico, a tese de ausência de comprovação suscitada pela ré merece acolhimento.

É bem verdade que, consoante a documentação carreada à peça exordial, o autor sofreu o implante de uma prótese ocular após as lesões sofridas com o acidente. À fl. 74, especificamente, repousa declaração firmada pela gerente da empresa que comercializou a prótese, constando que o dispositivo demandaria manutenção de 6 a 10 meses, com vida útil de aproximadamente 3 a 5 anos, informando, ainda, os valores relativos

a esses procedimentos.

Esses elementos, a princípio, seriam suficientes a gerar a presunção de que o autor realmente suportaria dispêndios financeiros futuros e de que a falta de realização desses procedimentos traria-lhe prejuízos.

Sucedee, todavia, que essa situação aparentemente favorável ao autor foi derruída pela prova pericial médica, cujo laudo consta acostado às fls. 1.450-1.455.

Para fundamentar essa assertiva, transcrevo o seguinte excerto do exame técnico:

*“4. Em caso de ter havido colocação da prótese e da lente acima referidas, qual o tempo médio de vida útil das mesmas e com que frequência deve ser feita sua manutenção?”*

*“O implante de polietileno poroso é permanente e não deve ser trocado, a menos que ocorra uma infecção, deslocamento, rejeição inflamatória ou extrusão. Situações que não aconteceram com sr. Lair Gomes Friolin, o qual evolui bem com relação ao implante. Sugerimos que a lente escleral seja examinada anualmente (ou antes, se o paciente apresentar algum sintoma) e caso apresente desgaste natural deve ser reparada (polida, lixada ou reparo da resina por possíveis lascas) ou substituída. Não existe consenso na literatura quanto à vida útil da lente escleral, mas na prática a vida útil varia de 1 a 5 anos dependendo do cuidado que o paciente tenha com o material. Existem pacientes que usam a mesma prótese há mais de 05 anos e estão bem, assintomáticos e com boas condições da cavidade anoftálmica albergadora da prótese.*

*“5. O autor tem se submetido a trocas e manutenções, de prótese/lente? Em caso positivo, informe o Sr. Perito as datas em que isso ocorreu, o local, a clínica/médico responsável, bem como os custos, caso tenha havido.*

*“O autor nega ter feito manutenção ou troca de lente escleral. Não há também no prontuário médico do hospital em que fez a cirurgia descrição de troca ou manutenção da lente escleral. Apesar de não ter realizado as manutenções recomendadas para a lente escleral, na consulta pericial em 14/08/2014 não foi detectado nenhum problema com a cavidade anoftálmica*

*(nenhum sinal de extrusão deiscências, infecção e etc) e a prótese estava bem adaptada e em condições que não ofereciam risco para o quadro clínico do paciente. O paciente tinha na ocasião reação alérgica leve, tratada com colírio e que não tinha nenhuma relação direta com falhas na conservação da prótese.”*

Percebe-se, do transcrito, que o implante realizado no globo ocular, em tese, é permanente e somente deve ser trocado apenas em hipóteses específicas, que não ocorreram relação ao autor.

Quanto à lente escleral da prótese, conquanto tenha o profissional reconhecido que manutenções são recomendadas e que o dispositivo possui vida útil, ainda que variável, deixou claro que embora o autor jamais tenha se submetido a qualquer procedimento de substituição ou manutenção da lente, estava ela em perfeitas condições quando da realização da perícia.

Registra-se, nesse particular, que lamentavelmente o autor veio a óbito poucos meses após a realização do exame pericial.

O que se tem como provado, então, é que desde o acidente até a sua morte, o autor sempre utilizou a mesma prótese ocular, não sofrendo qualquer prejuízo pela ausência de manutenção ou substituição do dispositivo.

Nessa perspectiva, é descabida a pretensão condenatória pelas manutenções que deixaram de ser realizadas e pelas que, à época do ajuizamento da ação, ainda seriam feitas, visto que, no caso específico do autor, não se revelou necessário qualquer desses procedimentos para que o dispositivo implantado apresentasse perfeitas condições.

Afasta-se, pois, a referida verba da condenação havida em primeira instância.

### 4.2.3 Lucros cessantes

Acerca dos lucros cessantes, relativos ao período em que o autor restou incapacitado para o trabalho, acertada a decisão do Magistrado de origem em remeter a apuração dos valores à fase de liquidação de sentença.

E isso porque é questão incontroversa nos autos que o autor, em função do acidente sofrido, ficou 40 (quarenta) dias afastado de sua atividade profissional de comerciante, de maneira que, sendo ele o responsável pelo atendimento do estabelecimento, é certo que sua ausência impediu que auferisse seus ganhos regulares durante aquele período.

Não há nos autos, contudo, elementos probatórios que possibilitem a quantificação imediata dessa perda material, não sendo suficiente, para tanto, a mera declaração de imposto de renda colacionada à fl. 75.

Todavia, diferentemente dos danos emergentes, os lucros cessantes, por compreenderem um caráter mais subjetivo, demandam uma produção probatória mais específica e que, se realizada durante a fase de convencimento, certamente teria o condão de tumultuar o processo e atrasar ainda mais sua tramitação. Até porque, tratando-se de estabelecimento comercial, não inexistente ganho mensal fixo, de maneira que sua quantificação depende da averiguação de exercícios financeiros anteriores e da dedução das despesas inerentes à atividade explorada.

Dessarte, se certo o prejuízo mas ausentes elementos capazes de quantificá-lo, a providência a ser adotada é mesmo de relegar a apuração das verbas à fase de liquidação de sentença, tal como determinado na origem.

Nesse sentido:

“Havendo prova do dano, apenas não se podendo precisar seu *quantum*, poderá o togado, mesmo que no segundo grau de jurisdição, julgar

procedente o pedido quanto aos lucros cessantes, remetendo-o à liquidação de sentença para apuração dos efetivos valores devidos.” (TJSC, AC n. 2006.026737-8, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 27.4.07).

Por conseguinte, mantém-se incólume a condenação nesse ponto.

### **4.3 Pensionamento mensal**

A sentença condenou a ré ao pagamento de pensionamento mensal ao autor no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), limitando essa condenação a tão somente aos seis primeiros meses decorridos após o acidente.

O sentenciante lastreou seu entendimento no fato de que, conforme constatado pelo perito médico, o autor teria dificuldade em desempenhar suas funções tão somente nos seis primeiros meses posteriores ao evento danoso, de modo que, após, poderia retornar normalmente às suas atividades rotineiras.

O ponto foi alvo de insurgência comum pelas partes. Enquanto ré busca o afastamento da condenação, argumentando que o *de cuius* não sofreu quaisquer limitações à sua capacidade laborativa, os autores almejam a majoração do montante compensatório e do período de recebimento da verba, discorrendo sobre sua insuficiência para reparação do prejuízo suportado.

Nesse embate, a pretensão da parte autora merece parcial acolhimento.

Primeiramente, cabe acentuar que a pensão pleiteada pelo autor encontra fundamento no art. 1.539 do Código Civil de 1916, que era a legislação vigente à época dos fatos. Dispunha a referida norma que *“Se da ofensa resultar defeito, pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença,*



*incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.”*

Percebe-se que não se trata de uma reparação de um dano patrimonial imediato, na medida em que busca compensar a vítima pela perda de seu potencial laborativo em razão das lesões decorrentes de um ato ilícito, de acordo com o grau dessa desqualificação.

Sobre o mencionado dispositivo legal, a jurisprudência do STJ consagrou o entendimento de que o pensionamento é devido mesmo nos casos em que a vítima retorne à sua ocupação anterior, obtendo a mesma ou superior remuneração, contanto que as consequências da lesão sofridas imponham que o exercício da atividade laboral seja mais dificultoso.

Cito, por oportuno, o seguinte precedente:

“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LESÃO PARCIALMENTE INCAPACITANTE. AUSÊNCIA DE DECESSO SALARIAL. ASPECTO IRRELEVANTE PARA A CONCESSÃO DA VERBA. CC, ART. 1.539. PENSÃO QUE SE ESTENDE AO PERÍODO DE RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO TEMPORÁRIO.

I. Diversamente do benefício previdenciário, a indenização de cunho civil tem por objetivo não apenas o ressarcimento de ordem econômica, mas, igualmente, o de compensar a vítima pela lesão física causada pelo ato ilícito do empregador, que reduziu a sua capacidade laboral em caráter definitivo, inclusive pelo natural obstáculo de ensejar a busca por melhores condições e remuneração na mesma empresa ou no mercado de trabalho.

**II. Destarte, ainda que não sofrendo o autor decesso remuneratório, o desempenho do trabalho com maior sacrifício em face das seqüelas permanentes há de ser compensado pelo pagamento de uma pensão indenizatória parcial, independentemente de não ter havido perda financeira concretamente apurada até o momento.**

III. Pensionamento devido também no período imediatamente subsequente ao acidente, até o início da pensão vitalícia, nas mesmas bases desta” (grifou-se) (STJ, REsp 596192 / RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 18/08/2005).

No mesmo sentido já decidiu esta Corte:

“Com a necessidade do obreiro de empregar maior esforço para a execução das suas atividades habituais, fica obrigado o causador do evento a pagar de pensão mensal vitalícia para remunerar a depreciação, ex vi do art. 1.539 do CC. “ (TJSC, Apelação Cível n. 2004.007168-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. José Volpato de Souza, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 14-05-2004).

E mais:

“Verificada a redução do potencial de trabalho do obreiro, deve o responsável indenizá-lo pagando uma pensão vitalícia correspondente à diminuição, sendo irrelevante o fato de o lesionado ter retornado às mesmas atividades que exercia anteriormente ao acidente, posto que com maior esforço” (AC n. 1999.011197-0, Des. Nilton Macedo Machado).

Na hipótese em apreço, é fato inconteste que o autor voltou a exercer a mesma função de comerciante após o acidente, não havendo notícia de alguma repercussão financeira negativa sobre seu pequeno negócio.

Isso, entretanto, não derrui o fato de que a perda da visão de um olho representa inegável redução do potencial laborativo do autor. Se não impediu a prática da mesma ocupação profissional outrora exercida, por certo demandou maior esforço e sacrifício para desempenhá-la.

Nesse específico, foi assertivo o perito ao responder os quesitos formulados pelas partes. Veja-se:

*“8. Informe o sr. Perito se do acidente em questão resultou redução ou perda da capacidade laborativa do autor, considerando-se as funções pelo mesmo exercidas na época acidente, informando ainda, em caso positivo, o*

*percentual em que se deu tal redução, considerando os parâmetros constantes na Tabela do DPVAT.*

*“O autor na época do acidente era comerciante (comércio varejista de alimentos tipo Bar). **A perda total da visão de um olho pode reduzir a capacidade laborativa, uma vez que diminui o campo de visão, dificulta a leitura e causa perda de sensibilidade e profundidade. Não há perda total da capacidade laborativa. Certamente a capacidade laborativa do autor foi comprometida,** porém seria extremamente subjetivo determinar um percentual numérico de redução da atividade laborativa (mesmo baseado do DPVAT). Por exemplo, a perda da visão de profundidade cria maior risco de queimadura ao manipular utensílios aquecidos ou a diminuição do campo de visão pode dificultar a percepção de gesticulação de um cliente. Mas apesar dessas dificuldades é possível desempenhar a função de comerciante.*

*“(…)*

*“25. O autor apresentará e sentirá dificuldades em suas atividades normais do dia-a-dia, em relação ao tempo em que contava com a visão dos dois olhos?*

*“A visão com os dois olhos apresenta benefícios já descritos anteriormente que são: percepção de profundidade (saber se os objetos estão longe ou perto), campo visual mais amplo e melhor acuidade visual. **Naturalmente a perda da visão de um olho causará dificuldades nas atividades normais do dia-a-dia principalmente nos primeiros meses.** Com o tempo ocorre uma adaptação cerebral (em torno de 3 a 6 meses) e o paciente consegue desempenhar a maioria das atividades rotineiras sem dificuldade, **porém está mais sujeito a acidentes devendo realizar as tarefas com mais atenção.** Por exemplo, ao colocar café de um bule na xícara, pode errar o alvo e despejar café fora da xícara. Ou seja, o paciente consegue desempenhar a maioria das atividades rotineiras, porém deve estar mais atento à possibilidade de acidentes.” (fls. 1451-1455 – grifo adicionado)*

Com efeito, não há dúvidas de que, em algum grau, houve uma redução da capacidade laborativa do autor. Afinal, os inconvenientes trazidos pela lesão ocular são reconhecidos pelo perito e não se exaurem

por completo após o período de adaptação cerebral.

Forçoso concluir, nessa toada, que para o retorno de suas atividades habituais, o autor enfrentou algumas dificuldades e necessitou empregar um maior esforço, o que justifica a concessão de pensionamento mensal vitalício, à vista do caráter irreversível da lesão.

O pensionamento deve incidir desde a data do acidente até a data da morte do autor, com correção monetária pelo INPC e juros de mora desde o evento danoso, estes na ordem de 6% ao ano até a data de entrada em vigor do novo Código Civil e, após, no patamar de 12% ao ano.

O grande problema, aqui, é que o *expert* nomeado não estimou um percentual que corresponderia ao grau de redução da capacidade laborativa do autor, pois entendeu que essa tarefa seria de demasiada subjetividade.

Existe, todavia, a inarredável necessidade de obter-se a exata quantificação dessa perda, pois o entendimento dominante na jurisprudência inclina-se no sentido de que deve o valor da pensão ser aferido mediante a incidência do percentual de redução da capacidade laborativa sobre os rendimentos auferidos pela vítima à época do acidente.

A propósito:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. LEVANTAMENTO EXCESSIVO DE PESO. ESCOLIOSE LOMBAR. AMBIENTE LABORATIVO APTO A AGRAVAR A DOENÇA. PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR PRESENTES. VERBA INDENIZATÓRIA DEVIDA. SENTENÇA REFORMADA. PENSÃO MENSAL. ART. 1.539 DO CC/1916. LESÃO QUE NÃO IMPLICOU PERDA TOTAL DA CAPACIDADE LABORAL. FIXAÇÃO EM 30% DOS RENDIMENTOS LÍQUIDOS AUFERIDOS PELA VÍTIMA. DATA DO ACIDENTE. LAUDO INCONCLUSIVO. LESÃO DE TRATO SUCESSIVO. DIES A QUO. CITAÇÃO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTES A PARTIR DESSA DATA. CONSTITUIÇÃO DE GARANTIA.

INSCRIÇÃO EM FOLHA. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Presentes os demais requisitos da responsabilidade civil extracontratual, o agravamento de lesão preexistente é o bastante para a configuração do acidente de trabalho. Como já decidiu a jurisprudência desta corte, “Demonstrada a culpa da empresa empregadora pelo agravamento dos problemas lombares sofridos pelo empregado, submetido a esforço excessivo no transporte de cargas, vez que desprovido de material adequado a auxiliar a atividade exercida, resta configurado o dever reparatório.” (Apelação cível n. 2002.023865-7, de Xanxerê, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j.07.05.04). **2. A redução da capacidade laborativa do empregado originada em acidente do trabalho obriga o empregador a lhe pagar pensão mensal em valor proporcional à depreciação causada.** 3. Impreciso o dies a quo do aparecimento da lesão, fixa-se o termo inicial na data da citação, ocasião em que, à vista da petição inicial e dos documentos que a integram, afigurava-se possível à empregadora concluir pela existência do acidente do trabalho. 4. A necessidade de constituição de capital ou caução fidejussória, que independe da situação financeira do demandado, tem por fim garantir o pagamento da pensão, ao passo que a inscrição do empregado na folha de pagamento da empregadora objetiva operacionalizar e efetivar o pensionamento já garantido pela constituição do capital ou pela prestação da caução. (TJSC, Apelação Cível n. 2004.027566-1, de Joaçaba, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 19-07-2005 – grifo adicionado).

“Nos termos do art. 1.539 do CC/1916, o autor, ao ter reduzida permanentemente a sua capacidade laboral em decorrência da doença profissional que o acometeu durante o exercício de suas atividades laborais, faz jus à compensação pelos danos morais e também ao recebimento de pensão mensal vitalícia, proporcional à incapacidade.” (TJSC, Apelação Cível n. 2005.008259-5, de Criciúma, rel. Des. Joel Figueira Júnior, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 19-07-2005).

Nesse cenário, tem-se que a quantificação do pensionamento mensal vitalício ao autor depende de duas circunstâncias que, no momento, são desconhecidas e não podem ser apuradas a partir da prova já produzida dentro dos autos, a saber: o percentual de redução da

capacidade laborativa do autor e a remuneração mensal por ele percebida, a qual servirá como espécie de base de cálculo para quantificação do pensionamento devido.

Quanto ao percentual de redução de capacidade, não me parece haver outra saída no caso senão relegar sua apuração à fase de liquidação de sentença por artigos, quando deverá ser nomeado um profissional que, com lastro exclusivo nos elementos que já constam nos autos – afinal, um novo exame médico é impossível face ao óbito do autor – estimará um percentual numérico de depreciação do potencial de trabalho da vítima.

É importante registrar que este julgador não se descarta do fato de que, para fins de apuração do grau de incapacidade da vítima de um evento danoso, a tabela divulgada pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP é frequentemente utilizada como um parâmetro de aferição, seja pelos peritos técnicos nomeados nas ações, seja pelos próprios Magistrados.

No caso em tela, a referida tabela estipula que a perda total da visão de um dos olhos implica uma redução de capacidade na ordem de 50%. O percentual, todavia, parece-me elevado se considerados os apontamentos realizados pelo perito médico que atuou no caso, na medida que, segundo o profissional, o autor poderia realizar quase todas as suas atividades habituais, na vida pessoal e profissional, ressalvados alguns inconvenientes a que estaria sujeito.

Assim, por cautela, recomendável que o grau de redução de capacidade laborativa seja apurado por um profissional dotado de conhecimento técnico, a ser nomeado em fase de liquidação, ressalvada a possibilidade de que venha ele entender pela adequação do percentual consignado na tabela supracitada.

Especificamente no que pertine à remuneração, verifica-se que esta já é um fator que será apurado em sede de liquidação de sentença, por conta da condenação havida em lucros cessantes. Assim, o resultado

eventualmente obtido poderá ser aproveitado para definição do valor do pensionamento, observado o percentual de depreciação laborativa que for constatado.

Dessarte, a pretensão recursal dos autores deve ser parcialmente acolhida para que o pensionamento mensal seja devido desde a data do acidente até a morte do *de cujus*, em valor a ser quantificado em fase de liquidação de sentença, com a incidência dos critérios de atualização já explicitados.

#### **4.4 Danos morais e danos estéticos – incidência e cumulação**

A ré pretende eximir-se de sua condenação havida em primeiro grau ao pagamento de indenização por danos morais e danos estéticos, aqueles no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e estes no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Discorre, primeiramente, que as referidas indenizações não podem ser cumuladas, uma vez que isso somente é possível quando os danos estéticos são pleiteados sob fundamento patrimonial, isto é, quando a vítima sofre prejuízos com sua imagem. Se requeridos em função dos transtornos decorrentes da lesão, o abalo é de ordem exclusivamente moral, sendo devida apenas uma indenização.

Sustenta que no caso nenhum dos danos estaria demonstrado nos autos, uma vez que, conforme a perícia, o autor teve uma excelente recuperação e conseguiu retornar às suas atividades habituais, o que afastaria os danos morais; ao passo que a prótese ocular implantada faria a lesão passar despercebida pelas pessoas, descaracterizando qualquer abalo de ordem estética.

O argumento não merece guarida.

À luz de já consolidado entendimento doutrinário e jurisprudencial, não há dúvidas de que a cumulação de indenizações por dano moral e por dano estético decorrentes do mesmo fato gerador é plenamente

possível, pois visam à proteção de bens jurídicos diversos. Aliás, a questão é inclusive objeto do enunciado n. 387 do Superior Tribunal de Justiça.

A indenização por dano moral presta-se à reparação do abalo psíquico suportado pela vítima de algum infortúnio que lhe tenha impingido dor, trauma e intenso sofrimento, atingindo seus direitos de personalidade. Noutro turno, o propósito da indenização por danos estéticos é compensar a vítima pelas sequelas físicas em si, face à repulsa causada por uma deformidade visível e permanente.

Para melhor esclarecer a questão, invoco as lições doutrinárias de Sérgio Cavalieri Filho:

“Prevaleceu na Corte Superior de Justiça o entendimento de que o dano estético é algo distinto do dano moral, correspondendo o primeiro a uma alteração morfológica de formação corporal que agride à visão, causando desagrado e repulsa; e o segundo ao sofrimento mental - da dor da alma, aflição e angústia a que a vítima é submetida. Um é de ordem puramente psíquica, pertencente ao foro íntimo; outro é visível, porque concretizado na deformidade. O dano estético dá causa a uma indenização especial, na forma do §1º do artigo 1.538 do Código Civil (de 1916) (REsp 65.393-RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; REsp 84.752-RJ, rel. Min. Ari Pargendler)” (Programa de Responsabilidade Civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 106).

E, a fim de que não remanesçam quaisquer dúvidas, colhe-se da jurisprudência deste Tribunal:

“[...] Dúvidas não há que no caso em apreço mostra-se evidente o dever de indenizar os danos estéticos, os quais não se confundem com os danos morais. Embora originários do mesmo fato, acidente de trânsito, protegem bens jurídicos distintos. Os danos morais, conforme já dito, são decorrentes do sofrimento, do trauma sofrido com as internações hospitalares, cirurgias, tratamentos a que se submeteu a vítima, bem assim da própria restrição de movimentos, afinal, uma pessoa que não mais possa andar tem percalços que certamente lhe trazem tristeza e dor. Já o dano estético é decorrente da “deformidade” em si, do aleijão



propriamente dito, que a coloca numa situação diferenciada das pessoas de seu convívio.” (AC n. 0065070- 36.2002.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 27/02/2018)

“As indenizações por dano moral e estético são cumuláveis quando, ainda que decorram os males do mesmo fato, destinem-se os montantes, uma vez passíveis de quantificação em separado, à reparação de ofensas de ordem pessoal distintas, quais sejam, psicológica, no dano moral, e física, no dano estético.” (TJSC. Apelação Cível n. 0021867-53.2004.8.24.0038, de Joinville. Rel. Des. Henry Petry Júnior, julgado em 09.05.2017).

Percebe-se, então, que diversamente do que sustenta a ré, os danos estéticos não precisam estarem fundamentados necessariamente sob o aspecto patrimonial para que sejam exigidos em conjunto com a reparação por abalo anímico.

Estabelecida a cumulatividade entre danos morais e estéticos, passo à análise da incidência de cada uma das verbas no caso concreto. Adianto, de pronto, que andou bem a sentença ao reconhecer a existência conjunta de ambas as ofensas.

Alusivamente aos danos morais, chega a ser ultrajante o argumento invocado pela ré para tentar afastar sua responsabilidade. Ora, por mais eficiente que tenha sido a recuperação do autor após ter sofrido o acidente, com o retorno às suas atividades rotineiras, isso não apaga o sofrimento, a dor, a angústia e o desespero a que esteve ele sujeito nos momentos que imediatamente sucederam à lesão que lhe retirou a visão de um dos olhos, fazendo jus, inegavelmente, à indenização pelo abalo moral. Afinal, o autor foi atingido violentamente em um dos mais salubres direitos da personalidade humana – sua integridade física.

Conclusão diversa não há como se adotar em relação aos danos estéticos, cujo pagamento a ré pretende eximir-se em função do implante de prótese ocular por parte do autor.

Como já adiantado, os danos estéticos propõem-se à reparação da seqüela física que marca o corpo da vítima do evento danoso, de forma perceptível e permanente, causando sentimento de repugnância aos que com ela deparam-se. Noutra norte, para restarem caracterizados, não há necessidade de que as marcas deixadas pelo infortúnio sejam extremamente horripilantes e de alta perceptibilidade, bastando que a alteração morfológica tenha causado à vítima um certo afeamento, sujeitando-a a uma situação aparente diversa daquela em que se encontrava anteriormente.

Nessa linha de pensamento discorre Tereza Ancona Lopez:

“Aqui não se trata apenas das horripilantes feridas, dos impressionantes olhos vazados, da falta de uma orelha, da amputação de um membro, das cicatrizes monstruosas ou mesmo do aleijão propriamente dito. Para a responsabilidade civil basta a pessoa ter sofrido uma ‘transformação’, não tendo mais aquela aparência que tinha. Há, agora, um desequilíbrio entre o passado e o presente, uma modificação para pior.” (*O dano estético: responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 18-19).

A seu turno, Maria Helena Diniz arremata:

“[o dano estético] é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgastante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa” (*Curso de direito civil brasileiro*. vol. VII. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 100).

Transmutando essas lições à hipótese vertente, não restam dúvidas de que o autor sofreu abalo de natureza estética. A prótese ocular, por melhor que ela seja, jamais pode ser comparada ao órgão original. A experiência indica que o dispositivo não funciona com a mesma naturalidade de um globo ocular comum, o que pode ser percebido pelas

pessoas em geral, desde que empreguem ao rosto da vítima um olhar mais atencioso, conforme reconheceu a própria perícia.

É certo que a prótese atenua, em muito, as consequências do ato lesivo sobre a aparência da vítima. Mas isso é questão que deve ser levada em conta tão somente para fins de quantificação da verba, não possuindo o condão de afastar a existência do dever indenizatório.

A jurisprudência da Corte não é outra:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RECURSO DOS RÉUS. COLISÃO DE CICLISTA CONTRA PORTA ENTREABERTA DE AUTOMÓVEL ESTACIONADO EM VIA DE GRANDE MOVIMENTO. INFRAÇÃO AO ART. 49 DO CTB. CULPA DO MOTORISTA CARACTERIZADA. PERDA, PELA VÍTIMA, DE UM DE SEUS OLHOS. DANOS MORAIS. CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE E RAZOABILIDADE. RECURSO DOS RÉUS DESPROVIDO. RECURSO DA SEGURADORA. LIDE SECUNDÁRIA. SEGURO. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DA SEGURADORA. POSSIBILIDADE. COBERTURA DE DANOS CORPORAIS. DEVER DE INDENIZAR ATÉ O LIMITE DA APÓLICE. LIDE PRINCIPAL. DANOS MATERIAIS. SUBSTITUIÇÃO QUADRIENAL DA PRÓTESE OCULAR. INDENIZAÇÃO QUE DEVERÁ SER A MAIS ABRANGENTE POSSÍVEL. DESCONTO DO VALOR DO DPVAT. ADMISSÃO PELA VÍTIMA DO RECEBIMENTO DO SEGURO OBRIGATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 246 DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARTE BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA. LIMITAÇÃO A 15% DO VALOR DA CONDENAÇÃO (LEI N. 1.060/1950, ART. 11, § 1º). PREQUESTIONAMENTO DESNECESSÁRIO. RECURSO DA SEGURADORA PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ADESIVO DA AUTORA. **DANOS ESTÉTICOS. SEQUELAS FÍSICAS EVIDENTES. NECESSIDADE DE USO DE PRÓTESE OCULAR. RECURSO ADESIVO PROVIDO EM PARTE. (...) A perda de um olho pela vítima de acidente de trânsito, ainda que substituído por prótese ocular, somada à necessidade de**

**intervenções cirúrgicas, dá causa à indenização por danos estéticos.”**  
(TJSC, Apelação Cível n. 2008.006798-7, de Tubarão, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 28-10-2010 – grifo adicionado).

Mantém-se incólume, portanto, a responsabilidade da ré pelos danos morais estéticos suportados pelo autor.

#### **4.5 Danos morais e danos estéticos – *quantum indenizatório***

O valor da condenação às referidas verbas – R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pelos danos morais e R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) pelos danos estéticos – também é alvo de insurgência comum. Nos dois recursos protocolizados pela parte autora há pedido de majoração, ao passo que a ré aspira a reduzir esse montante.

Penso, todavia, que não há razão para modificação da sentença no ponto.

Concernente ao valor da indenização por dano moral, não há critérios objetivos ou limites para a sua fixação, cabendo a verificação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a evitar a reincidência do ofensor, sem que isso represente enriquecimento indevido à parte ofendida, tendo a jurisprudência optado por confiar ao prudente arbítrio do magistrado a estipulação de um valor justo para amenizar a dor alheia.

Sobre a matéria, colaciona-se a lição de Rui Stoco:

“Segundo nosso entendimento a indenização da dor moral, sem descurar desses critérios e circunstâncias que o caso concreto exigir, há de buscar, como regra, duplo objetivo: caráter compensatório e função punitiva da sanção (prevenção e repressão), ou seja: a) condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo e desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes; b) compensar a vítima com uma importância mais ou menos aleatória, em valor fixo e pago de uma só vez, pela perda que se mostrar irreparável, ou

pela dor e humilhação impostas.

“Evidentemente, não haverá de ser tão alta e despropositada que atue como fonte de enriquecimento injustificado da vítima ou causa de ruína do ofensor, nem poderá ser inexpressiva a ponto de não atingir o objetivo colimado, de retribuição do mal causado pela ofensa, com o mal da pena, de modo a desestimular o autor da ofensa e impedir que ele volte a lesar outras pessoas. Deve-se sempre levar em consideração a máxima “indenizar sem enriquecer.

[...]

“Em resumo, tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se, obediência ao que podemos chamar de “binômio do equilíbrio”, de sorte que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento para quem recebe, nem causa de ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada, que não sirva de desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense ou satisfaça o ofendido, nem o console e contribua para a superação do agravo recebido” (Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 1.733-1.734).

Com efeito, é peculiar à composição do dano moral que se minimize o sofrimento do ofendido, e se puna o ofensor, coibindo a prática de novos atos lesivos.

A quantificação dos danos morais fica, pois, ao prudente arbítrio do Juiz, que fundamentará sua decisão criteriosamente, condenando o réu a pagar valor que represente uma efetiva reparação, sem, contudo, importar enriquecimento sem causa para o lesado.

Sobre o assunto, colhe-se de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, quando a quantia arbitrada se mostra ínfima, de um lado, ou visivelmente exagerada, de outro. Determinação do quantum no caso em conformidade com o transtorno e o abalo psíquico

sofridos pela vítima, consideradas ainda a sua posição sócio-cultural, bem como a capacidade financeira do agente” (REsp n. 257.075/PE, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, Dj de 22-4-2002).

No caso dos autos, creio que o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) obedece satisfatoriamente aos pressupostos acima elencados, considerando sobretudo a elevada intensidade da lesão sofrida, que culminou na perda da visão de um dos olhos do autor, bem como o gigantesco porte econômico da empresa da ré, reconhecidamente uma das maiores multinacionais do planeta.

Quanto aos critérios para apuração dos danos estéticos, assenta Teresa Ancona Lopez:

“(…) terá o juiz que tomar em consideração: 1º) A gravidade objetiva do dano. Aqui se cuida da extensão material do prejuízo no caso particular. Tratando-se de lesão permanente, como é a do dano estético propriamente dito, terá de observar que tipo de deformidade abaterá mais a pessoa pela sua vida afora. Assim, em princípio, as deformações no rosto são sempre mais graves que no resto do corpo. Por outro lado, como a gravidade depende da extensão do dano, a perda de um braço há de ser muito pior que uma pequena cicatriz no rosto; 2º) as circunstâncias particulares do ofendido. Aqui teríamos que levar em conta o sexo, a idade, as condições sociais, a profissão, a beleza: “o atentado à estética será tanto mais grave quanto mais bela for a vítima” (op. cit., p. 131-132).

No mesmo viés, já sedimentou este Areópago:

“A indenização por dano estético tem como fato gerador a presença de deformações no corpo da vítima, resultantes dos efeitos diretos do ato lesivo. A variação do valor da indenização ficará, portanto, sujeita à apreciação da extensão das marcas deixadas, grau de deformidade, profissão, idade, sexo e outros fatores que possam influenciar na apreciação da repercussão do dano causado” (TJSC, Apelação Cível n. 2015.044028-6, de Pomerode, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 17-03-2016 - grifou-se).

É certo, por um lado, que a prótese implantada no globo ocular

afetado pelo acidente atenua a aparência da lesão, fato que não pode ser descartado para quantificação do abalo estético.

De outra banda, há de se considerar que, ainda assim, a seqüela era perceptível por qualquer pessoa que observasse o autor com maior atenção, pois, como dito anteriormente, a experiência revela que uma prótese ocular não se comporta da mesma forma que o órgão natural, vez que não detém sua capacidade de movimento, fazendo com que aqueles que tivessem contato com o autor, nas palavras do perito médico atuante nos autos, percebessem “*que tem algo estranho*” (fl. 1454).

Cabe pontuar, ainda, conforme o Magistrado de origem observou com louvável sensibilidade, que em momentos de intimidade o autor certamente foi visto sem a prótese, seja por si mesmo, seja por seus familiares, situações em que a aversão e a repulsa pela sua imagem por certo restaram potencializadas.

Sopesando, então, todos esses fatores, concluo que a importância de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) apurada em primeira instância não merece qualquer censura, revelando-se adequada à reparação do prejuízo sem excessos que deflagrem enriquecimento sem causa da vítima.

#### **4.6 Danos morais e danos estéticos – Juros de mora**

Ao proclamar a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e estéticos, o Magistrado a quo determinou, lastreado no famigerado julgado de relatoria do Desembargador Mazoni Ferreira (Apelação cível n. 2006.009134-6, de Lages, j. 15-03-2007), que não só a correção monetária, mas os juros de mora também incidissem sobre o montante devido a partir do seu respectivo arbitramento, o que foi alvo de impugnação no recurso adesivo interposto pelo autor Rangel Alexandre Friolin.

Com as merecidas vênias ao entendimento esposado na origem, não pode ele prosperar, na medida em que contraria a dicção do

enunciado Sumular n. 54 do STJ, o qual preconiza que, em casos de responsabilidade civil extracontratual, os juros moratórios contam-se desde o evento danoso.

Assim, há de se acolher nesse ponto o recurso adesivo, modificando-se o termo inicial dos juros de mora das indenizações por danos morais e estéticos para a data em que ocorreu o acidente.

#### **4.7 Compensação entre o montante condenatório e o eventual excedente dos valores recebidos durante o curso do processo**

Durante praticamente todo o curso do processo, vigorou em favor do autor uma decisão interlocutória que, ao conceder a antecipação dos efeitos da tutela, determinou o pagamento de um pensionamento mensal por parte da ré – inicialmente no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), com posterior redução para R\$ 500,00 (quinhentos reais).

A medida foi deferida inicialmente sob o pretexto de custeio do tratamento médico do autor e de princípio de reparação dos danos materiais emergentes por ele suportados (fls. 119-120). Em momento posterior, após diversos pedidos de revogação formulados pela ré, a decisão foi mantida, mas sob o fundamento de que a verba teria o condão de compensar a redução da capacidade laborativa da vítima (fls. 887-888).

Sucedeu que, ao proferir sentença, o julgador de origem reconheceu o direito do autor à percepção de pensão mensal na monta de R\$ 500,00 tão somente durante o período de seis meses. À vista disso, determinou desde logo que os valores excedentes recebidos ao longo da tramitação do feito fossem compensados com as demais verbas condenatórias.

Investem contra essa medida os autores recorrentes, ao argumento de que o caráter alimentar do pensionamento recebido durante o curso do processo impediria sua posterior restituição na forma de compensação.

A insurgência procede em parte.



Convém salientar, de início, que decisões proferidas em caráter liminar possuem a precariedade como uma característica que lhes é intrínseca, o que as torna meramente provisórias e autoriza sua revisão e modificação a qualquer tempo. Mesmo porque, ao analisar um pedido formulado nessas condições, o julgador resta defrontado muitas vezes com a escassez probatória e a falta de manifestação da parte demandada, sendo forçado a formar um juízo de cognição puramente sumária.

Como consequência, ao postular medidas antecipatórias mais incisivas e com maior grau de irreversibilidade – tal como o adiantamento de valores – a parte requerente acaba assumindo um risco de que, ao final da lide, esse direito não seja reconhecido, o que enseja, inarredavelmente, sua obrigação de reparar o dano sofrido pela parte adversa em razão da efetivação da medida, em obediência, sobretudo, ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

Na hipótese em apreço, ainda que reconhecido o direito do autor à pensão mensal vitalícia, é possível que a verba apurada em liquidação seja inferior ao que ele recebeu durante a vigência da tutela antecipatória no curso do feito, o que importaria, a uma primeira vista, seu dever de restituição do excedente – o qual, inclusive, pode ocorrer mediante compensação com as demais verbas indenizatórias.

Sucedee, todavia, que no caso em apreço não é toda a verba recebida pelo autor que está sujeita à restituição por compensação. Conforme discorrido, a medida liminar, conquanto mantida durante toda a tramitação do processo, vigorou sob dois fundamentos diversos.

A medida foi deferida inicialmente, em maio de 2003, sob o pretexto de custeio do tratamento médico futuro a que estaria submetido o autor, valendo o excedente como adiantamento dos danos emergentes (fls. 119-120). Desponta, daí, o caráter indenizatório puro da verba objeto da decisão, de maneira que nada obstará a restituição por compensação de eventual excedente.

Até porque, o próprio magistrado prolator do interlocutório tomou o cuidado de consignar que eventuais valores sobejantes fossem destinados a outra espécie de reparação, justamente com o objetivo de rechaçar qualquer possibilidade de enriquecimento sem causa.

A situação muda seus contornos a partir do interlocutório de fls. 887-888, proferido em Julho de 2008. Na oportunidade, o julgador *a quo* manteve a obrigação do pensionamento, mas modificou seu fundamento, discorrendo que a verba prestar-se-ia à compensação da redução da capacidade laborativa do autor.

Com essa decisão, a verba que antes nada mais era do que um adiantamento dos prejuízos materiais – passados e futuros – a que estava sujeito o autor em razão do acidente, converteu-se na modalidade indenizatória preconizada pelo art. 1.539 do Código Civil de 1916 que, ante seu viés reparatório da redução do potencial de trabalho da vítima, possui eminente natureza alimentar.

O tratamento dado pela jurisprudência durante a vigência da referida lei não foi outro:

“PENSÃO MENSAL VITALÍCIA - ALEGAÇÃO DE QUE, EM DECORRÊNCIA DAS LESÕES PROVOCADOS PELO ACIDENTE, HOUE REDUÇÃO DA CAPACIDADE DE TRABALHO DA VÍTIMA - INCAPACIDADE ETERNA, MAS NÃO TOTAL (80%), COMPROVADA POR PERÍCIA MÉDICA - OBRIGAÇÃO DEVIDA, DESDE QUE ATENDIDAS AS REAIS NECESSIDADES DA VÍTIMA - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.539 DO CC.

Havendo perda da capacidade de trabalho da vítima, mesmo que parcial (80%), **exsurge o dever do causador das lesões de suportar a obrigação alimentar**, devendo a pensão ser fixada de forma razoável e no intuito de suprir a incapacidade parcial.” (TJSC, Apelação Cível n. 1998.001553-7, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Mazoni Ferreira, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 19-11- 2001).

Referido entendimento manteve-se inalterado mesmo com a

redação dada a essa modalidade indenizatória pelo art. 950 do Novo Código Civil. Veja-se:

“(…) ALMEJADO PENSIONAMENTO. INVALIDEZ PERMANENTE. FATO INCONTROVERSO. IRRELEVÂNCIA DE A VÍTIMA PERCEBER BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. BENESSES DE NATUREZA DISTINTAS. COMPROVAÇÃO DE QUE O OFENDIDO EXERCIA ATIVIDADE LABORATIVA NA DATA DO INFORTÚNIO. PENSÃO EXIGÍVEL EM VALOR CORRESPONDENTE AOS RENDIMENTOS LÍQUIDOS DO AUTOR AO TEMPO DO ACIDENTE. PLEITO DE FIXAÇÃO EM PARCELA ÚNICA. CABIMENTO. VERBA ALIMENTAR DEVIDA ATÉ QUE A VÍTIMA COMPLETE 70 (SETENTA) ANOS. APLICABILIDADE DO ART. 950, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC. PRETENSÃO ACOLHIDA (…)” (TJSC, Apelação Cível n. 2011.048609-1, de Bom Retiro, rel. Des. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 26-11-2015).

Nessa perspectiva, se a verba indenizatória aqui tratada possui caráter alimentar, há de se reconhecer sua irrepetibilidade e a impossibilidade de que seja objeto de compensação, forte na dicção do art. 1.015, II, da lei civil de 1916 – que corresponde ao art. 373, II, da legislação hoje vigente.

A propósito, já decidiu este Tribunal:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E LUCROS CESSANTES C/C TUTELA ANTECIPADA. ACIDENTE ENVOLVENDO PASSAGEIRA DE TRANSPORTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA PRESTADORA DO SERVIÇO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA AFASTADA. DEVER DE INDENIZAR. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES REFERENTES À LESÃO SOFRIDA E PENSÃO COM CARÁTER ALIMENTAR. DANO MORAL RECONHECIDO. RECURSO NÃO PROVIDO. (...)”

No que tange ao reembolso da pensão paga pela apelante, não há de se falar em restituição de alimentos uma vez que pressupõe-se que

tal verba é utilizada para suprir as necessidades básicas de sobrevivência do indivíduo, sendo assim irrepetíveis (...)” (TJSC, Apelação Cível n. 2008.052333-7, de Blumenau, rel. Des. Carlos Prudêncio, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 08-05-2012).

Sendo assim, é necessário que se faça a distinção entre os dois fundamentos sob os quais vigorou a medida antecipatória que obrigou a ré ao pensionamento mensal, de maneira que a compensação de eventual excedente somente pode ocorrer em relação aos valores recebidos sem caráter alimentar, isto é, durante a vigência da decisão de fls. 119-120, cessada com o advento do interlocutório de fls. 887-888.

#### **4.8 Ônus sucumbenciais e verba honorária**

Em primeira instância, entendeu o Magistrado de origem que o autor decaiu de parte mínima do pedido, razão pela qual condenou a ré ao pagamento da totalidade das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

A ré, inconformada, sustenta que o autor foi sucumbente em fração dos pedidos suficiente a ensejar sua condenação parcial ao pagamento das despesas do processo. Demais disso, alega que os honorários fixados são excessivos, razão pela qual reclama sua minoração ao patamar mínimo legal de 10% (dez por cento) sobre o montante condenatório.

Sem razão.

Sobre esse ponto, cabe esclarecer que, com o advento da presente decisão, ficou reconhecido o direito do autor ao recebimento de pensão mensal vitalícia, pleito não atendido em primeira instância. Noutro viés, os danos emergentes foram limitados ao montante de R\$ 3.806,02, em contraponto aos R\$ 5.000,00 pleiteados na exordial. Demais disso, restou afastada a condenação da ré ao pagamento das despesas relativas à manutenção e substituição de sua prótese.

Analisando esse panorama, entendo que a condenação da ré ao pagamento da totalidade das custas do processo deve ser mantida, haja vista que, na parte principal dos pedidos – reconhecimento da responsabilidade da ré pelo evento, com sua condenação ao pagamento de danos emergentes, lucros cessantes, pensão vitalícia, danos morais e danos estéticos – o autor obteve êxito, de maneira que o diminuto saldo remanescente do prejuízo emergente e as despesas relativas à prótese ocular revelam-se elementos meramente secundários se considerado o litígio como um todo.

Revela-se adequada, pois, a aplicação ao caso do art. 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil, pelo que a sentença não merece qualquer alteração no ponto.

O mesmo é possível dizer acerca do percentual fixado a título de verba honorária.

Como é sabido, os critérios de quantificação dos honorários advocatícios constam elencados no art. 85, §2º, do CPC, que assim dispõe:

“§ 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.”

À vista desses pressupostos, não se revelaria nem um pouco razoável fixar a remuneração dos profissionais que atuaram na causa no patamar mínimo legal. Afinal, o processo já tramita durante 15 (quinze) anos, contando com produção de três provas periciais, audiência de

instrução e julgamento, além de diversos recursos erigidos a esta Corte, o que, inegavelmente, exigiu intensa dedicação e trabalho dos causídicos envolvidos.

Adequada, pois, a fixação dos honorários em 15% sobre o montante condenatório.

Por derradeiro, considerando que, após o julgamento dos recursos, os autores decaíram de parte mínima dos pedidos iniciais, conseguindo, nesta instância, manter o reconhecimento de responsabilidade da ré e obter o pensionamento em caráter vitalício, cabível a fixação dos honorários recursais de que trata o §11 do art. 85 do CPC.

Logo, em atenção aos parâmetros delineados pelo indigitado dispositivo legal, fixo a verba devida em favor dos patronos dos autores no importe de 1% (um por cento) do valor da condenação, quantia que remunera de forma condigna e adequada os serviços prestados nesta superior instância.

## **5. Decisão**

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do agravo retido interposto pela ré e negar-lhe provimento. Ademais, conhecer do recurso de apelação da ré e dar-lhe parcial provimento para:

- a) Limitar a condenação por danos materiais emergentes ao valor de R\$ 3.806,02, dispensada a fase de liquidação de sentença;
- b) Afastar a condenação relativa às despesas com manutenção e substituição da prótese ocular.

Conhecer da apelação e recurso adesivo interpostos pelos autores e dar-lhes parcial provimento para:

- a) Conceder o pensionamento mensal em caráter vitalício, desde o acidente até a morte do de cujus, em valor a ser apurado em sede de liquidação de sentença, atualizado nos termos da fundamentação;

b) Determinar que sobre a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e danos estéticos os juros de mora incidam a partir do evento danoso;

c) Determinar que, acaso o valor total do pensionamento recebido pelo autor durante o curso do processo supere a condenação à pensão vitalícia determinada nesta instância, a compensação do excedente fique limitada aos valores auferidos sem caráter alimentar, isto é, durante a vigência do interlocutório de fls. 119-120, cessada com o advento da decisão de fls. 887-888.

No mais, fixar honorários recursais em favor dos patronos dos autores no importe de 1% (um por cento) do valor atualizado da condenação.

Este é o voto.

**Apelação Cível n. 0022715-22.2003.8.24.0023, da Capital**

Relator: Desembargador Saul Steil

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA E INDENIZATÓRIA AJUIZADA PELO HERDEIRO E SUA ESPOSA EM FACE DOS COERDEIROS, DA EMPRESA E DO REPRESENTANTE LEGAL ENVOLVIDOS EM NEGÓCIO FRAUDULENTO. ALTERAÇÃO DA COISA COMUM SEM O CONSENTIMENTO DA TOTALIDADE DOS CONDÔMINOS. RÉUS QUE, CIENTES DA RECUSA DOS AUTORES EM DAR AO IMÓVEL RECEBIDO POR HERANÇA A DESTINAÇÃO ECONÔMICA QUE AQUELES ALMEJAVAM, FALSEIAM A SUA DECLARAÇÃO DE VONTADE EM DOCUMENTO ENCAMINHADO À MUNICIPALIDADE, LOGRAM OBTER A PERMISSÃO DE CONSTRUÇÃO, E EDIFICAM, NA TOTALIDADE DO TERRENO, UM PRÉDIO COMERCIAL, SEM OFERECER CONTRAPARTIDA AO HERDEIRO PRETERIDO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, CALCADA NA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECURSOS DE TODOS OS LITIGANTES.

RECURSO DOS AUTORES. PEDIDO DE NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO QUE NÃO REVELA INTERESSE PROCESSUAL DOS DEMANDANTES. NEGÓCIO JAMAIS LEVADO A EFEITO FORMALMENTE. PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS QUE, ADEMAIS, VÊM ARRIMADAS NA MANUTENÇÃO DO EDIFÍCIO ILICITAMENTE ERGUIDO. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO.

PEDIDOS INDENIZATÓRIOS. REPARAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS. CONDÔMINOS RÉUS QUE BUSCAM A INCORPORADORA RÉ PARA PROPOR A EDIFICAÇÃO SOBRE O TERRENO, ACEITANDO COMO PREÇO PELA CONSTRUÇÃO O RECEBIMENTO DE DUAS SALAS COMERCIAIS TÊRREAS NO PRÉDIO. AUTORES QUE NÃO SE OPÕEM AO PREÇO ESTABELECIDO ENTRE OS CONTRAENTES



NA AÇÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DO VALOR INDEVIDAMENTE EMBOLSADO, NA INTEGRALIDADE, PELOS DEMAIS HERDEIROS. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRESENTES. ATO ILÍCITO CONSUBSTANCIADO NA ALTERAÇÃO DA COISA COMUM SEM PRÉVIO CONSENSO. PARTICIPAÇÃO EQUITATIVA DOS CONDÔMINOS QUE DEVERIA TER SIDO OBSERVADA QUANDO DO PAGAMENTO DO PREÇO. DEVER, IMPOSTO AOS COERDEIROS, DE RESSARCIR O HERDEIRO PREJUDICADO NA PROPORÇÃO DE SUA FRAÇÃO IDEAL (20%). INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 627, 628 E 633 DO CC/1916. INDENIZAÇÃO QUE, ALÉM DO VALOR DE MERCADO DAS SALAS RECEBIDAS, DEVE COMPREENDER TAMBÉM OS LOCATIVOS QUE OS CONDÔMINOS RECEBERAM DE FORMA EXCLUSIVA. FRUTOS DA COISA INDIVISA QUE DEVEM SER REPARTIDOS IGUALMENTE ENTRE OS HERDEIROS.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRÁTICA INSIDIOSA E PREDATÓRIA DA INCORPORADORA NO AMBIENTE DE MERCADO. AUTORES QUE FIGURAM COMO CONSUMIDORES POR EQUIPARAÇÃO, POSTO QUE VÍTIMAS DE PRÁTICA ABUSIVA (ARTS. 29 E 39 DO CDC). ILICITUDE DAS CONDUTAS EVIDENCIADA. REPRESENTANTE LEGAL DA CONSTRUTORA RÉ QUE, INCLUSIVE, FOI RESPONSABILIZADO CRIMINALMENTE, EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, PELA FALSIDADE DO DOCUMENTO QUE USOU PARA OBTER AUTORIZAÇÃO DA PREFEITURA PARA A EDIFICAÇÃO. ALTÍSSIMA REPROVABILIDADE DA CONDUTA QUE EXIGE A FIXAÇÃO DE REPARAÇÃO EXEMPLAR. INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM R\$ 250.000,00, COMPATÍVEL COM A EXTENSÃO DOS DANOS E A GRAVIDADE DOS FATOS. SENTENÇA REFORMADA PARA JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS INICIAIS. INVERSÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA, DIANTE DA SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DOS AUTORES.

RECURSO DOS RÉUS PREJUDICADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0022715-22.2003.8.24.0023, da comarca da Capital 6ª Vara Cível em que é Apelante Espólio de Eduviges Souza Neto e Apelados Maria da Conceição Ghizzo de Souza e outros.

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso dos autores e julgar prejudicado o recurso dos réus, nos termos da fundamentação. 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, 17 de julho de 2018.

Desembargador Saul Steil  
Relator

## RELATÓRIO

Eduviges Souza Neto e Neusa Luci Fontão de Souza ajuizaram ação indenizatória c/c cominatória contra Maria da Conceição Ghizzo de Souza, João Batista Ghizzo de Souza, Maria Cláudia dos Santos Souza, Iara Ghizzo de Souza, Raquel Ghizzo de Souza, Nelson João de Moraes Filho e Hantei Construção Incorporação e Administração de Imóveis Ltda., alegando, em suma, que são proprietários da fração ideal de 1/5 (um quinto) do imóvel matriculado sob o n. 11.927 do 1.º Ofício de Registro de Imóveis da comarca da Capital, o qual teria sido ilícitamente permutado pelos demais coproprietários por área construída com a incorporadora ré.

Sustentaram que receberam a propriedade do aludido bem em

sucessão dos bens deixados por Leda Maria Ghizzo de Souza, e que os cinco primeiros réus são coproprietários dos outros 4/5 (quatro quintos) do imóvel. Disseram que, sem o seu consentimento, os coproprietários firmaram contrato com a empresa requerida, permutando o terreno por salas comerciais localizadas no prédio que seria erguido sobre o imóvel, na proporção de uma sala comercial para cada dois irmãos, não tendo, todavia, recebido a sua quota-parte.

Argumentaram que, para darem início à edificação, o sexto réu, Nelson João de Moraes Filho, representante legal da empresa Hantei, haveria inclusive falsificado a assinatura do autor no alvará de licença n. 1095, da Prefeitura Municipal de Florianópolis, circunstância que, à época do ajuizamento da ação, estava sendo apurada na ação penal n. 023.99.048224-6.

Aduziram que, para além das evidentes repercussões patrimoniais decorrentes do ilícito perpetrado pelos réus em conluio, sofreram inegável abalo moral a justificar a condenação dos requeridos à correspondente indenização. Ressaltaram que, ademais do sentimento de traição e abandono advindos dos atos praticados por seus próprios irmãos e coerdeiros, o nome do edifício construído sem consentimento leva o nome do genitor do autor, o que agrava o sofrimento por ele sentido.

Teceram considerações acerca da verossimilhança das alegações e do perigo de dano irreparável, e pleitearam a antecipação dos efeitos da tutela para coagir os réus a entregarem-lhes área construída nos mesmos termos daquelas recebidas pelos demais condôminos, ou, quando menos, sejam eles condenados a pagarem-lhes valor de aluguel correspondente à fração ideal de que não podem usufruir.

Ao final, pugnaram pelo julgamento de procedência dos pedidos, com a confirmação da tutela antecipada; a determinação aos demandados para que lhes entreguem uma sala comercial semelhante àquelas entregues aos demais coerdeiros ou a indenização correspondente, no

caso de impossibilidade da obrigação específica; a condenação dos réus ao pagamento de locativos desde a data em que os privaram do uso do imóvel até a entrega da sala comercial ou o pagamento da indenização; e a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos morais.

Requereram a concessão dos benefícios da justiça gratuita, formularam demais requerimentos de praxe e juntaram documentos (fls. 16-68).

Instados pelo Magistrado oficiante (fl. 70), os autores emendaram a inicial para cumular pedido de declaração de nulidade do negócio jurídico (fls. 72-74).

Citados, os réus ofereceram contestação em conjunto (fls. 105-114). Defenderam, em síntese, que todos os coerdeiros iniciaram tratativas com a empresa Hantei visando à edificação do terreno, por meio do qual todos os coproprietários receberiam idêntica fração ideal em área construída. Argumentaram que os autores, no entanto, recusaram-se a seguir nas negociações, recusando-se a exarar assinatura no contrato de fls. 26-29, de forma que o ajuste de permuta do imóvel não chegou a ser celebrado.

Disseram que, em decorrência disso, propuseram vender seus quinhões aos autores, para que exercessem o direito de preferência. Os requerentes, entretanto, não se manifestaram, de sorte que os requeridos buscaram a ação de alienação judicial para a venda do imóvel. Não obstante o julgamento de procedência da demanda de jurisdição voluntária, transitada em julgado, os réus, cientes da inevitável morosidade na alienação do imóvel e da eventual modificação do Plano Diretor do município de Florianópolis, iniciaram obras no terreno a fim de evitar prejuízos. Nessa linha, reforçaram que são coproprietários da construção e do terreno, enquanto os autores são coproprietários somente da nua propriedade do imóvel.

Argumentaram que os autores sempre tiveram ciência da edificação que os réus construíam sobre o terreno, e que, no entanto, demoraram a manifestar qualquer oposição, em evidente atuação de má-fé. Sustentaram que, nesse cenário, é de rigor considerar que, embora não tenham anuído expressamente com a incorporação iniciada no imóvel, com ela anuíram tacitamente, dada a ausência de oposição a tempo e modo. Recordaram que os autores já ajuizaram ação de nunciação de obra nova, na qual lograram embargar a obra por curto período, até que decisão em ação cautelar aforada pelos réus determinou o prosseguimento da incorporação.

Salientaram que a ação ajuizada pelos requerentes foi extinta pela perda de objeto após a conclusão do edifício. Alegaram que não foi exarada firma falsa em qualquer documento, visto que o réu Nelson João de Moraes Filho expressamente reconheceu que a assinatura era sua, e constava das plantas apresentadas para a liberação do alvará de construção por ser procedimento corriqueiro que o responsável pela execução das obras aponha sua firma nos aludidos documentos.

Nesses termos, sustentaram, em sede preliminar, a ocorrência de coisa julgada, porquanto na ação de alienação judicial já foi garantida a respectiva indenização da fração ideal do terreno aos autores; a impossibilidade jurídica do pedido de declaração de nulidade do negócio jurídico, porquanto não houve contrato celebrado de permuta do imóvel; a ilegitimidade passiva dos réus Nelson João de Moraes Filho e Hantei Construções e Incorporações Ltda., visto que nada celebraram com os autores; e, no mérito, a improcedência dos pedidos, porquanto os autores não são proprietários da construção, mas tão somente do terreno, cuja quotaparte será devidamente indenizada quando da alienação judicial do imóvel.

Juntaram documentos (fls. 115-163).

Houve réplica (fls. 164-175), com documentos (fls. 176-232).

Decisão saneadora (fls. 246-247) rejeitou a preliminar de coisa julgada, relegou a análise das preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e de ilegitimidade passiva para a sentença, e indeferiu a tutela antecipada.

Os autores notificaram a condenação do réu Nelson João de Moraes Filho pela prática do crime de estelionato (fls. 248-255). Após, notificaram haver interposto agravo de instrumento contra a decisão denegatória da antecipação dos efeitos da tutela (fls. 271-279). O recurso foi desprovido por decisão da Segunda Câmara de Direito Civil desta Corte, proferida em 14.10.2008 (fls. 327-342).

Foi realizada audiência de instrução (fls. 450-463), com a oitiva das partes e das testemunhas por elas arroladas, à exceção de uma, ouvida posteriormente (fls. 472-474).

Noticiado o falecimento de Eduviges Souza Neto (fls. 511-512), o Juízo homologou a sucessão processual por seu Espólio (fl. 522).

Foi trasladado laudo pericial produzido na ação de alienação judicial (fls. 525-662).

Autores (fls. 668-671) e réus (fls. 672-680) apresentaram alegações finais.

Sobreveio sentença (fls. 691-695) que reputou juridicamente impossíveis os pedidos de declaração de nulidade do contrato e de entrega de salas comerciais, além do que considerou a ausência de interesse de agir dos autores quanto ao pedido de indenização por danos materiais e morais.

Os réus opuseram embargos de declaração, afinal acolhidos para fixarem-se ônus de sucumbência, condenando os autores ao pagamento de honorários advocatícios em 10% do valor da causa, e para indeferir-se o pedido de concessão dos benefícios da gratuidade da justiça formulado pelos requerentes (fl. 703).

Irresignados, os autores apelaram (fls. 704-716). Em suma, reiteraram os argumentos ventilados desde a petição inicial, suscitando a plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, na qualidade de consumidores por equiparação, além da pertinência e procedência dos pedidos cominatórios e reparatórios por eles formulados. Ressaltaram a prática de ilícito civil e criminal na consecução da edificação erguida sobre o terreno de domínio comum dos herdeiros e requereram a reforma da sentença, com a condenação dos réus na forma pleiteada na exordial. Requereram a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Os réus também recorreram, em conjunto com seu advogado, Dr. Gilbran Soncini da Rosa (fls. 721-730). Requereram, tão somente, a reforma do capítulo da sentença que fixou os honorários de sucumbência, a fim de redistribuir os estímulos profissionais de acordo com a atuação de cada advogado no processo, observada a sucessão ocorrida ao longo da tramitação da demanda.

Com contrarrazões (fls. 738-739, 740-750, 751-762 e 763-775), os autos vieram conclusos.

É o relatório.

## VOTO

Os recursos atendem aos requisitos de admissibilidade e deles conheço.

Trata-se de ação declaratória e indenizatória em que figuram como autores o Espólio de Eduviges Souza Neto e Neusa Luci Fontão de Souza e, como réus, Maria da Conceição Ghizzo de Souza, João Batista Ghizzo de Souza, Maria Cláudia dos Santos Souza, Iara Ghizzo de Souza, Raquel

Ghizzo de Souza, Nelson João de Moraes Filho e Hantei Construções e Incorporações Ltda.

Nos fundamentos da pretensão, estão as alterações promovidas pelos requeridos no imóvel de que os requerentes também são condôminos, visto que todos (os autores e os cinco primeiros réus) receberam, por força de herança, um terreno de 140 m<sup>2</sup> localizado no Centro desta Capital, na altura do n. 222 da Rua Tenente Silveira, e matriculado sob o n. 11.927 do 1.º Ofício de Registro de Imóveis desta comarca.

O objeto da ação, após a emenda da inicial imposta pelo Juízo *a quo* às fls. 69-70, desdobra-se em dois. O primeiro é relativo à declaração de nulidade do negócio jurídico celebrado entre os réus, que importou na suposta permuta do terreno por área construída com a ré Hantei, representada pelo também réu Nelson João de Moraes Filho. O segundo objeto, por sua vez, atém-se à pretendida reparação dos prejuízos sofridos pelos condôminos preteridos com o aludido negócio, compreendendo danos materiais e morais.

Após a tramitação regular da demanda, o juiz oficiante, como visto, extinguiu o processo, sem resolução de mérito, por compreender que os pedidos eram juridicamente impossíveis. Todas as partes recorreram da decisão: os autores, pela reforma da sentença e a consequente procedência da pretensão exordial, pretensão exordial, e os réus pela modificação na distribuição dos ônus da sucumbência.

Antes de adentrar no mérito propriamente dito das insurgências, é de rigor esclarecer que se trata de ação que tramita por longo período, e que vem na esteira de outros litígios que as partes travaram judicialmente entre si. Houve ações de alienação judicial do imóvel (ajuizada pelos réus contra os autores), de nunciação de obra nova (pelos autores em face dos réus), de prestação de caução (pelos réus contra os autores), e até mesmo de anulação da ação de alienação (dos autores em desfavor dos réus). Tudo



isso está, em maior ou menor grau, documentado na presente demanda, e fornece elementos aos quais recorrerei para o melhor equacionamento da controvérsia.

Dito isso, adianto que, após o detido estudo do processo, o voto seguirá pelo parcial provimento do apelo dos autores, a fim de acolher, também em parte, os pedidos que eles formularam na inicial, por evidente e inconteste que é o prejuízo que eles sofreram pela atuação insidiosa dos réus, em conluio. Passo, pois, à fundamentação.

### **1. Os fatos**

Dada a extensa litigiosidade existente entre as partes, é de rigor iniciar o deslinde da controvérsia por fixar os fatos ocorridos, à maneira como foram demonstrados no decurso do processo.

Observe-se, assim, que os autores e os cinco primeiros réus são proprietários registrais do imóvel situado no n. 222 da Rua Tenente Silveira, no Centro desta Capital, consoante faz prova a matrícula imobiliária de fls. 17-19. Todos eles receberam o imóvel por herança de Leda Maria Ghizzo de Souza, em partes iguais de 1/5 (um quinto) para cada um, na data de 15.01.1985 (R.8 a R.12- 11.927, fls. 18-19). É incontroverso que, à época, tratava-se de terra nua, sem construções ou benfeitorias.

Sucedeu que, em meados de 1998, os coerdeiros réus procuraram a ré Hantei Construções e Incorporações Ltda. para propor-lhe a permuta do terreno por área construída, nos termos da minuta contratual de fls. 31-34. Pelo ajuste, caberia aos coerdeiros receberem três salas comerciais – duas de 56 m<sup>2</sup> e uma de 28 m<sup>2</sup> – a serem instaladas no futuro prédio (Cláusula Quarta, fl. 32), enquanto à incorporadora caberia o terreno e as demais salas comerciais. A minuta apresentada às fls. 31-34, entretanto, formalmente não logrou êxito, uma vez que os autores não concordaram com a negociação e não apuseram a sua assinatura no instrumento (fl. 34).

Diante da discordância com relação ao destino da coisa comum, os herdeiros réus então propuseram, em 14.12.1998, ação de alienação judicial contra os autores, pretendendo a extinção do condomínio (n. 023.98.054040-5, fls. 116 e seguintes). Apesar de tornada litigiosa a coisa, os réus conseguiram obter licença para construção perante a municipalidade em 25.12.1998 (fl. 533), passando a edificar sobre o imóvel.

A licença, aliás, foi obtida fraudulentamente, sendo de relevo destacar que o réu Nelson João de Moraes Filho inseriu, como forma de obter parecer favorável da administração municipal, assinatura no local onde haveria de figurar a assinatura do coerdeiro renitente. Por ter incorrido no fato previsto no art. 299 do Código Penal, ele foi, inclusive, condenado na Apelação Criminal n. 2004.011079-0, decisão esta mantida perante o Superior Tribunal de Justiça (fls. 251-255), embora se tenha deflagrado a prescrição da pena em concreto.

Nesse íterim, os requerentes tencionaram impedir a continuação da construção mediante ação de nunciação de obra nova (n. 023.99.020094-1), mas os requeridos prestaram caução em ação cautelar (n. 023.99.030069-5) e lograram a continuidade das obras (fl. 159). Ao final do imbróglio judicial, a construção foi finalizada, e a nunciação de obra nova, julgada extinta pela perda do objeto (fls. 143-149).

A alienação judicial, por seu turno, foi autorizada no ano de 1999 (fls. 119-124), e sua sentença foi confirmada por acórdão em 2001 (fls. 125-133). Não obstante transitada em julgado há tempos, é incontroverso que a alienação jamais foi levada a efeito, e o condomínio tem se perpetuado desde então.

No mais, à parte o que vinha sucedendo na seara forense, e em que pese a minuta contratual de fls. 31-34 não ter sido formalmente celebrada, a negociação entre os requeridos seguiu seu rumo e foi executada na forma da proposta original. Assim, em troca da edificação, denominada

Edifício Ari Souza (Cláusula Terceira, fl. 31), os herdeiros que anuíram com a proposta da Hantei receberam lojas térreas no edifício. As herdeiras Iara Ghizzo de Souza e Maria da Conceição Ghizzo de Souza receberam a loja térrea n. 01, e os herdeiros Raquel Ghizzo de Souza e João Batista Ghizzo de Souza, a loja térrea n. 02, como comprova o laudo pericial realizado na ação de alienação judicial (fl. 538), e como referendam os depoimentos pessoais das partes tomados na presente demanda (fls. 450-463), aos quais farei referência mais adiante.

Estes, portanto, são os fatos em síntese: (1) autores e réus são condôminos de imóvel indivisível; (2) a despeito da discordância dos autores, os réus levaram a efeito a construção que negociaram com a ré Hantei; (3) no processo de alienação judicial, os réus receberam decisão favorável à venda do imóvel, resguardandose o valor do solo aos autores na proporção de sua cota, entretanto o terreno jamais foi vendido; e (4) concluída a edificação, os réus passaram a fruir das salas comerciais erguidas no imóvel, excluindo os autores da relação material com o terreno de que eles também são proprietários.

Sedimentados os fatos sucedidos entre as partes, enfrento, agora, as questões jurídicas pertinentes à solução do litígio.

## **2. Impossibilidade jurídica do pedido**

Como dito e repetido, a sentença combatida entendeu que os pedidos formulados pelos autores são juridicamente impossíveis e, por essa razão, extinguiu o processo sem resolução de mérito. Para o magistrado, *“resta notório que não houve aquisição da propriedade e, por decorrência lógica, o pleito dos autores não merece prosperar em razão da impossibilidade jurídica do pedido. Afinal, não há como declarar nulo algo que, em verdade, nunca existiu”* (fl. 693), valendo-se da mesma fundamentação para, em corolário, fulminar também as pretensões indenizatórias.

O magistrado não está de todo equivocado, *data venia*. Conquanto não se trate, propriamente, de impossibilidade jurídica do pedido, efetivamente os autores não detêm interesse de ação para buscar a declaração de nulidade de um negócio jurídico de que não participaram e que, formalmente, jamais veio à luz. Mais que isso, como se verá, a pretensão reparatória cumulada ao pedido de declaração de nulidade não está a demandar o retorno das partes ao *status quo* ante (consequência natural da nulidade do negócio), mas no ressarcimento dos autores pelos valores que os réus auferiram com a negociação, e fundada, portanto, justamente na manutenção desse contrato, a despeito de não ter sido celebrado com observância às formalidades legais.

Dessarte, a sentença não merece reparos no ponto.

Não obstante, não se deve perder de vista que o pedido de cunho declaratório apenas foi inserido na petição inicial após determinação do juiz a quo para que os demandantes emendassem a exordial (fls. 69-70). Essa circunstância, a rigor, revela que a pretensão reparatória esposada na peça póstica não tem base necessária no pedido de declaração de nulidade do negócio jurídico e, portanto, a ausência de interesse de agir em relação a um objeto da demanda não tem o condão de contaminar os demais.

Em realidade, o pedido de indenização formulado pelos autores encontra esteio na alteração da coisa comum, pelos réus, sem que antes fosse alcançado o consenso entre os condôminos. É ação de responsabilidade civil extracontratual, fundamentada em ato ilícito e calcada, em especial, na violação ao art. 1.314, par. único, do CC (fl. 5; art. 628 do CC/16). Por isso mesmo, não possui nenhuma relação de subordinação, causalidade ou consequência com a declaração de nulidade do negócio jurídico jamais celebrado, e mantém-se por si só, nada obstante o pedido declaratório esteja mesmo fadado ao insucesso.

Assim é que, nesse particular, a sentença deve ser reformada para

viabilizar o enfrentamento, no mérito, das pretensões deduzidas pelos autores. É o que passo a fazer.

### 3. Mérito

De partida, é de rigor destacar que, dentro do pedido indenizatório, há igualmente duas esferas distintas, em relação às quais nem todos os réus participam de igual maneira. Uma delas refere-se aos reflexos econômicos da alteração da coisa comum pelos condôminos, que insidiosamente contrataram a incorporadora para acrescer edificação à terra nua e, por esse negócio, foram agraciados com um preço. A outra refere-se aos reflexos extrapatrimoniais de todo o cenário que envolveu o alheamento dos autores do trato e das relações materiais com o imóvel de que também eram proprietários, pela atuação ilegal dos réus em conluio.

Digo isso porque, se a pretensão à reparação dos danos materiais está calcada, como se viu, na alteração da coisa comum (art. 1.314, par. único, do CC), é evidente que apenas puderam concorrer para esse específico ato os demais condôminos, que se locupletaram de um contrato cujos proveitos não beneficiaram ao coerdeiro e sua esposa. Lado outro, os danos morais decorrem, em princípio, da maneira predatória como a incorporadora e seu representante agiram nas negociações a respeito do imóvel, enredando, nesse mesmo passo, os condôminos que figuram no polo passivo da ação. Disso se extrai, portanto, que embora a petição inicial pleiteie a responsabilização de todos os requeridos pelas ilicitudes aqui descritas, o equacionamento da lide haverá de observar a quem incumbia observar a lei desrespeitada, o que resultará em condenações distintas a cada título reparatório pretendido na exordial.

Isso estabelecido, recorro que a responsabilidade extracontratual depende da comprovação da ocorrência de ato ilícito, do dano e do nexos causal entre conduta e prejuízo, além da culpa, caso a espécie não atraia a incidência da responsabilidade civil objetiva.

### 3.1. Danos materiais

Observado todo o enredo fático exposto na primeira parte do voto, tenho que boa parte das alegações vertidas pelos autores nos autos sejam, a bem da verdade, autoevidentes, à medida que é incontroverso que eles foram excluídos em relação à negociação levada a efeito com a incorporadora, e a explícita alteração da coisa comum. Ainda assim, é imperioso destacar que os condôminos praticaram ato ilícito ao infringirem o dispositivo do art. 628 do CC/16, segundo o qual *“Nenhum dos coproprietários pode alterar a coisa comum, sem o consenso dos outros”*, além do art. 633 do mesmo diploma, que determina que *“Nenhum condômino pode, sem prévio consenso dos outros, dar posse, uso, ou gozo da propriedade a estranhos”*.

De efeito, foi isso mesmo o que sucedeu na hipótese. Insatisfeitos com a recusa do coerdeiro, e no curso da ação de alienação judicial – isto é, durante o estado de indivisão da coisa –, os demais condôminos procederam à alteração do imóvel comungado. E o fizeram de forma a excluir completamente qualquer sorte de atuação do herdeiro prejudicado sobre o imóvel, uma vez que o terreno em tela é de diminuta área (140 m<sup>2</sup>), e a construção nele edificada tomou todo o espaço do imóvel (fl. 68).

Nesse cenário, foi o que disseram os réus em depoimento pessoal:

Maria da Conceição Ghizzo de Souza: “[...] Na época o Plano Diretor iria ser modificado e nós perderíamos em termos de construção, pois o terreno tem frente mas não tem fundos. Com o novo plano diretor, e a necessidade de recuo, que ia ser criado, nós perderíamos a área. Nós não tínhamos mais relacionamento com o ‘Edu’ (Eduviges) e Neusa, em razão de outros problemas relacionados com a partilha e herança. Nós entramos em contato com a Hantei e eles aceitaram a proposta de permuta de terreno por área construída e o projeto contemplava três salas sendo que seriam duas para cada dois herdeiros e uma para o Edu e a Neusa. A sala que ficaria para ele teria 26 m<sup>2</sup>, ao que eu me lembro. Foi a Hantei que fez os contatos com eles, e mesmo após ter sido feito

o contrato eles não aceitaram a proposta. Eu não sei dizer por que eles não aceitaram a proposta. Eu não tenho lembrança quando a construção ficou acabada, mas a partir dali nós passamos a usufruir das salas, mas a minha eu tenho em condomínio com a Iara. As salas são térreas, e na minha e da Iara, ela mantém uma loja de enxovais. A loja é só da Iara e eu recebo dela o aluguel. Eu recebo da Iara R\$ 2.200,00 de aluguel. Eu não recebi nada da Hantei, além da área construída. Para a edificação, nós não contribuimos com nada. Logo que ficaram prontas as salas nós locamos, e depois a Iara passou a ocupar a que era dela. Por um tempo foi a Hantei quem administrou a locação. O contrato de permuta que foi firmado, não foi assinado pelo Nelson, da Hantei. A sala térrea que ficaria para o Edu, permanece com a Hantei, que a ocupa hoje. Na sala que o Nelson tentava negociar com o Edu, hoje tem uma loja de nome ‘Flauta mágica’” (fls. 451-452).

João Batista Ghizzo de Souza: “[...] Eu mesmo procurei o Edu por umas três vezes, para tratarmos das questões pendentes da herança, pois a relação deles com os demais irmãos já estava estremecida. Quando surgiu o negócio com a Hantei eu já não conversava com ele, e deixamos que o Nelson da Hantei fizesse os contatos. Nós estávamos preocupados com a edição do novo Plano Diretor. O Nelson disse que o Edu deu um cansaço nele, e chegou até ser feito um contrato sobre a permuta, que ele não quis assinar. Eu não sei por que ele não quis assinar, mas ele disse para o Nelson que tinha problemas com os irmãos. Nós chegamos a assinar o contrato que o Edu não assinou, concordamos com a construção e recebemos as nossas salas. Só recebemos as salas como pagamento da nossa parte do terreno. Não contribuimos como nada para a construção. Eu não sei com quem ficou a sala que seria do Edu, só o Nelson da Hantei pode responder. A sala que eu recebi eu mantenho em condomínio com a Raquel, e ali ela tem uma loja de cortinas e para mim ela paga um aluguel de dois mil e poucos reais. Eu não tenho lembrança de quando a edificação foi concluída. [...] O contrato que nós assinamos é o que está nos autos de fls. 26/29. Eu não lembro se nós ficamos com uma via do contrato e se o Nelson chegou a assinar. Quando as salas foram entregues a Hantei chegou a administrar por um tempo as locações que foram feitas inicialmente. Não tenho lembrança qual o valor da locação inicial, da época” (fl. 453).

Iara Ghizzo de Souza: “[...] Na sala que eu ocupo hoje, eu a exploro como uma loja de enxovais, isso desde Novembro do ano passado. Eu pago para a Maria da Conceição um aluguel de R\$ 2.200,00, que é o que eu falei para ela que teria condições de pagar. Antes disso a sala estava locada para uma butique e, se eu não me engano, o aluguel era de R\$ 4.000,00 aproximadamente. A outra sala é explorada pela Raquel, que ali mantém uma loja de cortinas. Eu não sei dizer quanto ao destino da sala que seria negociada com o Edu. [...] Até hoje nós não definimos qual sala é de cada qual, apesar de já estarmos nas posses respectivas. Eu não recebi mais nada da Hantei. Eu tenho mais empatia com a Conceição e a Raquel tem com o João Batista. Que eu saiba em cima a Hantei tem um escritório” (fl. 454).

O depoimento pessoal do réu e representante da empresa Hantei, Nelson João de Moraes Filho, também é esclarecedor:

Nelson João de Moraes Filho: “[...] Desde o início das negociações os irmãos deixaram sob minha responsabilidade as conversas com o Eduviges. Eu nunca cheguei a conversar com a esposa dele, a Sra. Neusa. Foi em 1998 que começaram as negociações, e eu o procurei inúmeras vezes, fiz diversas propostas e todas as oportunidades ele me dizia que não iria negociar pois tinha problema com os irmãos, e chegou a falar textualmente que queria prejudicar os irmãos, em razão dos problemas que eles já tinham. A proposta que eu fiz inicialmente para ele era de que receberia uma sala correspondente à mesma metragem que os irmãos receberiam. Cada um dos irmãos recebeu meia sala, e ele receberia o correspondente ao que cada irmão receberia, ou seja, uma sala pequena, mas com a mesma metragem que cada um dos irmãos receberiam, pois ele não queria nada em comum com os irmãos. Como ele não aceitou, o projeto foi modificado e foi feita uma sala maior com aproximadamente 60 metros, a qual foi vendida para um terceiro e hoje é alugada. As demais salas eu entreguei para os demais irmãos, e pelos mesmos hoje são exploradas. Não tenho bem certeza mas acho que o prédio ficou pronto no ano de 2000. Não lembro a data do habite-se. Assim que o prédio ficou pronto eu entreguei as salas que eram dos demais irmãos, os quais passaram a explorá-la. [...] O restante do prédio é ocupado e explorado pela Hantei. O aluguel da sala que foi vendida hoje é de R\$ 4.500,00, e a



sala que os irmãos ocupam, o aluguel era de R\$ 3.000,00, e na época da locação, a Hantei administrava as mesmas. Cada sala entregue aos irmãos possui 47 m<sup>2</sup> de área total. O contrato de permuta eu não assinei, porque ficou acordado com os irmãos que seria feita a venda judicial do terreno, e quando isso ocorresse nos acertaríamos. Eu não tenho bem precisa qual foi a área das salas que foram entregues, e se elas correspondem com o que inicialmente tinha sido previsto no contrato. A sede da Hantei funciona na parte de cima das salas comerciais” (fls. 455-456).

Como bem se nota, os condôminos estavam cientes da recusa dos autores quanto à edificação que eles propuseram erguer no imóvel. Injustificada ou não a negativa, iminente ou não a alteração do Plano Diretor do Município, é direito do proprietário usar e gozar da coisa e dar-lhe o destino que almeja. Se a coisa se encontra em condomínio, é dever de todos observar a vontade de todos os outros, e, tratando-se de condomínio voluntário em imóvel indivisível, qualquer atuação sobre o imóvel apenas pode dar-se em consenso.

Os réus disso tinham plena ciência, tanto que moveram a ação de alienação judicial, mas não quiseram aguardar o desfecho da demanda e, antes que a coisa fosse alienada ou adjudicada, alteraram o imóvel. Violaram, pois, como dito, o dever legal que eles mesmos haveriam de observar, mantendo a destinação da coisa comum intacta até que sobreviesse consenso entre os condôminos. E violaram-no de maneira consciente e deliberada, a prejudicar os direitos que sabiam que o coerdeiro também possuía.

Essa é ilicitude que, naturalmente, apenas pode ser creditada aos coerdeiros, porque o dever legal cabia unicamente a eles observar. Isso deriva, inclusive, do capítulo onde se insere a obrigação legal (Seção I - “Dos Direitos e Deveres dos Condomínios” do Capítulo IV - “Do Condomínio”, do CC/16), como também da disciplina do art. 627 do CC/16 (“*Cada consorte responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa comum, e pelo dano, que lhe causou*”). Não bastasse, a pretensão

é de ressarcimento, em favor do herdeiro prejudicado, do valor que seus coerdeiros unilateralmente auferiram, e essa pretensão somente pode ser oposta a seus consortes.

Dessarte, estão plenamente configurados o ato ilícito e o dolo dos condôminos. O prejuízo, embora ainda deva ser cotejado, é evidente, em razão da exclusão dos autores sobre a coisa que detinham em comum, e o nexo de causalidade decorre inexoravelmente da conduta perpetrada pelos coerdeiros. Aqui estão, portanto, todos os requisitos inerentes à responsabilidade civil dos cinco primeiros réus, que deverão ser condenados a repararem aos autores os danos que ocasionaram.

A quantificação do prejuízo é, a meu ver, a questão mais delicada da controvérsia. Com efeito, considerando que não houve, até hoje, a alienação do imóvel, e que os herdeiros seguem como condôminos do solo, não há como reputar que a permuta do terreno foi levada a efeito. Nessa toada, a conclusão reside em constatar que o contrato (verbal) existente entre os réus foi celebrado tão só com vistas à edificação, isto é, ao potencial construtivo do terreno. Tal elemento afasta, por si só, qualquer confusão entre o direito aqui postulado e a sentença proferida na alienação judicial, que reconheceu o direito dos autores sobre a fração ideal do solo.

A pretensão inicial dos autores residia na condenação dos réus a entregarem-lhes uma sala comercial nas mesmas condições daquelas que a minuta contratual de fls. 31-34 previa. Isso, a meu ver, também não é possível. Uma vez que os autores não participaram do contrato, não há como fazer valer as obrigações nele previstas, sob pena de conferir executividade a instrumento que jamais chegou a ser formalmente finalizado.

A solução está, em realidade, em observar que os herdeiros réus aceitaram, como preço justo em troca do potencial construtivo do imóvel, o valor correspondente a duas salas comerciais térreas no prédio

construído. A justiça ou a legalidade desse preço não foi combatida pelos autores, pois que o pedido foi formulado, justamente, no sentido de também eles receberem uma sala no imóvel. Assim, é de se reputar que os autores concordam com o preço satisfeito pela incorporadora em contraprestação à construção, até mesmo porque não cabe a este Judiciário se imiscuir na estipulação do preço feita no ambiente do mercado.

Nesse particular cenário, se o preço pactuado entre os coerdeiros e a construtora não está em discussão, a indenização devida pelos condôminos em favor dos autores deve observá-lo, ressarcindo-se o coerdeiro e sua esposa, preteridos na negociação, da correspondente fração que eles têm do imóvel. A título exemplificativo, se as duas salas que constituíram o preço da construção valessem, somadas, R\$ 500.000,00, então cada coerdeiro réu teria embolsado R\$ 125.000,00, quando haveria de ter recebido R\$ 100.000,00. É precisamente essa a relação que deve ser feita quando da quantificação do prejuízo em sede de liquidação de sentença.

Dito de outro modo: os herdeiros réus devem ser condenados a ressarcir aos autores o equivalente a 20% (vinte por cento) do preço total da negociação pela construção, preço este que deve ser calculado, no momento da quitação, pelo valor atual de mercado das salas comerciais que eles receberam em troca da edificação. Dessa forma, dispensa-se a atualização monetária do valor da indenização, mas devem incidir sobre essa quantia juros moratórios à razão de 0,5% ao mês desde o recebimento das salas comerciais (04.11.1999, fl. 543) até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, quando então serão devidos juros na taxa de 1% ao mês, considerada a natureza extracontratual do ilícito e a inteligência da Súmula 54 do STJ.

Essa compensação, por evidente, não alcança todos os prejuízos sofridos pelos autores, na medida em que estes ficaram privados de

recolher os frutos das salas comerciais que os réus auferiram em contrapartida ao negócio. E é da dicção do art. 627 do CC/16 que eles devem responder também por tais frutos, na fração que cabia ao condômino que preteriram.

Nesse sentido, igualmente devem ser condenados a ressarcir aos autores o valor equivalente a 20% (vinte por cento) dos aluguéis que receberam desde a entrega das salas comerciais, ou dos preços de mercado dos aluguéis que poderiam ter recebido com essas salas. Essa é obrigação que, diante da periodicidade em que são devidos os aluguéis, deve ser calculada mês a mês, e mês a mês atualizada, incidentes juros de mora na mesma forma disciplinada acima. Em arremate, a obrigação deverá perdurar até que seja enfim satisfeita a indenização pelo valor do preço do negócio que os autores deixaram de receber.

Assim fica equacionado, portanto, o pleito reparatório dos prejuízos materiais. Resta, então, deslindar o pedido de indenização pelos danos morais que os autores dizem ter experimentado.

### **3.2. Danos morais**

Aqui, também, parece autoevidente a ocorrência dos atos ilícitos, por tudo aquilo que foi registrado quando da consolidação dos fatos sucedidos entre as partes. De efeito, como já expus, os coerdeiros réus alteraram a coisa comum, em violação aos arts. 628 e 633 do CC/1916, o que dispensa a análise da matéria nesse tocante, sendo imperioso unicamente cotejar a existência dos efetivos danos morais, em relação a eles.

É necessário, porém, situar de que forma concorreram a empresa ré e seu representante legal, também réu, para a consecução do ato ilícito. Aqui, convém destacar que possui aplicabilidade o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que os fatos narrados deram-se no ambiente de mercado, mediante o fornecimento de produto que perfaz, justamente, o nicho comercial da requerida Hantei Construções e Incorporações Ltda.

Como se viu até aqui, os coerdeiros réus procuraram a empresa ré para que ela edificasse no imóvel, e foi o réu Nelson João de Moraes Filho que, consoante as informações prestadas nos depoimentos pessoais acima citados, ficou encarregado de levar à frente as tratativas com o herdeiro que recusou a proposta da edificação. Foi também ele, na qualidade de representante legal da incorporadora, que, sabedor das exigências legais para a aprovação de projetos de construção pela municipalidade, maliciosamente após firma onde haveria de constar a assinatura do coproprietário, confundindo a Administração Municipal e obtendo o alvará que autorizou fosse erguida a edificação.

Foi essa, de mais a mais, a *ratio decidendi* da Apelação Criminal n. 2004.011079-0, em que Nelson João de Moraes Filho foi condenado pela prática do ato previsto no art. 299 do Código Penal:

“Ocorre que, ante a discordância do quinto proprietário, Eduviges Souza Neto, ora apelante, com a negociação e, por conseqüência, também ausente a necessária outorga uxória, a autorização do órgão público municipal competente ficaria inviabilizada, posto que, ao teor dos depoimentos do Secretário e do Diretor de Urbanismo e Serviços Públicos, da Prefeitura Municipal de Florianópolis, a expedição do alvará para construção só pode ser obtida mediante a assinatura de todos os proprietários do terreno edificável.

“Paralelamente, os irmãos Guizzo de Souza deram entrada em Ação de Alienação Judicial de Coisa Comum, contra Eduviges, tendo logrado êxito em sentença exarada pela então juíza de primeiro grau, Dra. Maria do Rocio Luz Santa Rita (fls. 41/47), estando a questão pendente de recurso junto ao Superior Tribunal de Justiça.

“Assim mesmo, foi dada entrada, pela Construtora Hantei, de pedido de aprovação de projeto e alvará de construção, junto à Prefeitura Municipal de Florianópolis, sem a respectiva assinatura do coproprietário dissidente. Porém, entendeu o órgão municipal que a firma aposta próxima, ou, praticamente, sobreposta, ao nome de Eduviges Souza Neto, no campo destinado às assinaturas, a ele pertencia, uma vez que, ao lado dos nomes dos outros quatro proprietários, constavam as

respectivas assinaturas. No entanto, verificou-se, posteriormente, tratar-se de rubrica do proprietário da Empresa, conforme por ele mesmo declarado, ao argumento de que “assinou o projeto como sempre faz, em nome da firma” (fls. 204).

“A construção foi levada a termo em fins de 1999, sendo destinadas, aos quatro proprietários acordantes, duas salas comerciais, que se encontram alugadas.

“O apelante Eduviges Souza Neto, tanto no inquérito quanto em juízo, afirmou que, mesmo não tendo concordado com a transação proposta pela empresa construtora, a obra foi iniciada, estando já concluída, sendo que a autorização do poder público se deu com base nas assinaturas dos proprietários, e que não reconhece como sua aquela próxima ao seu nome, no campo onde todos estão datilografados (fls. 30 e 231/232).

**“É de se ver que, ao arrepio da vontade expressa de um dos condôminos, foi efetuada a alienação de imóvel indivisível, insuscetível, portanto, de ser transacionado fracionadamente.**

**“A ação do empresário, por certo, trará prejuízos ao apelante, na medida em que, quando pracedo o imóvel, a disputa se mostrará absolutamente limitada, pois é de se indagar que investidor desejará adquirir-lo tendo, como injunção, um prédio edificado sobre ele.**

“Afora isso, não se pode aquilatar se a negociação para qual foi arrastado, seria, de fato, a mais lucrativa, ou seja, não lhe foi dada a oportunidade de escolha entre alternativas de desmobilização do patrimônio, o que implica em incerteza quanto ao sucesso ou insucesso do negócio.

“De toda sorte, sabe-se que, para a configuração do delito de estelionato, torna-se indispensável a concorrência de dois requisitos: fraude e lesão patrimonial. O elemento normativo do tipo é o prejuízo patrimonial alheio, isto é, “a vantagem auferida pelo agente deve implicar numa perda, de caráter econômico, ainda que indireto, para outra pessoa” (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código Penal Comentado, 4ª ed., RT: SP, 2004, p. 576). Então, mesmo que previsível, e, até, provável, o futuro prejuízo do apelante, esse diminutio patrimonii, contudo, deve

ser individualizado e quantificado, para que se aperfeiçoe o tipo legal. In casu, o prejuízo é ilíquido, e só será averiguado quando da efetiva tradição do bem litigado, e terá guarida na esfera cível, motivo pelo qual o magistrado, acertadamente, afastou a tipicidade da conduta.

**“Entretanto, há que se reabilitar a denúncia de falsidade ideológica, porquanto, evidente a conduta delituosa do agente, e, aponta a jurisprudência, em caso semelhante, que “diante da inocorrência de prejuízo, descaracteriza-se o estelionato, passando a conduta delituosa a se enquadrar no crime do art. 301 do CP” (TRF da 5ª R., Ap. 810, DJU 02.09.1994, p. 48.315).**

**“O apelado confirmou ter ciência da oposição do coproprietário, afirmando, inclusive, que, nas plantas apresentadas à prefeitura, para aprovação, não constava a assinatura dele, negando que tenha sido falsificada, pois, segundo ele, aquela sob a qual recai tal alegação, trata-se de “assinatura sua” (fls. 39/204).**

“Os demais irmãos, condôminos do imóvel objeto da lide, Maria da Conceição Guizzo de Souza, João Batista Guizzo de Souza, Iara de Souza Palhares e Raquel Guizzo de Souza, foram uníssonos em afirmar que, de fato, Eduviges não concordou com a permuta do terreno por área construída, e que, nas plantas apresentadas à prefeitura, não constava a assinatura dele e que aquela contestada pelo irmão é, na verdade, de Nelson João Moraes Filho, construtor, que ficou encarregado do registro dos documentos no órgão responsável, assim como de fazer acordo com o irmão díscolo. Perante o magistrado, todos repisaram as informações anteriores, porém, quando perguntados sobre a autoria da assinatura de número “1” (conforme anotado às fls. 50, relativo à rubrica aposta sobre o nome do apelante), declararam “que não sabem de quem é a assinatura” (fls. 31/37, 234/236 e 239).

“Carmem Ilandia Limas Barbato, secretária da empresa do apelado, esclareceu que, mesmo sem o consentimento de Eduviges, para a venda do terreno, ela foi realizada, “porque a maioria dos irmãos concordava” e que a assinatura contestada é rubrica do empresário construtor (fls. 253).

**“Estranhamente, não obstante as assertivas do próprio apelado, corroboradas, em todos os depoimentos colhidos nas**

fases do processo, o Exame Pericial Grafotécnico resultou negativo, “não encontrando os peritos elementos gráficos convergentes em quantidade suficiente para imputar a autoria ao fornecedor dos padrões de confronto (fls. 166/183). Ora, se o próprio pretense signatário declara ter firmado as plantas, e, se, na análise técnica, não se constata indicadores de semelhança gráfica entre a assinatura questionada e os padrões fornecidos pelo acusado, impende concluir que a não coincidência foi causada premeditadamente, pois não é possível imaginar que sua própria rubrica, reiteradamente utilizada no trato profissional, não pudesse ser repetida para a análise dos expertos.

“Ante as provas coligidas, difícil se torna interpretá-las de maneira favorável ao apelado. Sendo um empresário atuante no ramo da construção civil, não restam dúvidas que possui total domínio dos trâmites burocráticos inerentes à atividade, até porque são expedientes vitais ao desenvolvimento das atividades da área. Fica evidente que sabia da desnecessidade de sua firma nas plantas arquitetônicas, assim como sabia, também, que, ausente a assinatura de um dos condôminos do terreno, não obteria o necessário aval público.

“Com efeito, a juíza de primeiro grau, ao prolatar a sentença que julgou procedente a Ação de Alienação Judicial de Bem Comum, deflagrada pelos irmãos Guizzo de Souza, ordenando a venda judicial do imóvel, porquanto apartada das circunstâncias da presente questão, colheu a impressão de que não se fazia presente a assinatura do então requerido. Ademais, como a falsificação alegada era irrelevante ao deslinde, então, sub judice, não é de se estranhar o posicionamento sinóptico, o que, a seu turno, não o convalida como elemento probante, sendo outra a ótica da análise.

“Entretanto, o que desponta dos autos, de forma inexorável, é que prevaleceu a má-fé do acusado no trâmite dos documentos que visavam a legalização do edifício. Ora, nas palavras do Superintendente da Secretaria de Urbanismo e Serviços Públicos - SUSP, Odilon Furtado Filho, a presença da assinatura da totalidade dos proprietários é conditio sine qua non para a aprovação da obra,



**e, “caso faltasse a assinatura de algum proprietário, a aprovação do projeto e a liberação da obra não seriam deferidos” (fls. 233). Ilso Frigo, diretor daquele órgão público, acrescentou que “são verificados pelo menos os nomes constantes dos projetos e a existência das respectivas assinaturas, como constante da escritura do imóvel”, e, que “não era necessária a assinatura, no documento, do proprietário da construtora”. Porém, o que se destaca de suas declarações é que, confrontado com o documento que deu aso ao alvará para construir (fls. 50), afirmou que “são consideradas as assinaturas numeradas de 1 a 5, como sendo cinco proprietários ali constantes”, ou seja, o campo destinado à assinatura do apelante, que deveria estar em branco, foi suprido por uma rubrica, aposta no local, levando o agente público a uma falsa idéia da realidade.**

“De outra parte, impende destacar que o acusado é empresário atuante no ramo da construção civil, conhecido das autoridades públicas ouvidas no processo, e, ao teor das diversas declarações, bastante experiente nos trâmites burocráticos. Por essa razão, causa estranhamento a alegação de que, sabendo das exigências do órgão municipal, e, tendo, conforme afirmou, conferido, pessoalmente, a documentação, não tenha notado a ausência da assinatura do apelante e, ainda mais, afirmado que “assinou o projeto, como sempre faz, em nome da firma” (fls. 204), se era ressabido da desnecessidade de tal expediente.

“Reforçam a estranheza das declarações do acusado as palavras do funcionário da construtora, Ademir Bento dos Santos, que assegurou que “a rubrica constante das fls. 16, dos autos, logo abaixo do nome de Eduviges, no referido documento, pertence a Nelson”, e que foi ele próprio que datilografou os nomes no espaço a eles destinado, dizendo ser praxe da empresa a assinatura de todos os projetos pelo proprietário da obra, mas que não há exigência nesse sentido, razão pela qual não identificou seu nome na planta. Acrescentou ter sido ele próprio que encaminhou os documentos à prefeitura e que sabia da ausência da assinatura do co-proprietário, e que “é normal tal procedimento, desde que a prefeitura aceite”. (fls. 254/255).

**“Ora, o delito encartado no art. 299 do Códex Repressivo é do tipo formal, ou seja, cuja consumação não exige a ocorrência**

**de resultado naturalístico, consistente na efetiva sobrevivência de um dano, para alguém, e é exatamente isso que se constata na análise percuciente da presente questão, e a decorrente condenação é medida justa, que se impõe.”** (grifei).

Como se vê, o empresário réu, e por extensão a empresa que ele representa, maliciosamente falsificaram a manifestação de vontade do herdeiro autor a fim de que, a despeito de seu desígnio expresso e por todos conhecido, pudessem edificar no imóvel em condomínio. Praticaram, assim, ilícito criminal, com evidentes consequências na esfera cível. E o fizeram para, insidiosamente, explorar o ramo comercial em que atuam, em prática comercial abusiva, elemento este que atrai a aplicação das normas protetivas ao consumidor, categoria que se aplica aos autores por equiparação (arts. 29 e 39 do CDC).

Nesse cenário, que não se diga que a obra foi judicialmente autorizada, quando da oferta de caução em ação cautelar, e que, por isso, são indenidos quaisquer atos praticados no imóvel a despeito do herdeiro renitente. Afinal, nenhum pronunciamento judicial convalidou as ilicitudes dos réus – e nem poderia fazê-lo –, e é amplamente consabido que a mera concessão da medida cautelar não impede a liquidação dos prejuízos que a sua execução cause à parte ofendida (art. 811 do CPC/73).

Dessarte, plenamente configurado o ato ilícito. A culpa dos demais herdeiros já foi examinada no capítulo anterior, em que se concluiu pelo dolo na consecução do ato, e o dolo da empresa ré (embora, evidentemente, a hipótese trate, nesse particular, de responsabilidade civil objetiva) e de seu representante legal, desnecessário dizer, já foi constatado inclusive na Apelação Criminal que resultou na condenação deste à pena de um ano de reclusão e 10 dias-multa.

Resta, assim, cotejar os elementos que comprovam a ocorrência do abalo anímico causados pela atuação ilegal dos requeridos. A meu ver, o caso cuida de condutas promovidas tão à margem da legalidade

e da vontade dos requerentes que, a rigor, dispensaria a produção de provas nesse sentido. Afinal, até mesmo o senso comum está a referendar a conclusão de que, no específico cenário dos autos, as violações de direitos ultrapassaram a esfera dos meros dissabores e perturbações – que, infelizmente, são comuns quando se trata de disputa entre herdeiros – para atingir os direitos de personalidade dos autores, silenciados na expressão de sua justa vontade para fazer valer a vontade da maioria e os ditames de um mercado que busca o lucro às custas da própria lei.

Apesar disso, a prova produzida no curso da instrução é bastante ampla, e fornece a correta dimensão do abalo extrapatrimonial sofrido pelos ora autores. Veja-se, nessa linha, que, desde a petição exordial, os demandantes esclareceram que o estado das coisas entre os herdeiros era de beligerância (fl. 4), e que passavam por dificuldade financeira à época dos fatos (fl. 8). Disseram que sofreram a dor da traição (fl. 8), e que, enquanto observavam os coerdeiros prosperarem – inclusive com as rendas obtidas das salas comerciais recebidas pela negociação com a construtora –, sua situação econômica só fez ruir (fl. 9).

Isso é corroborado pelo documento de fl. 54, em que o autor, em vida, requeria, à administração do colégio onde seu filho, pessoa com deficiência (fls. 49-51), estudava, um acordo para o pagamento das mensalidades, dada a insuficiência financeira. Também os documentos de fls. 367-397 demonstram os parcos rendimentos do demandante, e recorde-se, nesse tanto, que a despeito de qualquer controvérsia entre os coerdeiros, tinha direito à percepção de parte dos frutos que advinham da coisa comum.

Outras informações obtidas em audiência de instrução apontam o mesmo caminho:

Yolanda Henrique Nunes (informante): “Eu não lembro a época, mas o Eduviges reclamava que tinha sido prejudicado pelos irmãos, e ele reclamava de aluguéis que os irmãos recebiam e que ele não recebia.

Ele se sentia ofendido moralmente, porque queria dar uma vida melhor para os filhos. Não tenho lembrança de ele ter alguma vez me dito que foi procurado para negociar sobre o terreno. Ele passou a reclamar só na época em que o terreno foi vendido. Eu não tenho conhecimento de demais imóveis em condomínio com os irmãos que ele tivesse. O Edu trabalhava normalmente, até que foi demitido e passou a ter dificuldades financeiras. Eu não lembro a época que ele foi demitido, mas acho que aconteceu tudo meio junto, ou seja, ele foi demitido, começou a passar por dificuldades financeiras, e passou a reclamar da falta de aluguéis. Nesta época, tanto eu quanto a minha mãe auxiliamos a família do Edu. A época em que tudo isso aconteceu o filho mais novo do Edu, o Antonio, tinha uns 12 anos de idade. Se eu não me engano hoje ele tem em torno de 25 ou 26 anos de idade. [...] Eu não sei nada sobre a negociação do terreno ou por que o Edu não assinou qualquer contrato. Sei que ele reclamava sobre a falta que fazia receber o aluguel de uma sala, e passava por dificuldades, sendo que a minha irmã fabricava iogurte e pão e ele saía para vender. [...]” (fl. 459).

Antonio Fernando Bittencourt Arêas (testemunha): “[...] Eu conheço o Edu há muitos anos, inclusive atuei como advogado dele no início do processo criminal, onde o Nelson foi condenado. Eu e o Edu somos maçons, e desta forma é que eu tive conhecimento da história dele, e nós o ajudamos muito. O Edu nunca concordou com a construção, porque não receberia uma sala de frente para a rua Tenente Silveira. Na verdade, somente quando começou o estaqueamento da construção, e quando o Edu soube que tinham falsificado a assinatura dele no alvará de construção, ele procurou o Nelson e este lhe disse que o Edu não receberia uma sala de frente para a rua Tenente Silveira, e eu não sei por que seria dessa forma, já que naquela época não estava definido quais os herdeiros ocupariam as respectivas salas de frente para a Tenente Silveira. Nesta época o Edu já ficou ‘alucinado’, pois já havia perdido o emprego e contava com aquele imóvel para poder refazer a vida dele. O Edu nunca se reuniu com os herdeiros e o Nelson para tratar sobre a construção. Eu não tenho lembrança se o Nelson ou os herdeiros o procuraram para falar sobre a destinação do imóvel. Ele não se relacionava com a família, que se davam bem apenas até o pai falecer. A ‘Casa Leão’ era dos pais do Edu e depois ficou para ele e os irmãos, sendo que o Edu

foi muitos anos gerente da Casa Leão e os irmãos depois o tiraram de lá. Em razão disso, ele queria o imóvel, ou a sala, para ali estabelecer uma loja de tecidos. Houve uma época que o Nelson ofereceu uma sala dentro do prédio para o Edu, e nesta época ele já estava ‘numa miséria’. O Edu não aceitava receber uma sala no interior do prédio, pois dizia que sempre tinha trabalhado para os outros irmãos, e tinha direito de receber o mesmo que os outros estavam recebendo, ou seja, uma sala voltada para a rua. Ele dizia que, como sempre tinha trabalhado voltado para a rua, ‘não ia se esconder’, querendo dizer com isto que assim se sentia se fosse trabalhar numa loja que não estivesse de frente para a rua. Eu penso que se o Edu tivesse aceitado a sala do Nelson, lá atrás, ele poderia ter tido uma vida melhor, porque poderia ter usufruído da sala. Eu falei umas duas vezes com o advogado do Nelson, Dr. Jose Manoel Soar, conhecido como Jaraguá, pedindo que ele fizesse uma proposta para o seu cliente, de que fosse entregue uma sala em outro prédio, mas ele dizia que não havia proposta. No meu modo de ver, o Edu foi bastante ‘judiado’ pela situação” (fls. 473-474).

O sofrimento dos autores é, nesse contexto, inegável. Com efeito, eles foram espoliados da justa participação de imóvel com evidente potencial econômico, um terreno recebido por herança para que fosse repartido entre os irmãos. Tiveram sua declaração de vontade violada quando se limitavam ao mero exercício de um direito legalmente reconhecido, a dar vazão à ânsia de retorno financeiro de seus coerdeiros e à ânsia de lucro de uma incorporadora que empregou seus conhecimentos técnicos de forma maliciosa para prejudicá-los. Mais do que isso, foram indevidamente privados dos frutos que a coisa comum fornecia a todos os demais, justo quando suas condições de vida não lhes eram favoráveis.

Presentes, assim, todos os elementos ínsitos à responsabilidade civil também quanto à pretensão reparatória dos danos morais, cabe mensurar o *quantum* indenizatório. Como se sabe, em tema de danos extrapatrimoniais, a quantificação do valor de reparação fica a critério do prudente arbítrio do juiz, que deverá sopesar a extensão do dano e a reprovabilidade da conduta, além da capacidade econômica das

partes, tudo isso sob o prisma dos princípios de proporcionalidade e razoabilidade.

Quanto à capacidade econômica dos ofensores, há pouco o que comentar. Trata-se de herdeiros agraciados com salas comerciais valorizadas no centro da Capital, e, mais que isso, de incorporadora de grande renome local, com inquestionável solvabilidade. A capacidade econômica dos ofendidos, é de rigor destacar, é parca, mas ela só se estabilizou dessa forma porque, afinal, eles foram alvo dos ilícitos perpetrados pelos réus em conjunto. Dessarte, que não se cogite de enriquecimento sem causa, porquanto quem se locupletou de forma indevida, aqui, inquestionavelmente foram os réus, às custas dos autores.

A extensão do dano, viu-se, foi substancial. A disputa pelos bens da herança e sua administração provocou cisma no seio familiar, que deixou os autores à mercê de uma situação financeira prejudicada, enquanto os consortes réus e a incorporadora, no mesmo passo, enriqueceram, resistindo a auxiliar os ofendidos pela atuação insidiosa dos ofensores.

O ponto de maior relevo, entretanto, é a reprovabilidade da conduta dos réus. Com efeito, está claro que o que sucedeu na hipótese foi prática não apenas ilícita, insidiosa ou maliciosa dos réus, antes sim verdadeiro predatismo no ambiente do mercado. A incorporadora ré valeu-se de seus conhecimentos técnicos para falsear a declaração de vontade do herdeiro renitente e, assim, induzir em erro a Administração Pública, logrando obter autorização para uma edificação absolutamente ilegal, cuja ilegalidade é tão patente que, até hoje, não está nem sequer averbada no registro imobiliário. Fê-lo, aliás, pela ânsia em ter lucros, em explorar comercialmente aquilo que sabia que não lhe era de direito. Merece, por isso mesmo, reprimenda exemplar, porque não lhe é dado valer-se de seu potencial econômico para oprimir aqueles que, em perspectiva, revelam-se vulneráveis. E os coerdeiros réus com isso anuíram, e disso se beneficiaram, de sorte que devem responder pelos mesmos danos, na

mesma extensão.

Isso em mente, e não perdendo de vista que a administração das salas comerciais (à exceção daquelas duas que couberam aos herdeiros réus) ainda cabe à incorporadora, e que a presente decisão não mudará esse estado de fatos – isto é, que a construtora, assim como os condôminos, seguirão com seus rendimentos sobre o imóvel construído em absoluta ilicitude –, penso que a quantia de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) responde de forma apropriada para as seguidas violações de direitos que aqui se examinaram, além de ser capaz de fazer frente à prática abusiva e predatória que os demandados, em conluio e inclusive com incursão em crime, orquestraram para prejudicar os demandantes.

Esse valor deverá ser atualizado desde a data da presente decisão, nos termos da Súmula 362 do STJ, e sobre ele deverão incidir juros de mora a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ), que situo em 25.12.1998, quando os réus receberam a autorização viciada da Prefeitura Municipal para passar a edificar no bem (fl. 533). Como dito anteriormente, os juros moratórios deverão ser calculados à razão de 0,5% ao mês desde o ilícito até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, quando então passarão para 1% ao mês.

#### **4. Decisão**

Ante todo o exposto, o voto é no sentido de conhecer dos recursos e dar parcial provimento ao apelo dos autores para reformar a sentença e, por conseguinte, julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, a fim de:

(A) Condenar os réus Maria da Conceição Ghizzo de Souza, João Batista Ghizzo de Souza, Iara Ghizzo de Souza e Raquel Ghizzo de Souza a ressarcirem os autores o valor equivalente a 20% (vinte por cento) do preço total da negociação celebrada pela edificação, considerado para tanto o valor atual de mercado das salas comerciais térreas n. 01 e 02 do Edifício Ari Souza, que deverá ser calculado em liquidação de sentença.

Sobre o valor, deverão incidir juros moratórios desde o recebimento das salas pelos réus (04.11.1999), à razão de 0,5% ao mês, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, quando então passarão a ser contados juros de mora de 1% ao mês. Realizada a avaliação em fase de liquidação de sentença, a atualização monetária será devida desde a data da avaliação;

(B) Condenar os réus Maria da Conceição Ghizzo de Souza, João Batista Ghizzo de Souza, Iara Ghizzo de Souza e Raquel Ghizzo de Souza a ressarcirem os autores o valor equivalente a 20% (vinte por cento) dos aluguéis mensais que auferiram ou poderiam ter auferido pelas duas salas comerciais que receberam na negociação. Sobre esses valores, que também serão apurados em liquidação de sentença, haverá de incidir correção monetária pelo INPC na data de cada vencimento – considerado o primeiro vencimento em 04.12.1999, isto é, um mês após o recebimento das salas –, além de juros moratórios à razão de 0,5% ao mês desde cada vencimento até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, quando passarão a ser devidos juros de mora em 1% ao mês. A obrigação perdurará até que seja satisfeita a indenização prevista no item “A”, acima; (C) Condenar todos os réus, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais em favor dos autores, fixada em R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), que deverá ser atualizada monetariamente desde a data da presente decisão, e sobre a qual incidirão juros de mora de 0,5% ao mês desde a data do alvará para construção (25.12.1998) até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, e, após, 1% ao mês, até o pagamento;

(D) Manter a decisão de extinção do processo, sem resolução de mérito, em relação ao pedido declaratório de nulidade de negócio jurídico;

(E) Em razão da sucumbência mínima dos autores, que apenas decaíram de pedido declaratório sem relevante expressão econômica, condenar unicamente os réus, nos termos do art. 86 do CPC, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados



em 15% (quinze por cento) da condenação, observada a longa tramitação da demanda e a complexidade da matéria em liça; e

(F) Conceder aos autores a gratuidade da justiça, até o recebimento dos valores discriminados nos itens “A”, “B” e “C”, quando cessará a benesse.

Por consequência, voto por julgar prejudicado o apelo dos réus.

É o voto.

**Agravo de Instrumento n. 4026934-88.2017.8.24.0000, de São Miguel do Oeste**

Relator: Des. Fernando Carioni

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERE O PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA E DETERMINA O RECOLHIMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS, SOB PENA DE INDEFERIMENTO DA EXORDIAL. SUSTENTADA INEXIGIBILIDADE DAS CUSTAS INICIAIS EM SEDE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE NAS HIPÓTESES EM QUE O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA FOR INSTAURADO COM VISTAS À SATISFAÇÃO DE DIREITO RECONHECIDO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCEDIMENTO QUE NÃO CONSTITUI SIMPLES FASE PROCESSUAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. INDEFERIMENTO DE PLANO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA. VIOLAÇÃO AO ART. 99, §2º, DO CÓDIGO DE RITOS. NECESSÁRIA CONCESSÃO DE PRAZO PARA COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

“Não se descarta que, a teor do art. 99, § 2º, do Código de Processo Civil, o controle sobre a aventada hipossuficiência da parte possa partir, de ofício, do julgador. Malgrado isto, o indeferimento da benesse deve vir precedido de diligência, cometida aos interessados, que traga prova de seu infausto financeiro, a teor da parte final do mesmo regramento processual” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4014094-46.2017.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 30-1-2018)

A instauração de procedimento de cumprimento de sentença que visa à satisfação de direito reconhecido em ação civil pública, por não ser considerado incidente processual mas nova ação de elevada carga cognitiva, comporta recolhimento de custas iniciais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4026934-88.2017.8.24.0000, da comarca de São Miguel do Oeste (2ª Vara Cível), em que é Agravante Cleusa Regina Roman da Silva e Agravados Ympactus Comercial Ltda. Me. (telexfree) e outros:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Saul Steil.

Florianópolis, 10 de julho de 2018.

Fernando Carioni  
PRESIDENTE E RELATOR

## RELATÓRIO

Cleusa Regina Roman da Silva interpôs agravo de instrumento com pedido de concessão de efeito suspensivo contra decisão que indeferiu o pedido de Justiça Gratuita formulado nos autos do Cumprimento de Sentença n. 0303249-40.2017.8.24.0067, determinando à agravante o recolhimento das custas processuais, sob pena de indeferimento da inicial.

Sustenta que, antes de indeferir o pedido, deveria a Magistrada ter concedido prazo para a juntada dos documentos necessários à comprovação do preenchimento dos pressupostos legais à concessão da gratuidade, na forma do art. 99, §2º, do CPC.

Afirma que a declaração de hipossuficiência acostada aos autos originários é dotada de presunção de veracidade, a teor do art. 99, §3º, do CPC, inexistindo qualquer elemento que possa ser sopesado em seu desfavor.

Salienta que o fato de ter investido em negócio de risco não se

revela suficiente a ilidir a sua condição de hipossuficiente, a qual poderá ser devidamente comprovada nos autos mediante a concessão de prazo adicional.

Ressalta que o procedimento de cumprimento de sentença é mera extensão da ação principal, sendo isento de custas iniciais.

Requer a concessão de efeito suspensivo à decisão objurgada, determinando-se que o Juízo *a quo* se abstenha de cancelar a distribuição do incidente, e, ao final, pugna pela reforma da interlocutória para seja oportunizada a comprovação da hipossuficiência aventada.

Este é o relatório.

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Cleusa Regina Roman da Silva contra decisão interlocutória que indeferiu o pedido de Justiça Gratuita e determinou o recolhimento das custas processuais, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de indeferimento da inicial.

Sustenta a agravante ser necessária, antes do indeferimento de plano da gratuidade judiciária, a intimação para comprovação do preenchimento dos pressupostos legais autorizadores da sua concessão.

O inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal determina que “o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Nessa esteira, o art. 98 da do novo Código de Processo Civil prescreve que “a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”.

Entretanto, em que pese a presunção de hipossuficiência daquele que postula a benesse, tem o magistrado a faculdade de avaliar se é o litigante digno do auxílio estatal para estar em juízo, consoante se infere do art. 99, § 2º, do Código de Processo Civil. Vejamos:

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

[...]

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

Constata-se, portanto, que a declaração unilateral de pobreza é meio de prova conferido pelo próprio legislador para o deferimento do benefício. Contudo, a simples afirmação por aquele que se diz carente de recursos para arcar com os ônus do processo não é suficiente para o deferimento da benesse; é necessária a comprovação real de tal situação.

É que a condição de pobreza pode ser rejeitada pelo magistrado, porquanto não está ele obrigado a presumi-la.

Sobre o assunto, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O juiz da causa, valendo-se de critérios objetivos, pode entender que a natureza da ação movida pelo interessado demonstra que ele possui porte econômico para suportar as despesas do processo. A declaração pura e simples do interessado, conquanto seja o único entrave burocrático que se exige para liberar o magistrado para decidir em favor do peticionário, não é prova inequívoca daquilo que ele afirma, nem obriga o juiz a se curvar aos seus dizeres se de outras provas e circunstâncias ficar evidenciado que o conceito de pobreza que a parte invoca não é aquele que justifica a concessão do privilégio. Cabe ao magistrado, livremente, fazer juízo de valor acerca do conceito do termo pobreza, deferindo ou

não o benefício. (*Código de processo civil comentado*. 2. ed. em e-book baseada na 16. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

Nesse sentido, abstrai-se do Superior Tribunal de Justiça:

A presunção de pobreza, para fins de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, ostenta caráter relativo, podendo o magistrado indeferir o pedido de assistência se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente (STJ, AgInt no REsp n. 1621028/RO, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 5-10-2017, DJe 18-10-2017).

A Corte Especial já pacificou jurisprudência no sentido de que o julgador pode indeferir o benefício da assistência judiciária gratuita, diante das evidências constantes no processo. Incidência da Súmula 83/STJ.

Demais disso, a jurisprudência firmou entendimento no sentido de que a simples declaração de pobreza, firmada pelo requerente do pedido de assistência judiciária gratuita, é relativa, devendo ser comprovada pela parte a real necessidade de concessão do benefício (AgRg no AREsp n. 769.514/SP, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 15-12-2015, DJe 2-2-2016).

É relativa a presunção de hipossuficiência oriunda da declaração feita pelo requerente do benefício da justiça gratuita, sendo possível a exigência, pelo magistrado, da devida comprovação (EDcl no AgRg no AREsp n. 715.417/SP, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 17-11-2015, DJe 26-11-2015).

No caso *sub judice*, verifica-se que a benesse foi indeferida pelo Juízo *a quo* ao argumento de que “não milita em favor de uma pessoa que investe R\$2.907,00 em um negócio de risco a presunção de hipossuficiência financeira apontada na inicial”. Naquela ocasião, determinou-se ainda a intimação da parte para recolher as custas processuais no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de indeferimento.

Entretanto, convém destacar que o parágrafo 2º do artigo 99 do Código Processual não deixa dúvidas de que “em qualquer hipótese, seja

por encontrar elementos que vão de encontro à presunção aplicável à pessoa natural, seja por entender insuficientes as provas apresentadas pela pessoa jurídica, antes de indeferir o pedido o juiz deverá oportunizar à parte que comprove ou complemente as provas já apresentadas para a concessão do benefício” (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

A respeito, colhe-se do acervo jurisprudencial desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO, LIMINAR, NA ORIGEM. DECISÃO AÇODADA. IMPOSIÇÃO DE INTIMAÇÃO PRÉVIA PARA COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. NORMATIVA DO ART. 99, § 2º, DO ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL. INSURGÊNCIA PROVIDA PARA O EFEITO DE PERMITIR AOS AGRAVANTES A COMPROVAÇÃO DAS ALEGAÇÕES QUE ASSOALHAM A TESE DE INCAPACIDADE FINANCEIRA. Não se descarta que, a teor do art. 99, § 2º, do Código de Processo Civil, o controle sobre a aventada hipossuficiência da parte possa partir, de ofício, do julgador. Malgrado isto, o indeferimento da benesse deve vir precedido de diligência, cometida aos interessados, que traga prova de seu infausto financeiro, a teor da parte final do mesmo regramento processual. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4014094-46.2017.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. em 30-1-2018).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. JUSTIÇA GRATUITA REQUERIDA PELA AUTORA. BENEPLÁCITO NÃO CONCEDIDO EM RAZÃO DA MOVIMENTAÇÃO DE GASTOS EM CARTÃO DE CRÉDITO E DA QUALIFICAÇÃO DA PARTE COMO ADVOGADA. DECISÃO PROFERIDA SEM QUE FOSSE OPORTUNIZADA A COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 99, § 2º, DO CPC/2015. CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS DOCUMENTOS TRAZIDOS PELA AGRAVANTE DEMONSTRANDO A

MUDANÇA DE SITUAÇÃO ECONÔMICA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DECISÃO ANULADA EX OFFICIO. CONFIRMAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA RECURSAL A FIM DE QUE SEJA OPORTUNIZADA À PARTE A COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. RECURSO PREJUDICADO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4015943- 87.2016.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. em 25-4- 2017).

Dessarte, mostra-se necessária a concessão de prazo à agravante para, na origem, comprovar a alegada hipossuficiência.

De outro lado, no que tange à inexigibilidade do pagamento de custas iniciais em razão de ser o cumprimento de sentença mera extensão do processo principal, razão não assiste à agravante. Isso porque, do que dos autos consta, pretende a agravante ver satisfeita a sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública n. 0800224-44.2013.8.01.0001 proposta pelo Ministério Público do Estado do Acre em face dos agravados.

Ocorre que o entendimento desta Corte é no sentido de que “a liquidação/cumprimento de sentença ajuizada em relação à sentença condenatória proferida em ação civil pública coletiva não constitui simples fase daquele primeiro processo. Em verdade, tratase de uma nova demanda ajuizada para atender o interesse individual de cada demandante” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0117195- 41.2015.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Dinart Francisco Machado, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 8-5-2018), revelando-se exigível o recolhimento das custas iniciais.

A respeito, ensina Sérgio Shimura:

Tratando-se de ação coletiva, relativamente à defesa de direitos individuais homogêneos, a sentença será sempre genérica para permitir que cada lesado proceda à liquidação dos danos experimentados (art. 95 do CDC). Nesse ponto pode-se adiantar que a fase executiva se dá mediante instauração de novo processo, com a liquidação individual de cada lesado, seguindo-se o respectivo cumprimento da sentença liquidanda.” (A Execução da Sentença na Reforma de 2005. In: Wambier,



Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos Polêmicos da Nova Execução de Títulos Judiciais: Lei 11.232/05. São Paulo: RT, 2006, v.3, p. 580)

Nesse mesmo sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. RECURSO DO EXEQUENTE. ALEGAÇÃO NO SENTIDO DE QUE NÃO HÁ QUE SE FALAR EM RECOLHIMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS NA ATUAL FASE PROCESSUAL, UMA VEZ QUE A TAXA JUDICIÁRIA É INEXIGÍVEL NA FASE DE LIQUIDAÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, ALÉM DO FATO DE NÃO HAVER PREVISÃO PARA A COBRANÇA DOS REFERIDOS DISPÊNDIOS NA LEI N. 7.347/1985. ARGUMENTOS QUE NÃO PROSPERAM, UMA VEZ QUE O PROCEDIMENTO A QUO NÃO SE TRATA DE INCIDENTE PROCESSUAL HABITUAL, MAS SIM DE VERDADEIRO MECANISMO SINGULAR, INSTAURADO COM O FIM PRECÍPUO DE INDIVIDUALIZAR O EFEITO ERGA OMNES DA SENTENÇA COLETIVA CONDENATÓRIA, NÃO SE VISLUMBRANDO, PELOS ARGUMENTOS EXPOSTOS PELO ORA RECORRENTE, A DISPENSA DO RECOLHIMENTO DAS ALUDIDAS EXPENSAS PROCESSUAIS. “Extrai-se do entendimento esposado no Superior Tribunal de Justiça que a ação individual destinada à satisfação do direito reconhecido em sentença condenatória genérica, proferida em ação civil coletiva, não é uma ação de execução comum. É, pois, ação de elevada carga cognitiva, eis que nela promove-se, além da individualização e liquidação do valor devido, também juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material (STJ, EDcl no AgRg nos EDcl nos EREsp n. 685.144/RS, Corte Especial, rel. Min. Luiz Fux, j. em 3-2- 2010).” Logo, trata-se de um novo processo que deverá ser regido pelas normas processuais civis. Não bastasse, a orientação da Assessoria de Custas da Corregedoria-Geral de Justiça, (Orientação n. 219) é no sentido de que há cobrança de custas iniciais pelo valor da causa (execução), pois o procedimento em questão não é incidente processual, mas sim novo processo que se instaura para promover a individualização de cada lesado e liquidação dos valores devidos” (Apelação Cível n.

2014.048911-3, de Lages, Quinta Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 20-11-2014). MANUTENÇÃO DO INTERLOCUTÓRIO AGRAVADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0117789-55.2015.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Rejane Andersen, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. em 24-10-2017).

E ainda:

Relativamente à execução individual de sentença proferida em ação coletiva, é inaplicável a nova sistemática implementada pela Lei nº 11.232/2005, que eliminou a separação entre o processo de conhecimento e a execução. Na ação coletiva, o comando decisório é genérico, exigindo a individualização do direito em cada caso concreto, mediante a contratação de advogado para o ingresso de execução individual autônoma” (TRF-4, Agravo de Instrumento n. 2009.04.00.006392-0/RS, rel. Juiz Alexandre Gonçalves Lippel, publicado em 9-6-2009).

De mais a mais, impende destacar que a informação dada pela Contadora Judicial da comarca de São Miguel do Oeste foi no sentido de que “a princípio não haverá custas iniciais nos processos de Cumprimento, Liquidação etc.” (fl. 8), não tendo ela descartado a possibilidade da cobrança.

A propósito, prescreve a Orientação CGJ n. 47 repassada pela contabilista:

O Cumprimento de Sentença em Juízo diverso do processo de conhecimento, dentro do Estado de Santa Catarina, deverá ser unificado com o processo de conhecimento originário, que manterá o mesmo número, padrão do CNJ, com alteração somente do foro.

No caso de Cumprimento de Sentença decorrente de processos de conhecimento que tramitaram em outro Estado, poderá ser solicitado o processo originário.

Havendo mais de um credor no título judicial, será extraída cópia dos autos para ingresso em juízo, que receberá numeração nova.

Diante do exposto, orienta-se pelo recolhimento somente de

custas finais pelos mínimos da tabela, mais a rubrica Cálculo/Verificação, no percentual de 0,3% sobre o valor apurado ao final, naqueles processos em que o contador precisou analisar e/ou elaborar cálculos processuais. Exceto, nos casos que o magistrado determinar de forma diferente. (destaquei)

Sendo assim, não há falar em inexigibilidade do recolhimento das custas iniciais no caso em questão.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para conceder à autora/agravante o prazo de 5 (cinco) dias para comprovar a sua hipossuficiência ou efetuar o recolhimento das custas iniciais.

Este é o voto.

**QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL****Apelação Cível n. 0006730-40.2013.8.24.0030, de Imbituba**

Relator: Desembargadora Rosane Portella Wolff

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE PARTILHA. MAGISTRADO *A QUO* QUE JULGA IMPROCEDENTE O PLEITO VERTIDO NA EXORDIAL. IRRESIGNAÇÃO DOS DEMANDANTES.

PLEITO FORMULADO EM CONTRARRAZÕES PELOS REQUERIDOS. VIA INADEQUADA. EVENTUAL INCONFORMISMO QUE DEVERIA TER SIDO MANIFESTADO POR MEIO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO.

ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM FACE DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA CONTENDA. VERBERADA A IMPRESCINDIBILIDADE DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. PRODUÇÃO DE PROVA ORAL DESNECESSÁRIA. SUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS PARA O JULGAMENTO DA CAUSA. INTELIGÊNCIA DO ART. 355 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR RECHAÇADA.

“O Superior Tribunal de Justiça entende que não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa, com o julgamento antecipado da lide, quando o Tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a prescindibilidade de produção probatória, por se tratar de matéria eminentemente de direito ou de fato já provado documentalmente. 4. Agravo interno a que se nega provimento.” (AgInt no AgInt nos EDcl no AREsp 850.552/PR, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, j. 2-5- 2017).

HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO

DA VERBA DE SUCUMBÊNCIA EM ATENÇÃO AO  
COMANDO CONTIDO NO ARTIGO 85, §§ 1º E 11, DO  
DIPLOMA PROCESSUAL.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0006730-40.2013.8.24.0030, da comarca de Imbituba, 1ª Vara, em que são Apelantes Patrícia Sanni de Souza e Valdinei da Silva e Apelados Anilton Jerônimo de Souza e outros.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do Recurso, negar-lhe provimento e fixar honorários recursais. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Joel Dias Figueira Júnior, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Gerson Cherem II.

*Florianópolis, 26 de julho de 2018.*

Desembargadora Rosane Portella Wolff  
Relatora

## RELATÓRIO

*Patrícia Sanni de Souza e Valdinei Silva ajuizaram Ação de Anulação de Partilha de Bens n. 0006730-40.8.24.0030, em face de Anilton Jerônimo de Souza, Gladis Gesiela de Souza, César Bertoncini, Anilton Jerônimo de Souza Júnior e Kátia Montanha de Souza, perante a 1º Vara da comarca de Imbituba.*

*Adoto o relatório da sentença da lavra do Magistrado Antônio Carlos Ângelo (fls. 99-101):*

PATRICIA SANNI DE SOUZA e VALDINEI DA SILVA, qualificados à fl. 02, por intermédio de advogado(a) regularmente habilitado(a), ajuizaram AÇÃO DE ANULAÇÃO DE PARTILHA DE BENS CUMULADA COM CANCELAMENTO DA RESPECTIVA TRANSCRIÇÃO em face de ANILTON JERÔNIMO DE SOUZA, GLADIS GESIELA DE SOUSA, CESAR BERTONCINI, ANILTON JERÔNIMO DE SOUZA e KÁTIA MONTANHA DE SOUZA, todos igualmente identificados nos autos.

Sustentaram, em apertada síntese, a anulabilidade da escritura pública de inventário e partilha dos bens do espólio da genitora e sogra, respectivamente, Mariza Correa de Souza, afirmando que ao tempo da lavratura “não estavam preparados”, devido ao pouco tempo transcorrido desde o passamento daquela.

Disseram que foram obrigados a assinarem os documentos que lhe foram solicitados para a confecção da escritura e que, após se restabelecerem do impacto decorrente do falecimento do ente querido, verificaram a existência de divergência entre a avaliação constante do documento público e o real valor de mercado.

Suscitaram, ainda, a sonegação de determinados bens, devidamente individualizados na exordial.

Com base em tais fatos postularam a entrega de prestação jurisdicional, decretando a nulidade da mencionada escritura pública de partilha de bens.

Formularam os demais requerimentos de praxe, juntaram documentos e valoraram a causa.

Regularmente citados, os requeridos apresentaram resposta em forma de contestação, suscitando, em preliminar, inépcia da exordial e bem assim a ausência de interesse de agir. No mérito, defenderam a imutabilidade do pacto, sob a alegação de se tratar de ato jurídico perfeito e acabado. Alegaram, ainda, ausência de provas acerca da depreciação dos bens partilhados.

Nestes termos, pugnaram pela improcedência do pedido autoral. Instados a se manifestar, os autores apresentaram réplica.

Em sede de especificação de provas, apenas os autores se manifestaram, requerendo a designação de audiência para produção de prova testemunhal.

*Na parte dispositiva da decisão constou:*

ANTE O EXPOSTO, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado por PATRICIA SANNI DE SOUZA e VALDINEI DA SILVA em face de ANILTON JERÔNIMO DE SOUZA, GLADIS GESIELA DE SOUSA, CESAR BERTONCINI, ANILTON JERÔNIMO DE SOUZA e KÁTIA MONTANHA DE SOUZA. Consequentemente, CONDENO os autores ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, estes que fixo em 12,5% (doze vírgula cinco por cento) do valor atualizado atribuído à causa.

Fica, no entanto, suspensa a exigibilidade da verba sucumbencial devida pelos autores, vez que beneficiários da justiça gratuita. (fl. 101).

*Os Embargos de Declaração opostos (fls. 103-106), foram rejeitados (fls. 111-112).*

*Irresignados, os Demandantes interpueram Apelação (fls. 116-121), sustentando, em resumo, a ocorrência de cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide, sem realização da requerida prova oral, oportunidade de elucidação dos fatos, ou seja, de que houve pressão para a assinatura da Escritura de Inventário e Partilha, haja vista o pouco tempo que passou entre o falecimento de sua querida mãe e sogra e a celebração da referida escritura.*

*Dessa forma, rogaram pelo conhecimento e provimento do Apelo.*

*Intimados, os Requeridos apresentaram suas contrarrazões (fls. 128-135).*

*Após, vieram os autos conclusos a esta relatoria.*

*É o relato.*

## VOTO

*1 Das contrarrazões*

*Nos termos do §1º do art. 1.010 do Código de Processo Civil, aos Requeridos foi facultado o prazo de 15 dias úteis para apresentar contrarrazões à Apelação.*

*E, na peça processual referenciada, estes pleitearam a revogação da gratuidade processual dos Autores.*

*Entretanto, essa via estreita se presta à impugnar o apelo em seus aspectos formais e materiais, não sendo viável nele formular pedidos. Eventual irresignação da parte deveria ser desvelada por meio do sucedâneo recursal próprio.*

*Nesse sentido, colhe-se o posicionamento consolidado deste Tribunal:*

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO LIMINAR. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA AUTORA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO EM DECORRÊNCIA DE FATURA PAGA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE RÉ DANO MORAL.

ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DANO MORAL E SIM MERO ABORRECIMENTO. INSUBSISTÊNCIA.

FATURA QUITADA. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. MINORAÇÃO DA VERBA COMPENSATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. VALOR ARBITRADO QUE, INCLUSIVE, É INFERIOR AO QUANTUM NORMALMENTE FIXADO PELA CORTE.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

HONORÁRIOS RECURSAIS. PRESENÇA DOS



PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS. CABIMENTO.

**PLEITO DE MAJORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA  
FORMULADO EM CONTRARRAZÕES PELA PARTE AUTORA.  
PEDIDO NÃO CONHECIDO. VIA ELEITA INADEQUADA.**

(Apelação Cível n. 0300905-60.2016.8.24.0087, rela. Des. Cláudia Lambert de Faria, j. 13-3-2018, grifou-se).

*Portanto, o pedido pertinente à revogação da gratuidade processual dos Autores, suscitado em contrarrazões, não é conhecido.*

*2 Da apelação*

*Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do Recurso.*

*Sustentam os Apelantes a ocorrência de cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide, sem realização da requerida prova oral.*

*Pois bem.*

*O julgamento antecipado da lide encontra-se regrado pelo art. 355, do Código de Processo Civil:*

Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas;

*Da leitura do dispositivo, infere-se que a necessidade de produção de provas deve ser avaliada pelo magistrado, não estando ele adstrito ao requerimento da produção formulado pelas partes.*

*Bem visualizada a demanda, vê-se que a sentença não padece de qualquer nulidade.*

*Consoante consignou o Magistrado sentenciante, “a matéria debatida nos autos já se encontra suficientemente esclarecida pelas*

*provas apresentadas, prescindindo de novos elementos de convicção” (fl. 99 verso).*

*Isso porque, o fundamento precípua aludido na exordial — de que não estavam preparados para a realização da escritura, em razão do pouco tempo do passamento de sua mãe e sogra, sendo obrigados a assinarem os documentos para a confecção da escritura pública de partilha, (fl. 3) —, tendo em vista o contido no caderno processual, não teria o condão de macular a partilha realizada, bem como não seria comprovado mediante a pretensa prova oral.*

*A respeito, bem elucidou o Togado a quo:*

Nem mesmo se pode acenar com eventual incapacidade civil, relativa ou absoluta, dos subscritores, já que segundo certificado pelo escrevente notarial, diga-se, dotado de fé pública, todos eram maiores e, presumidamente capazes, estando ainda assistidos pela advogada Letícia Machado Reis Tinoco Mendes.

Melhor sorte não socorre aos autores, ainda que sob a alegação de que “não estavam preparados para a realização de referida escritura” “pelo pouco tempo que passou do falecimento de sua querida mãe e sogra”, “ou seja, pouco mais de um mês”.

Ora, ainda que seja compreensível o sentimento de perda e dor experimentados pelo passamento de ente querido, o transcurso de mais de trinta dias, como reconhecido na exordial, é suficiente para fazer presumir que os autores estavam no perfeito gozo de suas faculdades mentais.

Tal conclusão, ao meu sentir, somente poderia ser desconstituída por atestado médico contemporâneo aos fatos, que demonstrasse inequivocamente a incapacidade dos autores para a prática dos atos da vida civil, não tendo a simples prova testemunhal, postulada pelos autores, capacidade de persuasão suficiente para desconstituir o documento que goza de fé pública.

A prova oral, do mesmo modo, não teria qualquer valia para demonstrar a suposta coação, na medida em que a exordial – peça que

define os limites subjetivos e objetivos da lide – não esclareceu de que forma os autores foram “obrigados a assinarem os documentos que lhe foram solicitados”. (fl. 100 verso).

*Desta forma, acertado o entendimento do Magistrado de origem ao proceder ao julgamento antecipado da lide, porquanto flagrante a desnecessidade de dilação probatória.*

*Nesta toada é o entendimento da Corte Superior:*

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. JULGAMENTO ANTECIPADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

(...)

3. O Superior Tribunal de Justiça entende que não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa, com o julgamento antecipado da lide, quando o Tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a prescindibilidade de produção probatória, por se tratar de matéria eminentemente de direito ou de fato já provado documentalmente.

4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AgInt nos EDcl no AREsp 850.552/PR, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, j. 2-5-2017).

*Logo, por não restar configurada qualquer afronta ao devido processo legal, ao contraditório ou à ampla defesa, levando em conta ainda o disposto no art. 371 do Código de Processo Civil, o qual estabelece o princípio da persuasão racional e do livre convencimento motivado, rechaça-se a preliminar em tela.*

*De outro giro, não há razões recursais pertinentes ao mérito.*

*Por fim, em razão do comando contido no artigo 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil vigente, tendo em vista a interposição do Recurso na vigência do novo Diploma Processual Civil, em razão do trabalho do Advogado dos Requeridos, majora-se a verba sucumbencial em 2,5%, totalizando, agora, em 15% do valor atualizado da causa.*

*Suspensa a exigibilidade do estipêndio advocatício por serem os Demandantes beneficiários da gratuidade processual (fl. 101).*

*É o quanto basta.*

*Ante o exposto, por unanimidade, conhece-se e negase provimento ao Recurso e fixa-se honorários recursais.*

**Apelação Cível n. 0304183-61.2015.8.24.0004, de Araranguá**

Relator: Desembargador Rodolfo C. R. S. Tridapalli

APELAÇÃO CÍVEL. “AÇÃO DECLARATÓRIA C/C DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA”. TELEFONIA MÓVEL. COBRANÇA INDEVIDA. SERVIÇO NÃO CONTRATADO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA AUTORA. PLEITO DE CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. NÃO ACOLHIMENTO. ABALO MORAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE INCLUSÃO DO NOME DA REQUERENTE NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. SITUAÇÃO QUE NÃO ULTRAPASSA A O MERO DISSABOR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO DE FORMA SIMPLES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ POR PARTE DA REQUERIDA. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA PELO INPC A CONTAR DO DESCONTO INDEVIDO E JUROS DE MORA, A PARTIR DA CITAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0304183-61.2015.8.24.0004, da comarca de Araranguá 2ª Vara Cível em que é Apelante Viviane Ferreira Pereira e Apelada Claro S/A.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento tão somente para afastar a taxa SELIC como índice de correção monetária, e, ainda, determinar a incidência de juros de mora a partir da citação, nos termos do art. 405 do CC. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu e o Exmo. Sr. Des. Joel Dias Figueira Júnior, que o presidiu.

Florianópolis, 25 de janeiro de 2018.

Desembargador **RODOLFO C. R. S. TRIDAPALLI**  
Relator

## RELATÓRIO

### **Da Ação:**

Trata-se de “Ação Declaratória c/c e Indenização por Danos Morais” n. 0304183-61.2015.8.24.0004 ajuizada por VIVIANE FERREIRA PEREIRA contra CLARO S/A, na qual objetiva, em tutela antecipada, a cessação dos débitos semanais realizados pela Requerida. No mérito, seja determinada a inversão do ônus da prova, e, conseqüentemente, declarado ilegal os valores cobrados referente ao “serviço multipremios” não contratado, e, ainda, seja condenada a Ré ao pagamento de indenização por danos morais em quantia a ser fixada pelo juízo, bem como das despesas processuais e honorários advocatícios.

A Autora, alega, em síntese, que é cliente da Ré há mais de um ano, com a qual contratou serviço de telefonia móvel pré-paga n. (48) 88403-182. Aduz que por alguns meses foram semanalmente debitados de seus créditos valores relacionados à serviço não contratado. Ainda, argumenta que apesar de haver tentado por inúmeras vezes solucionar administrativamente o problema, a Requerida continuou efetuando os descontos.

Diante da dificuldade para solucionar o incômodo, a Requerente ajuizou a presente demanda, na qual pretende a condenação da empresa

de telefonia ao pagamento de indenização por danos morais.

Valorou a causa. Juntou documentos (fls. 07/14).

O benefício da justiça gratuita e o pedido de tutela antecipada foram deferidos à fl. 15 e fl. 17, respectivamente.

Devidamente citada (fl. 19), a Requerida apresentou contestação (fls. 21/26), na qual limitou-se a apresentar proposta de acordo consubstanciada no cancelamento dos débitos e o pagamento da quantia R\$ 500,00 (quinhentos reais) a título de reparação.

Sustentou que a cobrança, ainda que entendida como indevida, não representa qualquer ilícito ou conduta antissocial, devendo ser considerada situação cotidiana para fins de eventual arbitramento de indenização. Ao final pugnou a improcedência da ação, o afastamento da indenização à título de danos morais e a divisão do ônus de sucumbência.

Réplica às fls. 39/41, na qual a Autora refuta os argumentos vertidos pela Ré e reedita o termos da inicial.

Ato posterior, a lide foi julgada antecipadamente, nos termos do art. 355, I do novo CPC.

## Da Sentença

O Juiz de Direito, Dr. GUSTAVO SANTOS MOTTOLA, julgou parcialmente procedente os pedidos contidos na exordia, nos seguintes termos:

[...] para declarar a inexistência do débito relativo ao ‘serviço multipremios’, no valor de R\$ 2,99 mensais, e para condenar Claro S/A a restituir à Viviane Ferreira Pereira a quantia de R\$ 17,94 (dezessete reais e noventa e quatro centavos), **devendo incidir sobre este montante correção monetária pelo INPC desde o efetivo desembolso até a citação, quando, então, o débito passará a ser atualizado unicamente**

**pela SELIC.** Como ambas as partes foram vencidas, arcarão elas igualmente com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do procurador da parte contrária, que arbitro em R\$ 1.000,00 para o procurador do autor e em igual montante para o advogado do requerido. Fica suspensa a exigibilidade de tais verbas em relação à autora, por ser ela beneficiária de justiça gratuita. Publique-se, registre-se e intime-se. Transitada em julgado a decisão, archive-se.” (grifou-se) fls. 42/43.

Contra essa decisão, às fls. 01/02 – apenso, a Ré opôs Embargos de Declaração, os quais foram rejeitados à fl. 70.

### **Da Apelação:**

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, a Autora interpôs recurso de Apelação, na qual pretende seja condenada a Apelada ao pagamento de indenização por danos morais, pois alega que em razão do ocorrido, ficou impossibilitada de realizar ligações ou utilizar a internet móvel por alguns meses, além do desgaste sofrido em tentar por diversas vezes resolver administrativamente o problema perante a Ré, no entanto, sem êxito. Pugna, ainda, a restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente, com a aplicação de juros até a data do efetivo pagamento, bem como seja adotado o índice INPC como fator de correção monetária. Por fim, pretende a inversão dos ônus sucubenciais, com a majoração da verba honorária.

### **Das Contrarrazões:**

Devidamente intimada, a Apelada apresentou contrarrazões (fls. 59/68), na qual pugna o não provimento recurso.

Os autos, então, ascenderam a esta Corte de Justiça.

Este é o relatório.



## VOTO

### I - Da Admissibilidade

Presentes os pressupostos legais às fls. 78/79, o recurso deve ser conhecido.

### II - Do Julgamento do Mérito

Insurge-se a Autora contra a decisão que julgou parcialmente procedente o pleito inicial, tendo a sentença declarado a inexigibilidade da cobrança dos serviços reclamados; bem como condenado a Ré à restituição dos valores cobrados indevidamente, indeferindo, entretanto, o pedido de reparação por danos morais.

Por conta disso, pugna a Apelante a reforma parcial da sentença para condenar a Apelada ao pagamento de compensação pecuniária pelos danos morais suportados em razão da cobrança indevida dos serviços de telefonia móvel não contratado.

Em que pesem os argumentos, não lhe assiste razão.

Como se sabe, a cobrança de serviços não solicitados pelo consumidor se trata, evidentemente, de falha na prestação dos serviços fornecidos pela empresa de telefonia Apelada.

No entanto, tal falha, não tem o condão de deflagrar danos morais indenizáveis, principalmente porque não existe nos autos qualquer elemento capaz de demonstrar os supostos danos suportados pela Autora, não havendo notícias, ainda, de que tal fato tenha ensejado a inscrição indevida do nome da Requerida perante os órgãos de inscrição ao crédito.

Diante desse contexto, a simples cobrança, por si só, não possui a relevância necessária para que se presuma um grande abalo psicológico sofrido pela vítima, não se tratando a hipótese de configuração do dano moral *in re ipsa*, conforme faz crer a Apelante.

De tal forma, cabe à parte que pleiteia a reparação por um suposto dano oriundo de tais cobranças trazer aos autos evidências capazes de comprovar os prejuízos que alega ter sofrido por conta da conduta da Requerida.

Aliás, conforme o entendimento manifestado por este Órgão Julgador:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. COBRANÇA INDEVIDA. PLANO DE TELEFONIA MÓVEL NÃO CONTRATADO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA. PLEITO DE CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA PELO ABALO ANÍMICO SOFRIDO. SITUAÇÃO QUE CONFIGURA MERO DISSABOR. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

I – A cobrança indevida, via de regra, configura mero dissabor, incapaz de gerar danos morais, sendo possível, entretanto, que os contornos do caso concreto mostrem-se extraordinários, hipótese em que o normal aborrecimento poderá dar lugar a sentimentos de intensa frustração, angústia ou constrangimento. In casu, não logrando êxito a Autora em comprovar que a cobrança indevida, pela Ré, de plano de telefonia móvel não contratado, causou-lhe transtornos que teriam ultrapassado o mero desconforto ou contratempo, não há falar em abalo anímico passível de compensação pecuniária [...] Apelação Cível n. 0304312-76.2016.8.24.0054 Relator: Desembargador JOEL FIGUEIRA JÚNIOR j. 28/09/2017).

Desse modo, não se verificando qualquer prejuízo extrapatrimonial a ser reparado, deve ser rechaçada a pretensão indenizatória, devendo ser mantida a sentença nesse ponto.

Quanto ao pleito de restituição em dobro dos valores cobrados

indevidamente da Apelante, igualmente razão não lhe assiste. Isso porque, se faz necessária a comprovação da má-fe ou abusividade por parte da Requerida para que os valores sejam ressarcidos em dobro, o que não se observa no caso em questão, conforme preconiza o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 42. [...].

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável..

Nesse norte, colhe-se do entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

DECLARATÓRIA DE PRÁTICA ABUSIVA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO RECLAMO PARA, DE PRONTO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE DETERMINAR A REPETIÇÃO DO INDÉBITO DE FORMA SIMPLES. INSURGÊNCIA DA AUTORA.

**1. Conforme orientação jurisprudencial consolidada por esta Corte, a repetição em dobro do indébito, prevista no artigo 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fe do credor, o que não ficou configurado na hipótese.** 2. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 530.594/RJ, Relator Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, j 24/03/2015, DJe 30/03/2015). (grifou-se).

Esta é a orientação desta colenda Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C RESTITUIÇÃO EM DOBRO, COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL PRESUMIDO (*IN RE IPSA*). COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA

DEVIDA. QUANTUM COMPENSATÓRIO. MANUTENÇÃO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. **RESTITUIÇÃO EM DOBRO. DESCABIMENTO. MÁ-FÉ NÃO DEMONSTRADA. DEVOUÇÃO QUE DEVE SE DAR NA FORMA SIMPLES.** FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. EXEGESE DO ART. 85, § 11, DO CPC/2015. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...] IV - O art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, dispõe que haverá o pagamento em dobro dos valores cobrados indevidamente, salvo justificável engano. Contudo, não havendo inequívoca má-fé da Requerida, a devolução deve realizar-se de forma simples. (Apelação Cível n. 0302017-79.2016.8.24.0082, da Capital - Continente, rel. Des. JOEL FIGUEIRA JÚNIOR, j. 06/11/2017). (grifou-se).

Diante desse cenário, a restituição deve ocorrer de forma simples, por constituir consectário lógico da cobrança considerada indevida.

Pretende, ainda, a Apelante nas razões recursais a aplicação de juros até a data do efetivo pagamento, e, ainda, a reforma da sentença quanto ao índice de correção monetária após a citação para o INPC.

No caso em discussão, o Juiz de Direito condenou a Apelada a restituir a Apelante a quantia de R\$ 17,94 (dezessete reais e noventa e quatro centavos), devendo incidir sobre este valor correção monetária pelo INPC desde o efetivo desembolso até a citação, quando, então, o débito passará a ser atualizado unicamente pela SELIC.

Não se desconhece que a taxa SELIC engloba a incidência de correção monetária e juros de mora. No entanto, faz-se necessária a adequação da decisão nesse ponto, uma vez que a referida taxa por ser oscilante, não deve ser utilizada para fins de atualização monetária, logo, não deve ser substituída pelo INPC.

Sobre o tema, é o entendimento perfilhado por este Órgão Julgador

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. PROCEDÊNCIA. APELO DA DEMANDADA.]

[...]

TAXA SELIC. PARÂMETRO DE CORREÇÃO QUE NÃO É SEGURO. RETIFICAÇÃO DE OFÍCIO.

A Taxa Selic não é parâmetro seguro para correção de débito resultante de condenação judicial. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (Apelação Cível n. 0329551-49.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 27/07/2017).

Desta Corte de Justiça:

**AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL C/C PEDIDO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS E PEDIDO LIMINAR. [...]. SUSPENSÃO IMEDIATA DA COBRANÇA DAS PARCELAS A TÍTULO DE SEGURO DE VIDA E PREVIDÊNCIA. POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE COBRADOS EM TODOS OS CONTRATOS DE SEGURO DE VIDA E PREVIDÊNCIA. MEDIDA QUE SE IMPÕE. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA PELO INPC DESDE A DATA DA COBRANÇA DE CADA PARCELAS E JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS, A CONTAR DA CITAÇÃO. DISTRIBUIR OS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Cível n. 2012.091184-1, da Capital, rel. Des. SAUL STEIL, j. 12/03/2013).**

Portanto, deve ser reformada a sentença, para afastar a taxa SELIC, e, conseqüentemente, seja aplicada a correção monetária pelo INPC, a desde o efetivo desembolso e, ainda, determinar a incidência dos juros de mora a partir da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil.

Por conta disso, devem ser mantidos os honorários advocatícios,

conforme fixados pela sentença.

Diante desse cenário, voto para conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento tão somente para afastar a taxa SELIC como índice de correção monetária, e, ainda, determinar a incidência de juros de mora a partir da citação, nos termos do art. 405 do CC.

Este é o voto.

**Agravo de Instrumento n. 4009116-60.2016.8.24.0000, da Capital**

Relator designado: Desembargador Joel Dias Figueira Júnior

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA DE SOBREPARTILHA. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA VERIFICADA. DETERMINAÇÃO NO TÍTULO TÍTULO EXECUTIVO PARA QUE IMÓVEIS DAS EMPRESAS DO EX-MARIDO FOSSEM CONSIDERADOS PARA APURAÇÃO DAS QUOTAS SOCIAIS SUJEITAS À MEAÇÃO. *QUANTUM DEBEATUR* QUE NÃO CORRESPONDE AO VALOR DE MERCADO DOS IMÓVEIS. CÁLCULO DO PERITO EQUIVOCADO. IMÓVEL DE PROPRIEDADE COMUM DO CASAL NÃO SUJEITO À LIQUIDAÇÃO. VIABILIDADE DE ALIENAÇÃO E DIVISÃO DO LUCRO OBTIDO COM A VENDA. ANULAÇÃO DE OFÍCIO DA LIQUIDAÇÃO REALIZADA POR ARBITRAMENTO. NECESSÁRIO PROSSEGUIMENTO PELO PROCEDIMENTO COMUM. EXEGESE DO ART. 509, II, DO CPC/2015. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

I – Se no título executivo judicial ficou determinando que o ex-marido pagasse à exesposa metade do valor apurado de suas quotas sociais nas empresas das quais era sócio, ao tempo da partilha de bens, e que, para apuração desse montante, deveria ser levado em consideração o patrimônio de cada empresa, incluindo os bens imóveis que lhes pertenciam, viola a coisa julgada a decisão proferida em liquidação de sentença de sobrepartilha ao estabelecer que aludidas quotas correspondem apenas ao valor dos bens imóveis que as pessoas jurídicas possuíam à época, mesmo porque a situação patrimonial de cada empresa em determinada data é apurada levando-se em conta diversos elementos, dentre eles, mas não somente, os bens corpóreos.

Ademais, o imóvel de propriedade comum das partes,

adquirido na constância do casamento, não pode integrar a liquidação por não estar incluído no título judicial. Assim, deverá ser o lucro obtido com a sua venda dividido igualmente entre os litigantes, titulares do domínio.

**II** – A fim de permitir-se o fiel cumprimento do acórdão exequendo, mister se faz anular, de ofício, a liquidação realizada por arbitramento por violação flagrante da coisa julgada, determinando-se, por conseguinte, que seja refeita pelo procedimento comum, nos termos do disposto no art. 509 do CPC/2015, no intuito de apurar-se o real valor das quotas sociais das empresas das quais o ex-marido é sócio, na data estabelecida no título executivo judicial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4009116-60.2016.8.24.0000, da comarca da Capital 1ª Vara da Família em que é Agravante P. C. T. D. e Agravado P. G. M.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento e, de ofício, anular a liquidação realizada por arbitramento por violação flagrante da coisa julgada, determinando-se, por conseguinte, que seja refeita pelo procedimento comum, nos termos do disposto no art. 509, II, do CPC/2015. Vencido o Des. César Abreu no tocante à forma de cálculo para fins de apuração do valor objeto da partilha. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 15 de fevereiro de 2018, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Joel Dias Figueira Júnior e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores César Abreu e Gilberto Gomes de Oliveira.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2018.

Joel Dias Figueira Júnior  
PRESIDENTE E RELATOR



## RELATÓRIO

P. C. T. D. (ex-marido) interpôs agravo de instrumento contra a decisão que, nos autos da liquidação de sentença de sobrepartilha n. 0034547-66.2014.8.24.0023, proposta por P. G. M. (ex-esposa), assim decidiu (fls. 332-336):

Ante o exposto julgo procedente a presente liquidação de sentença, para fixar a indenização da seguinte forma: a) para o imóvel localizado em Ribeirão da Ilha a indenização de R\$ 37.993,35; b) imóveis de São José, indenização de R\$ 6.449,08; e c) imóvel de Sombrio-SC, indenização de R\$ 9.119.051,43. Sobre os valores deve ser acrescido honorários de 10% fixados na sentença de sobrepartilha. Portanto o valor total da presente liquidação de sentença é fixado em R\$ 10.079.843,24, cujo valor deverá ser corrigido, pelo índice do INPC e juros de mora de 1% ao mês a contar da data da perícia (14.04.2016). Condeno o requerido ao pagamento das despesas processuais, entre elas as do perito. Não cabe a fixação de novos honorários advocatícios nesta fase processual (RSTJ 142/387).

Alegou, em síntese, que a decisão agravada viola a coisa julgada, uma vez que a sentença e o acórdão proferidos na ação de sobrepartilha determinam o pagamento à Agravada do valor apurado das quotas sociais das empresas Raiz Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Lotel Empreendimentos Imobiliários Ltda., em 22-9-1987 (data da partilha de bens), e não dos bens imóveis das pessoas jurídicas.

Além disso, afirma o Agravante não haver no título executivo determinação para que seja a Agravada indenizada da parte que lhe cabe no imóvel situado em Florianópolis (Ribeirão da Ilha), porquanto ambos os litigantes são titulares do domínio (em condomínio), dispensando, portanto, a partilha do bem.

Requeru, pois, a concessão de efeito suspensivo, e, ao final, o conhecimento e provimento do agravo para reformar a decisão agravada (fls. 1-10).

Nesta instância, o Des. Luiz Zanelato concedeu o efeito suspensivo almejado para o fim de sustar os efeitos da decisão recorrida até o julgamento definitivo da Câmara especializada competente (fls. 418-425).

Contrarrazões às fls. 429-458.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

É o relatório.

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por P. C. T. D. (*Paulo César Trindade D'Ávila*) contra a decisão prolatada nos autos da liquidação de sentença de sobrepartilha n. 0034547- 66.2014.8.24.0023, proposta por P. G. M. (*Paula Gesta Marcolla*), que assim decidiu (fls. 332-336):

[...] Diante do teor contido no título judicial, resta pendente um ponto controvertido a ser saneado, qual seja, o alcance da liquidação. O réu aduz que a ordem judicial não determinou a partilha dos imóveis, mas apenas a condenação ao equivalente em dinheiro das cotas sociais. Afigura-se pertinente salientar que é inviável a meação das cotas das empresas, pois sequer foi possível avaliá-las, diante da inexistência de documentos para tanto. Nesse sentido, o título judicial (fl. 21) dispôs que:

*[...] a situação atual desta é totalmente diversa daquela ao tempo do divórcio. Seus maiores ativos, entre eles os imóveis, foram alienados. Certidão da Junta Comercial acerca da situação de Raiz Empreendimentos Imobiliários Ltda. demonstra que seu capital social atualmente é de apenas R\$ 1.000,00 (fl. 689). Com o passar dos anos, até as participações societárias foram severamente alteradas. [...]*

Muito embora a sentença de fl. 335-358, em seu dispositivo tenha determinado a partilha das cotas sociais das empresas Raiz e Lotel Empreendimentos Imobiliários, no entanto o acórdão foi enfático a apontar a partilha também dos bens imóveis que não foram partilhados (fl. 15- 22), envolvendo assim, o bem em nome das partes.

Corroborando os fatos trazidos acima, o perito que atuou nestes autos salientou sobre a dificuldade de acesso aos documentos das empresas, os quais não foram fornecidos pelo réu, razão pela qual a perícia debruçou-se na avaliação dos bens adquiridos através dessas empresas (fl. 261), como também do imóvel em nome das partes. Consabido que na liquidação é vedado modificar a sentença (§ 4º, art. 509 do NCPC/2015). Porém, impõe-se a aplicação de interpretação sistemática do acórdão, a fim de compreender que, diante da impossibilidade de avaliar as cotas sociais daquelas sociedades empresárias, devem ser partilhados os imóveis adquiridos por meio delas, na proporção da cota parte do réu, eis que são os únicos bens quantificáveis. O acórdão bem destacou que “Para isso, deve-se levar em consideração o patrimônio de cada empresa, incluindo-se os bens móveis que lhe pertenciam” (fl. 21). Na falta de algum bem, como aquele adquirido do Besc, em Sombrio-SC, a autora faz jus a 25% da indenização recebida pela empresas Raiz Empreendimentos Imobiliários Ltda e Lotel Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Resolvida esta questão, passo à análise dos imóveis arrolados pela liquidante.

Munida da decisão proferida no AI n. 2011.009201-4, a autora apontou os seguintes bens, periciados às fls. 257/341: a) um terreno de 221.798m<sup>2</sup> em São José (matrícula 28.538); b) um terreno de 29.257 m<sup>2</sup> em São José (matrícula 28.539); c) um terreno de 273.600 m<sup>2</sup> (592 lotes), em Sombrio/SC (matrícula 7.622); d) 80 braças de terras (equivalentes a 136.000 m<sup>2</sup>), no Ribeirão da Ilha (matrícula 22.192).

No tocante aos terrenos em São José (**itens “a” e “b”**), o expert avaliou a quota parte da autora (25%) em R\$ 6.449,08 (seis mil, quatrocentos e quarenta e nove reais e oito centavos) (fls. 283 e 286).

Acerca do terreno situado no bairro Ribeirão da Ilha (**item “d”**), o documento de fl. 141 revela que a aquisição ocorreu durante o enlace

matrimonial e a matrícula está em nome das partes e não das empresas. Como tal imóvel não foi partilhado, quando do divórcio, a autora tem direito a ser indenizada, como determinou o acórdão, considerando o valor deste imóvel ao tempo da partilha, com juros e correção monetária até os dias atuais. A autora tem direito a 50% do valor, pois está em nome da autora e do réu. O perito judicial não teve elementos para fazer a atualização do valor deste bem, porém, em anexo ao seu laudo apresentou os trabalhos da Eng. Civil Lia Fernanda Zambon, a qual fez os levantamentos necessários para se chegar ao valor de mercado na época que deveria ter havido a partilha, e atualizou os valores até os dias atuais. Portanto, a autora tem direito a 50% do valor corrigido, ou seja, R\$ 37.993,35 (fl. 282 e 286).

Por sua vez, o terreno de 273.600 m<sup>2</sup> (592 lotes), em Sombrio/SC (**item “c”**), possui algumas peculiaridades. Em outubro de 1986, a empresa Lotel Empreendimentos Imobiliários Ltda., onde o réu era sócio em percentual de 50%, arrematou o bem por R\$ 52.416,56 reais (fl. 35 e 47). Ante a inexistência do terreno, em maio de 1988, a empresa propôs ação judicial de Rescisão de Contrato c/c por Perdas e Danos (fls. 30/34), a qual foi julgada procedente (fls. 45/66). Em sede de liquidação de sentença, foi fixada à sociedade empresária indenização a título de perdas e danos, no importe de R\$ 3.714.328,10 reais (fls. 123/127), valor este pago pelo Besc. Desse valor abatido o valor da compra, acrescida de correção monetária.

Quanto a esta indenização, temos que as partes se casaram em 08/04/1978, se separaram em 17/02/1988 (fl. 268) e a conversão da separação em divórcio ocorreu em 07/11/1991 (fl. 18). Apesar de o contrato de arrematação dos lotes ter sido assinado em outubro de 1986, ou seja, durante o casamento, assim como ação judicial aforada contra o BESC (22/10/1987 – fl. 268), a ação indenizatória foi julgada procedente em 28/09/1992 (fl. 45) e os valores recebidos pela Lotel deuse em 12/08/1999 e 23/08/1999 (fl. 268), ou seja, mais de dez anos após o divórcio entre as partes. Ante a inexistência destes lotes, não foi possível avaliá-los. Portanto, a autora tem direito a meação da parte recebida pelo réu, na referida ação indenizatória.

A indenização teve como causa direito adquirido durante a

constância da união, pois presume-se o esforço comum na aquisição do terreno, conforme disposto no artigo 271, I do CC/1916. Certamente que houve prejuízo à época, pois o terreno adquirido, não existia, refletindo na pessoa jurídica e, conseqüentemente, nos sócios. Por via reflexa, tal prejuízo também alcançou a autora, pois, caso contrário, hoje teria sua quota parte garantida sobre o valor da avaliação do lotes. O fator temporal do recebimento da indenização é irrelevante, pois o fato gerador (a compra dos lotes) ocorreu durante o casamento. Nesse sentido:

[...]

A autora faz jus, portanto, à partilha de 25% da indenização recebida pela empresa Lotel, ou seja, na proporção de 50% da cota do réu. Nesse sentido, para calcular a cota de Paula, a perícia (fl. 288) tomou como base a decisão proferida na ação condenatória movida em face do BESC (fl. 127): R\$ 3.714.328,10 reais, deduzida a importância paga pelos lotes (R\$ 52.416,56 reais). Portanto, deve ser considerado o valor efetivamente recebido na ação de indenização, pois foi este o proveito econômico que a autora deixou de receber, na partilha daquele bem adquirido na cidade de Sombrio-SC, mas restou demonstrado não existir (o terreno com os lotes). Daí a indenização paga pelo Banco Besc, deve refletir na sobrepartilha que a autora faz jus, ou seja 25%.

O perito conclui (fl. 268): *“Ressalte-se, entretanto, que naquela lide o Magistrado concedeu à parte autora indenização por perdas e danos e lucros cessantes no importe de R\$ 3.714.328,10, deduzido desta monta o valor de R\$ 52.416,56 oriundo da monta paga pela Lotel na aquisição do terreno em leilão...Entretanto, se considerando que a autora participa do montante total vertido ao réu em decorrência do processo judicial (Lotel recebeu R\$ 3.436.476,82 em 12.08.1999 e R\$ 507.121,54 em 23.08.1999), a cota parte da autora de 25%, representa R\$ 9.119.051,43”*.

Portanto, efetuadas as atualizações, o perito chegou ao montante de R\$ 9.119.051,43, valor este correspondente a cota parte da autora, que foi sonogado quando da partilha, devendo, portanto, refletir no valor recebido pelo réu, que foi o dobro deste montante.

Ante o exposto julgo procedente a presente liquidação de sentença, para fixar a indenização da seguinte forma: a) para o imóvel localizado em

Ribeirão da Ilha a indenização de R\$ 37.993,35; b) imóveis de São José, indenização de R\$ 6.449,08; e c) imóvel de Sombrio-SC, indenização de R\$ 9.119.051,43. Sobre os valores deve ser acrescido honorários de 10% fixados na sentença de sobrepartilha. Portanto o valor total da presente liquidação de sentença é fixado em R\$ 10.079.843,24, cujo valor deverá ser corrigido, pelo índice do INPC e juros de mora de 1% ao mês a contar da data da perícia (14.04.2016). Condene o requerido ao pagamento das despesas processuais, entre elas as do perito. Não cabe a fixação de novos honorários advocatícios nesta fase processual (RSTJ 142/387). [...].

Da análise dos autos, verifica-se que, de ofício, a liquidação realizada por arbitramento deve ser anulada por violação flagrante da coisa julgada, determinando-se, por conseguinte, que seja refeita pelo procedimento comum, nos termos do disposto no art. 509 do CPC/2015. Explica-se.

Sustentou o Agravante em suas razões recursais que a decisão agravada violou a coisa julgada, pois a sentença e o acórdão proferido na ação de sobrepartilha determinaram o pagamento à Agravada do valor apurado das quotas sociais das empresas Raiz Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Lotel Empreendimentos Imobiliários Ltda., em 22-9-1987 (data da partilha de bens), e não dos bens imóveis das pessoas jurídicas. Alegou, ainda, não haver no título executivo determinação para que a Recorrida fosse indenizada da parte que lhe cabe no imóvel situado em Florianópolis (Ribeirão da Ilha), pois ambos os litigantes seriam titulares do domínio em condomínio, o que dispensaria, portanto, a partilha do bem.

De fato, com relação ao imóvel localizado no Ribeirão da Ilha/ Florianópolis, adquirido na constância do casamento, assiste razão ao Agravante quando defende a impossibilidade de ser objeto de liquidação e de ser incluído no montante que deverá ser pago à Agravada, pois o aludido bem não foi incluído no título judicial. Assim, deverá o lucro obtido com a sua venda ser dividido igualmente entre os litigantes, titulares do domínio.

No tocante ao ponto principal de divergência entre as partes, que diz respeito ao valor das quotas sociais das empresas Raiz e Lotel, importante transcrever o que ficou decidido por esta Quarta Câmara de Direito Civil, em acórdão da lavra do saudoso Des. Victor Ferreira (apelação cível n. 2011.009201-4), a fim de delimitarmos o alcance da coisa julgada (fl. 37):

[...] Resta, então, determinar que o Apelante pague à Apelada o valor das quotas sociais das empresas Raiz Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Lotel Empreendimentos Imobiliários Ltda., pelo seu valor ao tempo da partilha de bens do casamento (22-9-87, fls. 15 a 17), acrescido de correção monetária pelo INPC e juros legais (0,5% ao mês da data em que deveria ter ocorrido o pagamento até a entrada em vigor do Novo Código Civil, momento em que passa a incidir a taxa de 1% ao mês).

Para isso, deve-se levar em consideração o patrimônio de cada empresa, incluindo os bens imóveis que lhes pertenciam. [...]

Da leitura do acima transcrito, não resulta dúvida de que, em sobrepartilha, foi determinado que o Agravante pagasse à Agravada metade do valor apurado de suas quotas sociais nas empresas Raiz Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Lotel Empreendimentos Imobiliários Ltda., ao tempo da partilha de bens (22-9-1987), e que, para apuração desse montante, deveria ser levado em consideração o patrimônio de cada empresa, incluindo os bens imóveis que lhes pertenciam.

Todavia, não quis dizer (e não disse) a decisão colegiada da Quarta Câmara no acórdão da lavra do Des. Victor Ferreira que as quotas das referidas pessoas jurídicas corresponderiam aos bens que lhes pertenciam, mesmo porque a situação patrimonial de cada empresa em determinada data é apurada levando-se em conta diversos elementos, mas não somente, os bens corpóreos.

Nesse sentido, bem ponderou o Des. Luiz Zanelato ao conceder efeito suspensivo ao presente recurso, reconhecendo a probabilidade de

seu provimento, cujos fundamentos da decisão são adotados como razão de decidir, *in verbis* (fls. 418-425):

[...] Em análise sumária dos autos, vislumbra-se probabilidade de provimento do recurso, porquanto a decisão interlocutória que resolveu a fase de liquidação de sentença deu interpretação destoante dos limites objetivos do comandos decisórios contidos no acórdão e na sentença.

Com efeito, registra-se que a sentença, prolatada em 15/09/2010 (fls. 292/295), julgou procedente o pedido formulado na ação de sobrepartilha “para partilhar as cotas sociais das empresas Raiz Empreendimentos Imobiliários Ltda e Lotel Empreendimentos Imobiliários Ltda, que na data de 2 de fevereiro de 1998 pertenciam ao réu”.

Importa destacar que referida sentença teve o cuidado de deixar claro que “não se trata de partilhar os bens das empresas, mas sim as cotas sociais na época pertencentes ao réu, cuja metade passarão a propriedade da autora”. [grifouse]

De aludida sentença, somente o agravante interpôs apelação (autuada sob nº 2011.009201-4); a agravada aquiesceu.

A Quarta Câmara de Direito Civil desta Corte de Justiça, em acórdão da lavra do saudoso Des. Victor Ferreira (cópia às fls. 25/38), deu provimento parcial ao apelo, para afastar, apenas, a possibilidade de transferência de titularidade das quotas sociais à autora, reconhecendo-lhe direito à indenização.

Em momento algum, o acórdão determinou que a partilha se dê sobre os imóveis ou sobre quaisquer outros bens móveis ou imóveis certo e determinados das sociedades empresárias. Apenas fez assente que, para a apuração das quotas sociais devidas, deve-se levar em consideração o patrimônio de cada empresa, incluindo os bens imóveis que lhes pertenciam.

A interpretação do título executivo judicial deve ser restrita à parte dispositiva da sentença, sobretudo porque o acórdão que deu parcial provimento à apelação interposta apenas pelo réu-agravante. No mais, a sentença foi mantida, de sorte que não há como admitir a ampliação



do comando condenatório, nem mesmo a pretexto de se interpretar o acórdão de maneira sistemática, sob pena de ferir a segurança jurídica e a própria *res iudicata*.

A coisa julgada é garantia constitucional, prevista no art. 5º, XXXVI, da Carta da República, que visa conferir segurança jurídica às decisões do Poder Judiciário, imunizando os seus efeitos substanciais, de modo a não permitir sejam modificadas por nova provocação judicial.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 502, estabelece que “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

A propósito, extrai-se do ensinamento de Humberto Theodoro Júnior sobre os efeitos positivos e negativos da *res iudicata*:

A coisa julgada é fenômeno próprio do processo de conhecimento, cuja sentença tende a fazer extinguir a incerteza provocada pela lide instalada entre as partes. Mas fazer cessar a incerteza jurídica não significa apenas fazer conhecer a solução cabível, mas impô-la, tornandoa obrigatória para todos os sujeitos do processo, inclusive o próprio juiz. [...] Admite-se, dessa maneira, uma função negativa e uma função positiva para a coisa julgada. Pela função negativa exaure ela a ação exercida, excluindo a possibilidade de sua reproposição. Pela função positiva, impõe às partes obediência ao julgado como norma indiscutível de disciplina das relações extrajudiciais entre elas e obriga a autoridade judiciária a ajustar-se a ela, nos pronunciamentos que a pressupõem e que a ela se devem coordenar. (Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. 1, 57ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1119).

Examinados os autos originários, denota-se que a liquidação de sentença por arbitramento foi conduzida com o objetivo de avaliar os bens imóveis indicados pela parte exequente como sendo de titularidade das empresas Raiz Empreendimentos Imobiliários Ltda e Lotel Empreendimentos Imobiliários Ltda, e ainda outro imóvel pertencente

aos litigantes em condomínio.

Ocorre que a coisa julgada posta em liquidação não dá respaldo a esse tipo de proceder. A liquidação restringe-se às quotas do capital social de tais sociedades empresárias subscritas em nome do agravante Paulo César Trindade D'Ávila, cujo procedimento deve se submeter ao que prevê a legislação civil inerente às sociedades empresárias, assim como ocorre nos casos de dissolução parcial de sociedades.

Consoante estabelece a norma do caput do art. 1.030 do Código Civil, “nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado”. (grifou-se).

Acerca da liquidação de quotas sociais, conforme adverte Arnaldo Wald, “cumpre estimar o valor do patrimônio líquido da sociedade (verificado em balanço especialmente levantado à época da resolução), o qual se obtém pela subtração do passivo exigível, em relação ao ativo apurado, aí incluindo o fundo de comércio e as reservas que tiverem sido constituídas” (Comentários ao Novo Código Civil. Vol. XIV. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 241).

Outrossim, Fábio Ulhoa Coelho explica que “por meio de levantamento contábil, que reavalia, a valor de mercado, os bens corpóreos e incorpóreos do patrimônio social, e da consideração do passivo da sociedade, projeta-se quanto seria o acervo remanescente caso a sociedade limitada fosse, naquele momento, dissolvida” (Curso de direito comercial: sociedades. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 505)

O Código de Processo Civil atualmente em vigor também possui regra processual específica no art. 606, no mesmo sentido, “em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma”.

Portanto, conclui-se que não era caso para simples liquidação de

sentença por arbitramento, mas sim de liquidação pelo procedimento comum (antiga liquidação por artigos), haja vista a necessidade de dilação probatória para a prova de fatos novos que não foram objeto da fase de conhecimento, quais sejam, a situação patrimonial de cada sociedade empresária à data da partilha, por meio de balanço especialmente levantado para este fim, com a exibição de todos os livros e documentos contábeis escriturados naquela época.

Compreensível que assim seja, uma vez que a situação patrimonial de cada empresa não se circunscreve ao conjunto de bens e direitos (ativo), compreende também passivo representado pelas obrigações existentes no momento do balanço que, no caso, deve coincidir com a data da partilha do patrimônio do casal na ação de divórcio. Com base nessa situação patrimonial é que deve ser apurado o valor das quotas sociais objeto da sobrepartilha determinada pelo comando judicial, para fins de indenização à agravada. [...]

Destarte, tendo em vista que para a apuração do valor das quotas sociais das duas sociedades limitadas na data de 22-9- 1987 será necessário analisar documentos que não foram demonstrados na fase de conhecimento (por serem prescindíveis naquele momento), como livros e documentos contábeis da época, não há como ser feita a liquidação por arbitramento (art. 509, I, CPC/2015), mas sim pelo procedimento comum, previsto no inciso II do art. 509 da nova Lei Processual Civil (repita-se, correspondente à antiga liquidação por artigos).

Ressalta-se que o Magistrado prolator da decisão agravada, embora tenha observado ser “inviável a meação das cotas das empresas, pois sequer foi possível avaliá-las, diante da inexistência de documentos para tanto”, deixou de reconhecer a necessidade de realizar-se liquidação pelo procedimento comum (por artigos); equivocadamente, fez o que chamou de “interpretação sistemática do acórdão”, e concluiu que “diante da impossibilidade de avaliar as cotas sociais daquelas sociedades empresárias, devem ser partilhados os imóveis adquiridos por meio delas”, em total violação à coisa julgada, além de desconsiderar o conceito jurídico de “quota social”.

Por fim, com relação aos imóveis localizados em Sombrio (592 lotes), vejamos o que fora então decidido no acórdão da lavra do Des. Pedro Manoel Abreu (apelação cível n. 41.233, em 27-9-1994), que julgou as apelações interpostas contra a sentença prolatada nos autos da ação anulatória c/c indenização por perdas e danos (n. 1988.061101-3), ajuizada pela empresa Lotel contra o Banco do Estado de Santa Catarina:

À vista de todo o exposto, relativamente à irrisignação da autora, dá-se provimento parcial ao recurso apenas para explicitar o conteúdo das perdas e danos, que deverão consistir no equivalente necessário à recomposição do estado anterior, na data do arbitramento, ou seja, em indenização correspondente ao valor de um terreno idêntico ou equivalente ao negociado, deduzido o montante do preço efetivamente pago pela coisa, devidamente atualizado, uma vez que a condenação, neste tocante, não mereceu reparo da apelante, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

Assim, a condenação, de um lado, tal como previu a sentença, envolverá a restituição do preço pago, devidamente corrigido, e mais perdas e danos, consistentes na diferença, se houver, do preço pago e o equivalente necessário na data do arbitramento.

Ressalva-se, no entanto, em face das peculiaridades do caso e do conteúdo do decisum, que as perdas e danos não poderão ser negativas, impondo ao réu condenação em montante inferior ao preço pago, devidamente corrigido. (grifou-se)

Para dar cumprimento à decisão citada, foi promovida “execução de sentença” (n. 023.97.2457-41-8), sendo então apurado que os lotes em questão, na data da avaliação (20-6-1997), importavam em R\$ 4.642.910,12 (resposta ao quesito B3 – fl. 202/pg. 11 do laudo pericial produzido).

Portanto, deverá o perito na liquidação, em cumprimento ao acórdão da Quarta Câmara de Direito Civil, da lavra do saudoso Des. Victor Ferreira, proceder o cálculo das quotas sociais da empresa na data de 22-9-1987 e observar o valor de avaliação dos lotes em execução

de sentença (10 anos depois), fazendo, então, um cálculo retroativo à aludida data, tendo em vista que a indenização por perdas e danos na ação proposta contra o Besc foi estabelecida com intuito de fazer a então Demandante Lotel Empreendimentos Imobiliários retornar ao estado anterior, ou seja, o valor necessário a reparar o prejuízo efetivo sofrido com a arrematação dos bens inexistentes em leilão, em 2-10-1986.

Essa forma de cálculo deve se dar em razão da impossibilidade de o Executado, enquanto sócio da empresa Lotel, ser beneficiado com o recebimento de determinado valor a título de indenização pelos imóveis adquiridos, com intuito de fazer voltar a empresa ao estado patrimonial anterior (arrematação dos lotes em leilão) e, sua ex-esposa, com direito reconhecido ao recebimento de metade de suas quotas sociais, receber valor diferente para retomar ao mesmo estado. Em outras palavras, a quantia recebida pelo varão em face da indenização concedida por esta Corte de Justiça em acórdão da lavra do Des. Pedro Abreu, há de ser a mesma a servir de paradigma para o cálculo dos 25% que, de direito, são devidos à mulher, além dos diversos bens, direitos e obrigações integrantes do conceito “quotas sociais”.

Destaca-se ser necessário apurar-se o valor dos aludidos imóveis à época determinada no acórdão (22-9-1987), de acordo com as diretrizes acima estabelecidas, apenas para viabilizar a atribuição do valor das quotas sociais da empresa Lotel, e, conseqüentemente, apurar a quantia que faz jus a Exequente (equivalente a 25% das quotas das empresas das quais o ex-marido é sócio), pois, conforme já explanado, o valor patrimonial de uma sociedade é composto de inúmeros elementos, tendo o STJ decidido que o melhor critério de liquidação de haveres é o “balanço de determinação” (art. 606, CPC/205), que refletiria o valor patrimonial real da empresa.

Colhe-se excerto de julgado da Corte Superior sobre o tema:

(...) O patrimônio de uma sociedade é composto por inúmeros elementos, os quais, possuindo valor econômico, devem estar espelhados nos haveres a serem pagos ao sócio dissidente, de modo a que este receba uma contrapartida justa pela sua retirada da sociedade.

Esta 3ª Turma há tempos teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema no julgamento dos REsp 24.554/SP, DJ de 16.11.1992, e 35.702/SP, DJ de 13.12.1993, ambos relatados pelo Min. Waldemar Zveiter, tendo decidido que o melhor critério de liquidação de haveres a ser utilizado seria o chamado *balanço de determinação*, que refletiria o valor patrimonial real da empresa.

Melhor explicando, o valor patrimonial é obtido dividindo-se o patrimônio líquido da sociedade pelo número de quotas. O valor do patrimônio líquido, por sua vez, irá variar conforme o critério adotado para elaboração do balanço. Por isso, na dissolução parcial, deve-se utilizar um levantamento do balanço que confira ao patrimônio líquido – e, por conseguinte, ao valor patrimonial – um valor real. Esse balanço, de acordo com os referidos precedentes, seria justamente o de determinação, que se contrapõe ao: (i) balanço periódico ou ordinário (reflete o valor patrimonial contábil, retratando a situação patrimonial da sociedade no encerramento do exercício social, sendo utilizado sobretudo para fins fiscais); (ii) balanço especial (reflete o valor patrimonial contábil em data presente, sendo utilizado para atualização do ativo e do passivo em virtude de fatos contábeis verificados ao longo do exercício social); (iii) balanço de cessão (reflete o valor patrimonial – econômico – de alienação da sociedade, sendo influenciado pelos interesses que envolvem a negociação entre comprador e vendedor); e (iv) balanço de liquidação (reflete o valor patrimonial real para fins de encerramento da sociedade, com exclusão de bens intangíveis, que só existem com a empresa em funcionamento).

O balanço de determinação utiliza um critério diferenciado de avaliação do ativo, que permite uma apuração fidedigna do patrimônio líquido. Os demais balanços, tendo em vista os objetivos a que se prestam, induzem distorções que comprometem a exatidão do valor patrimonial.

Os balanços periódico e especial se baseiam no valor de aquisição dos ativos (inclusive por determinação legal), enquanto o balanço de determinação se baseia no valor de mercado, correspondendo a uma

simulação da realização de todos os bens do ativo e da satisfação do passivo social, com vistas a apurar qual seria o acervo líquido da sociedade se ela estivesse sendo totalmente dissolvida naquela data.

O balanço de cessão, por sua vez, apresenta uma avaliação variável do ativo, conforme as necessidades e os interesses das partes que negociam a alienação da sociedade, nem sempre refletindo o seu valor patrimonial efetivo.

Já o balanço de liquidação, embora também se baseie no valor de mercado do ativo, parte do pressuposto de que este será totalmente realizado para encerramento das atividades da empresa. Diante disso, o cálculo desconsidera os bens intangíveis, que aderem à sociedade e só têm valor econômico enquanto a empresa estiver em atividade. Na dissolução parcial, a equiparação à dissolução total – para efeitos da apuração de haveres – constitui mera ficção legal, não se podendo olvidar que a sociedade irá, na prática, continuar em atividade, portanto beneficiando-se de seus bens intangíveis, cujo valor, naquele momento (de apuração de haveres), deve estar espelhado também nas cotas do sócio dissidente, que até então contribuiu para que formação desse patrimônio intangível.

Constata-se, portanto, que o balanço de determinação de fato se revela o mais apropriado para apuração dos haveres do sócio retirante.

Aliás, o balanço de determinação é fruto da própria jurisprudência ligada à dissolução parcial de sociedades, notadamente a exigência de que esta seja feita de forma ampla “com a exata verificação, física e contábil, dos valores do ativo” (RE 89.464/SP, identificado linhas acima).

Assim, apesar de antigos, os precedentes do STJ que impõem a utilização do balanço de determinação se mantém atuais e comportam aplicação. (...) (REsp 1335619/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 27/03/2015).

Portanto, como se viu, se o acórdão da lavra do Des. Victor Ferreira determinou que a Agravada obtivesse metade do valor das quotas que pertenciam ao Agravante (ex-cônjuge) nas sociedades limitadas que ele integrava, é óbvio que o *quantum debeat* não corresponde exatamente

ao valor de mercado dos imóveis que integram o patrimônio das empresas, pois representam apenas parte de seus ativos tangíveis.

Diante do exposto, a fim de permitir-se o fiel cumprimento da decisão transitada em julgada na sobrepartilha (acórdão exequendo), anula-se, de ofício, a liquidação realizada por arbitramento por violação flagrante da coisa julgada, determinandose, por conseguinte, que seja refeita pelo procedimento comum, nos termos do disposto no art. 509 do CPC/2015, no intuito de apurar-se o real valor das quotas sociais das empresas das quais o Agravante é sócio, na data estabelecida no título executivo judicial, e, por conseguinte, calcular a quantia a que faz jus a Exequente (*que não corresponde, obviamente, a 25 % do valor dos imóveis, mas sim das quotas sociais do ex-marido*), utilizando-se como um dos elementos para se chegar ao *quantum* final o valor dos lotes já definidos em execução do acórdão da lavra do Des. Pedro Abreu (R\$ 3.714.728,10), fazendo o *expert* posteriormente um *cálculo de involução valorativa imobiliária* ou *deflação imobiliária* até a data limite (22-9-1987), e, a partir daí, incidir correção monetária até a data do efetivo pagamento. Para tanto, em momento oportuno, o Juiz *a quo* deverá indicar perito diverso daquele precedente.

Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso e, de ofício, anula-se a liquidação nos termos acima destacados.

É o voto.

Agravo de Instrumento Nº 4009116-60.2016.8.24.0000

Declaração de Voto Vencido do Exmo. Sr. Cesar Abreu.

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão proferida em sede de liquidação, agora havida por definitiva, a qual impôs procedesse o agravante à indenização da agravada pelos seguintes valores a título de sobrepartilha, com os acréscimos legais e verbas sucumbenciais:



- R\$ 37.993,35, pelo imóvel de Florianópolis, localizado no Ribeirão da Ilha, inscrito na matrícula imobiliária nº 22.192;

- R\$ 6.449,08, pelos imóveis de São José, inscritos sob as matrículas nº 28.538 e nº 28.539, pertencentes à empresa Raiz Empreendimentos Imobiliários Ltda;

-R\$ 9.119.051,43, pelo imóvel de Sombrio (592 lotes), de registro imobiliário de nº R.4-7.622, arrematado pela empresa Lotel Empreendimentos Imobiliários Ltda junto ao BESC, valor este que foi obtido em ação indenizatória.

A insatisfação do agravante abarca os valores da primeira e última das indenizações.

Quanto ao imóvel de Florianópolis, a impugnação decorre do fato de que o mesmo encontra-se averbado em comum aos ex-cônjuges no registro imobiliário, dispensando, dessa forma, a partilha, porquanto já dividido em condomínio. A solução mais aconselhável é a venda do bem comum, consensual ou judicial; aliás, esse imóvel de Florianópolis sequer foi objeto de condenação na ação de sobrepartilha, não podendo ser incluído posteriormente, ou seja, na fase de liquidação, sob pena de afronta à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI c/c NCPC, art. 502).

Superado esse ponto, nota-se que a insatisfação principal, em verdade, corre pela indenização devida pelo agravante quanto ao imóvel de Sombrio, sendo este o ponto de eferescência entre as partes, dado o alto valor patrimonial em litúgio. A contraposição do agravante está direcionada à indenização fixada na fase de liquidação, por entender que a decisão objurgada não se ateu aos limites da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI c/c art. 502 do NCPC), desobedecendo os termos definidos no acórdão da ação de sobrepartilha.

Quanto ao citado acórdão, transitado em julgado, da relatoria do saudoso Des. Victor Ferreira (Apelação Cível nº 2011.009201-4), cabe

transcrever, no que interessa, o seguinte:

“Tratando-se de sociedade de pessoas, não é possível determinar a transferência direta das quotas sociais à exesposa do sócio por ocasião da partilha, sob pena de desrespeito à *affectio societatis*”.

“Estar-se-ia, desta forma, interferindo em direito de terceiros, alheios à sociedade conjugal”.

“Resta, então, determinar que o Apelante pague à Apelada o valor das quotas sociais das empresas Raiz Empreendimentos Imobiliários Ltda. e Lotel Empreendimentos Imobiliários Ltda., **pelo seu valor ao tempo da partilha de bens do casamento (22-9-87**, fls. 15 a 17), acrescido de correção monetária pelo INPC e juros legais (0,5% ao mês da data em que deveria ter ocorrido o pagamento até a entrada em vigor do Novo Código Civil, momento em que passa a incidir a taxa de 1% ao mês)”.

“Para isso, **deve-se levar em consideração o patrimônio de cada empresa, incluindo os bens imóveis que lhes pertenciam**” (Apelação Cível n. 2011.009201-4, rel. Des. Victor Sebem Ferreira, j. 17-02-2012).

Penso esteja absolutamente claro que a indenização admitida em favor da agravada correspondeu ao valor das quotas sociais das empresas Raiz e Lotel, incluído os bens imóveis que lhes pertenciam, pela sua expressão econômica, ao **tempo da partilha** de bens do casamento, **ocorrida em 22-09-1987**.

Adotado esse parâmetro como definitivo, pois restou transitada em julgado a ação de sobrepartilha, nota-se clara inconsistência na argumentação da agravada quando pretende ter participação na indenização percebida pela Lotel na ação judicial movida contra o BESC, cujo arbitramento do valor do imóvel de Sombrio fez referência ao valor de mercado do ano de 1997.

Isso porque, se no acórdão objeto de liquidação foram fixados os direitos da ex-cônjuge à expressão econômica das quotas sociais, incluídos aí os imóveis, tendo como marco de avaliação a data da partilha,

portanto, conforme já dito, 22-09-1987, não há como defender ter direito a agravada à participação de uma indenização (perdas e danos) fixada pela valorização imobiliária de 10 (dez) anos depois, sob pena de ofensa, repita-se, à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF e art. 502 do NCPC).

Aliás, segundo penso, a própria indenização determinada na apelação cível n. 1988.061101-3 incidiu em equívoco ao admitir, como expressão do valor do imóvel a indenizar, aquele obtido em 1997, visto que a referência à devolução das partes ao status quo ante implicaria na verificação do valor do imóvel na data da aquisição (1986), o que já seria maior do que o efetivamente desembolsado àquela data, sabido que na venda em hasta pública os bens saem por valor inferior ao de mercado. Ora, em assim sendo, não pode a agravada pretender ser indenizada de forma diversa – para mais ou para menos –, considerado o equívoco daquele julgado, dado que seu direito reconhecido judicialmente, com trânsito em julgado, diz exclusivamente com o valor das quotas sociais na data da partilha (1987). Portanto, é o valor do imóvel, nesta data (1987), que deve ser considerado.

Diferente seria se a decisão tivesse tratado, também, das perdas e danos por eventual má-fé na sonegação dos bens no divórcio, ou que isso decorresse de ação própria, lastreada no art. 927 do Código Civil.

Ora, se assim não o fez, a indenização devida à agravada somente pode se ater à relação jurídica da partilha (e sobrepartilha) dos bens do matrimônio, que é o objeto da ação proposta, restringindo-se, portanto, aos limites do que tratado no acórdão, devendo corresponder ao valor das quotas sociais – incluídos os bens imóveis – em 22-09-1987, ano seguinte à aquisição dos lotes (02-10-1986) que compõem o imóvel de Sombrio, o que deve ser apurado em liquidação pelo mesmo método utilizado para a avaliação que gerou as perdas e danos em favor da empresa Lotel (“Método Comparativo de Dados de Mercado”), levando-se em consideração, sobretudo, o que previsto na NB 502/89, que define

os procedimentos para alcançar o “valor de mercado” dos bens imóveis.

É o que também se extrai, a propósito, da doutrina especializada de Fábio Ulhôa Coelho, o qual prevê para a hipótese de apuração de haveres na dissolução de uma sociedade, a necessidade da “realização de levantamento contábil, **que reavalia, a valor de mercado, os bens corpóreos e incorpóreos do patrimônio social e da consideração do passivo da sociedade**” (COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Comercial, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, V. II, p. 469).

Essa orientação, ademais, emerge do art. 1.031 do CC/2002, segundo o qual “nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado”. Ademais, tendo o julgado fixado como marco para a fixação do valor das quotas a data da partilha, não há como admitir, agora, sem quebra da ordem legal, outro encaminhamento.

Encontrado o valor de mercado do bem imóvel à época da partilha e sobre ele fixado o percentual (25%) de direito da ex-cônjuge, seguir-se-á nas atualizações já previstas no acórdão transitado em julgado.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso, nos termos desta fundamentação, para que seja anulada a decisão agravada e, na liquidação de sentença, seja realizada nova perícia judicial, levando em consideração os parâmetros definidos no acórdão n. 2011.009201-4, como explicitado.

Florianópolis, 9 de março de 2018.

Desembargador Cesar Abreu  
Relator

**QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL****Agravo de Instrumento n. 4010566-83.2018.8.24.0900, de Concórdia**

Relator: Desembargador Luiz César Medeiros

CIVIL – AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR – ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL – IRMÃOS – GENITORES DISTINTOS – ATRIBUIÇÃO DA GUARDA DE UM DOS MENORES AO PAI BIOLÓGICO – OFENSA À MANUTENÇÃO DO GRUPO DE IRMÃOS – INOCORRÊNCIA – PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA NATURAL 1 O Estatuto da Criança e do Adolescente determina que “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”, além de estabelecer que a “manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência” (ECA, art. 19, caput e § 3º). 2 Por mais que a permanência do grupo de irmãos em conjunto se mostre como situação favorável, não se pode impedir a convivência do infante com seu pai biológico quando, a toda evidência, este possui perfeitas condições de garantir o desenvolvimento sadio do filho.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4010566-83.2018.8.24.0900, da Comarca de Concórdia Vara Criminal e da Infância e Juventude em que é Agravante A. C. R. da S. e Agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado no dia 31 de julho de 2018, os Excelentíssimos Senhores Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Ricardo Fontes e Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 1º de agosto de 2018.

Desembargador Luiz César Medeiros  
PRESIDENTE E RELATOR

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por A. C. R. da S. contra decisão interlocutória proferida nos autos da ação de destituição do poder familiar, processo n. 0001177-69.2018.8.24.0019, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por meio da qual foi concedida tutela de urgência para ser o infante A. L. dos S. M. F. entregue ao seu genitor.

A agravante alegou, em suma, o descabimento do *decisum*, por meio do qual impôs-se a separação dos irmãos acolhidos durante o processo de adoção, uma vez que devem ser realizados todos os esforços para garantir a permanência dos infantes no seio de sua família natural, no que se enquadra o grupo de irmãos.

Requeru a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o provimento do reclamo, para reformar a decisão recorrida e determinar a continuidade dos dois irmãos no abrigo.

Às fls. 16-18 o efeito suspensivo pleiteado foi indeferido.

Contraminuta às fls. 25-33.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Procuradora de Justiça, Doutora Lenir Roslindo Piffer, opinou pelo conhecimento e desprovimento do reclamo.

## VOTO

1 Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, o reclamo merece ser conhecido, passando-se, desta forma, à respectiva análise.

2 O reclamo, como se verá, não merece provimento. Consoante se observou quando da análise do pedido liminar de concessão de efeito suspensivo ao recurso, o que se arremata agora em definitivo, por mais que a permanência do grupo de irmãos em conjunto se mostre como situação favorável, não se pode impedir a convivência do infante com seu pai biológico quando, a toda evidência, este possui perfeitas condições de garantir o desenvolvimento sadio do filho.

Além disso, é inquestionável que, a despeito do convívio dos irmãos, a permanência da criança em acolhimento institucional se afigura por situação certamente mais prejudicial do que a entrega do infante aos cuidados do pai.

Tanto a Constituição da República Federativa do Brasil, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente apregoam a proteção à família e o dever de todos de assegurar às crianças, aos adolescentes e aos jovens, com absoluta prioridade, direitos fundamentais (CRFB, art. 227).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, inclusive, estabelece que “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral” (ECA, art. 19, caput).

Citado art. 19, em seu § 3º, ainda prevê que “a manutenção ou a

reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência”.

Não há dúvidas, então, de que, sendo possível, deve-se privilegiar a manutenção dos filhos com os pais biológicos.

No caso, o MM. Juiz entendeu pela possibilidade de atribuição da guarda do menor A. L. dos S. M. F. ao pai, em razão dos estudos sociais e psicológicos dando conta de que *“a família do senhor A. L. dos S. M. está apta a receber a criança [...] e com todas as condições de conduzir uma convivência segura”* (fl. 27).

E quanto ao sopesamento entre o direito de manutenção do grupo de irmãos e a preservação da família natural, com judiciosos argumentos discorreu a ilustre Procuradora de Justiça, Doutora Lenir Roslindo Piffer, em seu parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça, os quais adoto, em complemento aos fundamentos aqui expostos, como razões de decidir:

“A questão remonta tão somente ao princípio do não desmembramento do grupo de irmãos.

E sob este aspecto, não se ignora que a doutrina da proteção integral, e dentro desta, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, recomendam expressamente a manutenção do grupo de irmão, que é um direito previsto no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 28, § 4º).

Contudo, este não se trata de princípio absoluto, de modo que circunstâncias fáticas podem justificar a adoção de solução diversa, principalmente quando não se está tratando de colocação da criança em família substituta e sim na família natural. E este é o caso dos autos.

A. L. dos S. M. F. tem direito de conviver com o pai, a ser integrado na família paterna, e esse direito não deve ser embaraçado porque a criança tem um irmão que não pertence àquele núcleo familiar.

Foge à razoabilidade manter A. L. dos S. M. F. acolhido quando pode permanecer no seio de sua família paterna, junto ao genitor.



Aliás, no mesmo sentido foram as contrarrazões do Ministério Público: ‘Assim, seria até mesmo desumano submeter A. L. dos S. M. F. a continuar acolhido, enquanto poderia estar convivendo com o núcleo familiar paterno e se desenvolvendo de forma segura e adequada, contando com todo o apoio do genitor e sua família, os quais, conforme já afirmado, possuem todas as condições para assumir os cuidados da criança’ (fls. 33)” (fls. 38-39).

Não há, portanto, razões para dar provimento ao recurso e reformar a decisão agravada, que deve permanecer intacta.

3 Ante o exposto, com base nos fundamentos acima aduzidos, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

**Apelação Cível n. 0304308-47.2016.8.24.0019, de Concórdia**

Relator: Des. Jairo Fernandes Gonçalves

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVENTÁRIO. BEM IMÓVEL. ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA ANTERIOR AO FALECIMENTO DO DE CUJUS. INEXISTÊNCIA DE BENS A INVENTARIAR RECONHECIDA. INTERESSE DE AGIR AUSENTE. EXTINÇÃO DO FEITO. RECURSO DO INVENTARIANTE. INTENÇÃO DE PARTILHA DO BEM. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO E FORMA NA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA. ARGUMENTOS NÃO LANÇADOS NA ORIGEM. INOVAÇÃO RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO NO PONTO. ADEMAIS, AÇÃO DE INVENTÁRIO INCOMPATÍVEL COM A ANÁLISE DO TEMA. ESCRITURA NÃO LEVADA A REGISTRO ATÉ A DATA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. DOCUMENTO ASSINADO PELO APELANTE, DEMAIS HERDEIROS E PELA VIÚVA MEEIRA. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE EXARADA. ANUÊNCIA QUE VINCULA AO PACTO, MESMO SEM O DEVIDO REGISTRO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO SINGULAR. INTENÇÃO DE ALTERAR A VERDADE DOS FATOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA APLICADA. PRETENDIDO AFASTAMENTO OU MINORAÇÃO DO PERCENTUAL. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR DE 5% DO VALOR CORRIGIDO DA CAUSA. AUSÊNCIA DE DESDOBRAMENTOS PREJUDICIAIS. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. VERBA ARBITRADA NO PATAMAR MÍNIMO. PLEITO DE REDUÇÃO INCABÍVEL. MANUTENÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0304308-47.2016.8.24.0019, da comarca de Concórdia (Vara da Família Órfãos, Sucessões Inf e Juventude), em que é apelante Sérgio Antônio Gasparini, e são apelados Jussemar Luis Gasparini e Nilce Sandra Mezacasa Gasparini:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e dar parcial provimento a ele. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 3 de julho de 2018, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz César Medeiros, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Fontes.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Narcísio Geraldino Rodrigues.

Florianópolis, 10 de julho de 2018.

Jairo Fernandes Gonçalves  
RELATOR

## RELATÓRIO

Sérgio Antônio Gasparini ajuizou, na comarca de Concórdia, Inventário de único bem imóvel (pg. 36) deixado por Valdomar Gasparini, falecido em 16-5-2003 (pg. 9).

Oficialmente nomeado (pgs. 37-38), o inventariante apresentou esboço de partilha (pgs. 41-47), procuração dos herdeiros Sirlei Salete

Devens e Valmos Devens (pg. 48), Maristela Fátima Gasparini (pg. 49), Marilene Dalla Costa (pg. 50), Marisa do Carmo Gasparini e Jorge Luiz Venassi (pg. 51), Dirlei Salete Balbinot Gasparini e Lorimar Henrique Gasparini (pg. 52), Lúcia Maria Gasparini (pg. 53), Ivanir Rosa Gasparini (pg. 54) e requereu a intimação dos herdeiros Jussemar Luiz Gasparini e Nilce Sandra Mezacasa (pg. 92).

Citados (pgs. 112), Jussemar Luiz Gasparini e Nilce Sandra Mezacasa apresentaram contestação (pgs. 114-118), noticiando a existência de escritura pública de compra e venda do imóvel objeto da ação de inventário (pgs. 127-130), assinada por seus genitores, irmãos/irmãs e cunhados/cunhadas em 27-12-2001. Explicou que o registro só ocorreu em 27-6-2017 (pgs. 138-140) por falta de condições financeiras para tanto, mas que os demais herdeiros tinham ciência de que o imóvel não mais pertencia ao de cujus. Requereram a improcedência da ação e a condenação dos requerentes nas multas por litigância de má-fé.

Houve réplica (pgs. 152-156), na qual o inventariante apontou que a escritura pública mencionada não teria sido levada a registro em tempo oportuno. Destacou que os demais herdeiros não concordam que Jussemar Luiz Gasparini e Nilce Sandra Mezacasa sejam os legítimos donos do imóvel, não havendo o que se falar em má-fé.

Sobreveio a sentença (pgs. 157-158) que julgou extinto o feito em razão da ausência de interesse de agir, pois o único bem que embasava o pedido de inventário não mais pertencia ao de cujus no momento do falecimento. A decisão condenou o inventariante Sérgio, os herdeiros Lorimar, Sirlei, Marilene, Mariza e Maristela, e a meira Lucia ao pagamento de multa de 10% sobre o valor atualizado da causa, por litigância de má-fé, bem como ao pagamento do ônus de sucumbência.

Sérgio Antônio Gasparini, inconformado, interpôs recurso de Apelação Cível (pgs. 162-175), no qual destacou, em síntese, que no momento do protocolo do Inventário (8-12-2016) o bem imóvel que o

fundou encontrava-se registrado em nome do de cujus (pg. 36), isto é, os apelados não haviam perfectibilizado a aquisição do imóvel. Argumentou que a anuência do apelante e seus irmãos se deu somente em respeito a vontade do de cujus e que não sabiam ao certo o que estavam assinando. Defendeu, ainda, a existência de vício na formalização da escritura pública, pela ausência de assinatura de Lodovino Dalla Costa.

Argumentou, ainda, que não teria havido má-fé, pois o imóvel não estaria registrado em nome dos apelados, os quais teriam mudado da cidade no mesmo ano do falecimento do de cujus e abandonado o imóvel, que estaria sendo usado pela viúva. Defendeu ser desarrazoada a multa por litigância de máfé arbitrada na origem, pugnando por sua exclusão ou redução. Também requereu o afastamento da condenação ao pagamento do ônus da sucumbência.

Contrarrazões às pgs. 181-184.

Logo após, os autos foram remetidos a esta superior instância e a Procuradoria-Geral da Justiça, em parecer da lavra do Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo, disse não haver interesse tutelável pelo Órgão Ministerial (fl. 193).

Este é o relatório.

## VOTO

Cuida-se de Apelação Cível interposta contra a decisão singular que extinguiu o feito, por entender que o único bem que fundava o inventário não pertencia ao de cujus no momento do falecimento.

Apesar da confusa formulação do pedido recursal, é possível extrair, do contexto apresentado, que ainda persiste a intenção de partilhar imóvel registrado perante 2º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca

de Concórdia com o n. 2.193 entre os herdeiros de Valdomar Gasparini. Todavia, a sentença não merece retoques no ponto.

Destaca-se que os supostos vícios apontados no momento da formalização da escritura pública, quais sejam, contrariedade no campo destinado à assinatura de Lodovino Della Costa e vício de consentimento dos demais herdeiros, que seriam pessoas humildes e desconheceriam o documento que assinavam, apenas o fazendo por respeito ao genitor, são argumentos que sequer comportam conhecimento por este Tribunal de Justiça, porque não levantados na origem.

Na exordial não há qualquer menção à existência da escritura pública juntada às pgs. 127-130, tampouco no esboço de partilha realizado pelo inventariante. Apenas no momento da réplica (pgs. 152-156) é que o apelante manifesta-se quanto à temática, defendendo a necessidade de registro público da referida escritura de compra e venda para perfectibilidade da aquisição, o que ainda não teria ocorrido no momento do ajuizamento da ação. Além disso, manifestou simples discordância em relação à negociação, sem mencionar os supostos vícios ora apontados.

De todo modo, é de sabença que o processo de inventário não é o meio processual adequado para discussão sobre a validade do negócio jurídico celebrado pelo de cujus, situação de alta indagação que dependeria da análise de outras provas, em ação própria.

Assim, deixa-se de conhecer as razões recursais acima mencionadas, sendo que, no mais, o recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, razão pela qual merece ser conhecido.

A verdade é que o fato da escritura de compra e venda (pgs. 127-130) ainda não constar no registro do imóvel perante o 2º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Concórdia - n. 2.193, no momento em que o inventariante recolheu os documentos para ajuizamento da ação (pg. 36), em nada altera a solução conferida pela Magistrado singular.

Isso porque não há dúvidas de que o registro do imóvel em discussão ocorreu somente em 27-6-2017 (pgs. 138-140), isto é, posteriormente ao ajuizamento da ação (8-12-2016), apesar da escritura pública ter sido formalizada em 27-12-2001. Tal situação é inclusive admitida pelos apelados em contestação, que associa a demora para registro do imóvel em seus nomes à ausência de recursos financeiros para tanto.

Contudo, o registro tardio, mesmo após a morte do alienante, não modifica o fato de que o acordo de vontades restou formalizado em 27-12-2001, com plena ciência e anuência por parte dos herdeiros necessários e da viúva meeira, vinculando todos os envolvidos. Logo, a manifestação da vontade de transmitir direito real imobiliário já existia desde 2001 e levar a escritura pública à registro, neste caso, apenas formaliza a transmissão da propriedade e concede publicidade ao negócio jurídico perante terceiros.

Diante desse cenário, verifica-se que a conclusão da juízo a quo encontra-se acertada, pois inexistindo bens a inventariar, em razão da prévia alienação do imóvel objeto da demanda, sua extinção é a medida que se impõe.

O inventariante pretende, ainda, afastar a multa por litigância de má fé fixada na origem, ou reduzi-la ao mínimo legal, além de apresentar irresignação acerca da condenação em honorários de sucumbência.

De início, destaca-se que a presente ação foi ajuizada sob a égide do novo Código de Processo Civil, o qual dispõe sobre a temática em análise nos artigos 80 e 81. O Julgador singular entendeu que “má-fé do inventariante, dos demais herdeiros e da meeira é nítida, pois reclamam a propriedade de imóvel que sabiam não pertencer mais ao de cujus, tanto que assinaram escritura pública de compra e venda como anuentes/vendedor (no caso da meeira) há mais de 15 anos (fls. 127-130), e sequer revelaram/justificaram esse fato (venda) quando apresentaram o esboço da partilha (fls. 41-47), com o propósito de alterar a verdade dos fatos

(art. 80, II, do CPC)” (pg. 158).

Em que pese as alegações recursais, outra interpretação não resta.

Verifica-se que até o momento da réplica o inventariante nada havia referido acerca da existência da escritura pública de compra e venda firmada no ano de 2001, mesmo ciente da formalização de tal pacto, em conjunto com seus genitores e irmãos/cunhados. Como acima mencionado, no texto exordial nenhuma linha foi utilizada para indicar a prévia pactuação sobre a compra e venda do imóvel, tampouco questões relacionadas a vício de forma ou consentimento foram apontadas.

Entende-se plenamente aplicável a multa por litigância de má-fé no caso em tela, porque, como visto, o apelante conscientemente alterou a verdade dos fatos ao apontar a existência de bem passível de partilha deixado por seu genitor, quando da verdade o referido imóvel já havia sido objeto de alienação.

Por outro lado, revela-se possível a minoração do percentual arbitrado na origem, principalmente considerando que a veracidade dos fatos foi esclarecida pelos apelados no momento da contestação e posteriormente corroborada pelo apelante na réplica, não resultando em maiores desdobramentos prejudiciais. Destaca-se, ainda, que o Julgador singular determinou que tal multa fosse dividida entre o inventariante Sérgio, aos herdeiros Lorimar, Sirlei, Marilene, Mariza e Maristela, e à meeira Lúcia, razão pela qual sua aplicação no patamar mínimo certamente não servirá ao propósito punitivo.

Assim, ponderadas as particularidades do caso concreto e buscando cumprir com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, reduz-se a multa aplicada pela litigância de má-fé ao percentual de 5% do valor atualizado da causa.

Por fim, no tocante aos honorários sucumbenciais, contata-se que já foram arbitrados pelo Julgador singular no mínimo legal, em



observância ao artigo 85 do Código de Processo Civil, não comportando qualquer modificação. Na verdade, em atendimento ao disposto no artigo 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, tal verba merece inclusive majoração em 1%, perfazendo um total de 11% do valor da causa, em razão do adicional trabalho recursal.

*Ex positis*, vota-se no sentido de conhecer de parte do recurso e dar parcial provimento a ele.

**Apelação Cível n. 0019698-30.2012.8.24.0033, de Itajaí**

Relatora: Desembargadora Cláudia Lambert de Faria

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE DESPACHO ADUANEIRO. AUTORA QUE, NA QUALIDADE DE AGENTE DE CARGA, FOI MULTADA PELA RECEITA FEDERAL POR DEIXAR DE LANÇAR INFORMAÇÕES SOBRE A CARGA TRANSPORTADA A TEMPO E MODO NO SISCOMEX. ALEGAÇÃO DE QUE TAL OBRIGAÇÃO INCUMBIA À EMPRESA DE DESPACHO ADUANEIRO, CONFORME PROCURAÇÃO ACOSTADA AOS AUTOS. PEDIDO DE CONDENAÇÃO DESTA AO PAGAMENTO DO VALOR CORRESPONDENTE À MULTA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA REQUERIDA ILEGITIMIDADE PASSIVA. DESNECESSIDADE DE APRECIÇÃO DA TESE, DIANTE DO JULGAMENTO DO MÉRITO FAVORÁVEL À PARTE QUE LHE APROVEITARIA. EXEGESE DO ART. 488 DO CPC. MÉRITO. PENALIDADE APLICADA À AUTORA NA ESFERA ADMINISTRATIVA DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA. INSTRUMENTO PROCURATÓRIO JUNTADO AO PROCESSO QUE COMPROVA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RELACIONADOS AO DESPACHO ADUANEIRO, NÃO CONTENDO, PORÉM, PODERES EXPRESSOS REPASSANDO À OUTORGADA/REQUERIDA A OBRIGAÇÃO DE LANÇAR AS INFORMAÇÕES DA CARGA NO SISCOMEX. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE A RÉ ASSUMIU A RESPONSABILIDADE ATRIBUÍDA POR LEI AO TRANSPORTADOR/AGENTE DE CARGA. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DA EMPRESA COMISSÁRIA DE DESPACHOS ADUANEIROS NÃO DEMONSTRADA. ÔNUS QUE INCUMBIA À AUTORA, NOS TERMOS DO ART. 373, INCISO I, DO CPC. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA REFORMADA. SUCUMBÊNCIA. NECESSIDADE DE

## INVERSÃO DO ÔNUS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0019698-30.2012.8.24.0033, da comarca de Itajaí 3ª Vara Cível em que é Apelante JCV Comissária de Despacho Aduaneiros e Apelada Cargo World Brasil Ltda.

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz César Medeiros, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Fontes.

Florianópolis, 26 de junho de 2018.

Desembargadora Cláudia Lambert de Faria  
Relatora

### RELATÓRIO

CARGO WORLD BRASIL LTDA ajuizou ação indenizatória em face de JCV COMISSIONÁRIA DE DESPACHO ADUANEIROS LTDA, alegando, em síntese, que trabalha no ramo comercial de agenciamento de carga aérea e marítima nacional e internacional e, para exercer as suas atividades nos portos brasileiros, contratou a empresa para exercer as funções de despachante aduaneiro no período de maio de 2007 a dezembro de 2008 no Porto de Itajaí.

Afirmou que a requerida deixou de lançar, em tempo hábil no

SISCOMEX-SISCARGA para ciência da Receita Federal, informações sobre as cargas transportadas e a chegada de veículo procedente do exterior ou a ele destinado, gerando, em 21/08/2008, multa no valor de R\$ 25.000,00 referente a quatro contratos de transporte.

Aduziu que o auto de infração foi enviado ao setor administrativo fazendário e apresentada impugnação diante da omissão da ré, a mesma foi julgada improcedente, acarretando a inscrição em dívida ativa devidamente atualizada em R\$ 40.536,00 na data de 13/09/2011.

Informou que, para não ter a sua atividade comercial suspensa pela Receita Federal, requereu o parcelamento do montante em 29/02/2012. Apontou, ainda, que a ré foi negligente, sendo notória a responsabilidade desta, uma vez que ocorreu falha substancial na prestação do serviço de despacho aduaneiro.

Por esses motivos, pugnou pela condenação da requerida ao pagamento do valor de R\$ 40.536,00, devidamente corrigido desde a data da omissão do lançamento no SISCOMEX, acrescido de juros legais.

Citada, a requerida apresentou contestação (fls. 127/139) arguindo preliminarmente a) a carência da ação, porquanto não ficou demonstrada a sua responsabilidade, tampouco que a autora suportou o encargo financeiro (multa); b) sua ilegitimidade passiva, pois não celebrou, em nome próprio, qualquer negócio jurídico com a demandante, atuando como mera procuradora/mandatária, agindo em nome desta última perante o Armador, não tendo responsabilidade quanto à obrigação de lançar as informações sobre as cargas transportadas em tempo hábil no SISCOMEX-SISCARGA.

No mérito, defendeu, em suma, que a autora (agente de cargas) quedou-se inerte no momento de lançar as informações necessárias dos contêineres do sistema SISCOMEX-SISCARGA em tempo hábil, gerando, assim, multa pelo atraso, e que os despachantes aduaneiros não possuem poderes para lançar tais informações.

A autora manifestou-se às fls. 141/144.

Na sequência, o feito foi extinto, sem julgamento de mérito, reconhecendo-se a ausência de requisito de desenvolvimento válido e regular do processo (fls. 145/147).

Interposto recurso de apelação (fls. 150/157), este Órgão Julgador cassou a sentença e determinou a remessa dos autos à origem para a devida instrução (fls. 183/186).

Com o retorno do processo ao primeiro grau, o magistrado singular postergou a análise das preliminares para a sentença (fl. 203).

Realizada a audiência de instrução e julgamento, as litigantes dispensaram o depoimento do representante legal da parte contrária e a demandada desistiu da inquirição das testemunhas arroladas, havendo a apresentação de alegações finais remissivas (fl. 257).

Na sentença (fls. 284/289) o pedido inicial foi julgado procedente, constando da parte dispositiva:

“[...] JULGO PROCEDENTE o pedido deduzido nesta Ação Indenizatória, registrada sob o nr. 0019698- 30.2012.8.24.0033, oposta por Cargo World Brasil Ltda. contra JCV Comissária de Despacho Aduaneiro Ltda., para condenar a demandada ao pagamento do valor da multa declinada na inicial, até o valor atribuído à causa de quarenta mil, quinhentos e trinta e seis reais (R\$ 40.536,00), a ser corrigido pelo INPC a contar do ajuizamento da ação e juros de mora de um por cento (1%) ao mês. As parcelas do financiamento deverão ser atualizadas pelo INPC do respectivo pagamento e juros de mora de um por cento (1%) ao mês, a contar da citação, a serem objeto de liquidação de sentença.

Condeno ainda, a parte vencida, ao pagamento das custas finais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.”

Insatisfeita, a requerida interpôs recurso de apelação (fls. 295/302) levantando a mesma tese da peça de defesa de ilegitimidade passiva, uma

vez que não há qualquer documento que comprove a sua obrigação de efetuar lançamentos no sistema SISCOMEXSISCARGA.

No mérito, argumenta novamente a sua ausência de responsabilidade no caso em tela, pois a ela foram outorgados apenas poderes de administração, para que pudesse representar a apelada, recebendo e entregando documentos, mas nunca para que fosse representá-la em qualquer sistema da Receita Federal. Sustenta que era legalmente imposto à apelada efetuar a inserção das informações no referido sistema.

Com base nisso, pugna pela reforma da sentença, a fim de que o pedido inicial seja julgado improcedente.

As contrarrazões constam às fls. 309/314.

Os autos vieram conclusos para julgamento.

## VOTO

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 aos requisitos de admissibilidade recursal, consoante Enunciado administrativo n. 3 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/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”*.

No caso em apreço, a sentença foi prolatada já na vigência do novo CPC, portanto, devem ser observados os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista e, na espécie, vê-se que os mesmos foram preenchidos, motivo pelo qual deve ser conhecido o recurso.

Por seu turno, a análise do pleito recursal também deve obedecer aos dispositivos do novo código.

Como visto, a apelante pretende o reconhecimento da sua ilegitimidade passiva, assim como que seja afastada a sua condenação ao pagamento da multa imposta à apelada pela Receita Federal.

De início, quanto à ilegitimidade passiva, cumpre mencionar que *“o exame das preliminares pelo julgador, em sentido amplo, a incluir as prejudiciais de mérito, é dispensável quando se puder decidir o mérito em favor da parte a quem aproveitaria o acolhimento daquelas”* (TJSC, Apelação Cível n. 0302214-17.2016.8.24.0023, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 30/01/2018).

Referido posicionamento encontra respaldo no art. 488 do CPC, senão vejamos:

Art. 488. Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485.

O art. 485 dispõe:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...]

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

[...]

Desse modo, levando-se em consideração que o pleito inicial deve ser desacolhido, conforme será analisado abaixo, mostra-se desnecessário o exame da preliminar de ilegitimidade passiva.

Quanto ao mérito, infere-se do auto de infração de fls. 27/35 que a apelada, na condição de agente de carga/desconsolidador, foi multada (fato gerador datado de 2008) por deixar de prestar informação, via SISCOMEX, sobre veículo ou carga transportada, ou sobre operações que executou, na forma e prazo estipulados pela Receita Federal,

conforme estabelecido na IN nº 800/07.

Do referido documento, extraem-se as seguintes passagens:

“A agência desconsolidadora autuada descumpriu os prazos e as condições para a informação dos conhecimentos eletrônicos agregados sob sua responsabilidade, conforme Termo de constatação e consultas, em anexo.

A planilha contida no referido Termo indica a data da atracação; o conhecimento eletrônico intempestivamente desconsolidado (CE genérico ou Máster); a data e a hora da desconsolidação; e os conhecimentos eletrônicos agregados (CE filhotes ou House). Todos os dados foram obtidos em consultas ao módulo de controle de carga aquaviária do sistema Integrado de comércio exterior (Siscomex), denominado Siscomex Carga.

Confrontando-se os dados referentes à atracação do navio no porto de destino com os referentes ao término do processo de desconsolidação, verificase que para os 05 CE Máster [...] indicados no Termo, de fato, houve o descumprimento do prazo para a conclusão da desconsolidação, uma vez que, em todos os casos, a finalização de tal processo ocorreu somente após a atracação da embarcação no porto de destino final do CE genérico.”

A aplicação da penalidade baseou-se na legislação aplicada à época, a saber:

Art. 30 do Decreto nº 4.543, de 26 de dezembro de 2002:

Art. 30. O transportador prestará à Secretaria da Receita Federal as informações sobre as cargas transportadas, bem assim sobre a chegada de veículo procedente do exterior ou a ele destinado.

[...]

§ 2º O agente de carga, assim considerada qualquer pessoa que, em nome do importador ou do exportador, contrate o transporte de mercadoria, consolide ou desconsolide cargas e preste serviços conexos, também deve prestar as informações sobre as operações que execute e sobre as respectivas cargas.



## Artigos 1º, 17 e 18 IN RFB nº 800/2007:

Art. 1º O controle de entrada e saída de embarcações e de movimentação de cargas e unidades de carga em portos alfandegados obedecerá ao disposto nesta Instrução Normativa e será processado mediante o módulo de controle de carga aquaviária do Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex), denominado Siscomex Carga.

Parágrafo único. As informações necessárias aos controles referidos no caput serão prestadas à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) pelos intervenientes na forma e prazos estabelecidos nesta Instrução Normativa, mediante o uso de certificação digital:

I - no Sistema de Controle da Arrecadação do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (Mercante), gerenciado pelo Departamento do Fundo da Marinha Mercante (DEFMM), pelos transportadores, agentes marítimos e agentes de carga; e

II - diretamente no Siscomex Carga, pelos demais intervenientes.

Art. 17. A informação da desconsolidação da carga manifestada compreende:

I - a identificação do CE como genérico, pela informação da quantidade de seus conhecimentos agregados; e

II - a inclusão de todos os seus conhecimentos eletrônicos agregados.

Art. 18. A desconsolidação será informada pelo agente de carga que constar como consignatário do CE genérico ou por seu representante.

Apesar da interposição de recurso administrativo pela recorrida, o mesmo foi rejeitado, conforme trechos que seguem (fls. 47/54):

“A multa formalizada por meio do auto de infração que inaugura o presente processo está assim prevista na alínea “e” do inciso IV do artigo 107 do Decreto-lei nº 37/1966, com redação dada pelo artigo 77 da Lei nº 10.833/2003, in verbis:

Art. 107. Aplicam-se ainda as seguintes multas:

(...)

IV - de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais):

(...)

e) por deixar de prestar informação sobre veículo ou carga nele transportada, ou sobre as operações que execute, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal, aplicada à empresa de transporte internacional, inclusive a prestadora de serviços de transporte internacional expresso porta-a-porta, ou ao agente de carga;

[...]

Relativamente aos intervenientes, estão sujeitos à multa em tela a empresa de transporte internacional, inclusive a prestadora de serviços de transporte internacional expresso porta-a-porta, e o agente de carga.

[...]

O sujeito passivo que figura no auto de infração em trato trata-se, como o próprio impugnante confirma, de ‘desconsolidador de carga’, portanto ‘agente de carga’, passível, dessa forma, de responder pela infração [...].

Como visto, o desconsolidador é agente de carga e espécie do gênero ‘transportador’ [...] tendo responsabilidade sobre as informações a respeito da desconsolidação de cargas [...].

De se verificar ainda as impropriedades na argumentação da impugnante que ora alega isenção de responsabilidade por ter figurado como mera ‘consignatária’, que significaria tão-somente ‘entregue para’, ao passo que seria apenas ‘agente marítimo’ [...].

Em verdade, como já consignado, a impugnante operou nos casos em trato como ‘agente de carga’, especificamente como ‘desconsolidador’, não podendo algar ser ‘mero’ consignatário, pois, como sabe, figurar como ‘consignatário’ no Conhecimento de Embarque Máster é condição para operar como ‘desconsolidador’. Se assim não fosse, como se explicaria a inclusão no sistema, por parte da impugnante, dos dados de desconsolidação das cargas? Estaríamos, no mínimo, frente a um caso de falsidade ideológica [...].”

Logo, verifica-se que as normas legais citadas impõem ao

transportador/agente de carga/desconsolidador a obrigação de lançar as informações a respeito das cargas a tempo e modo. Na hipótese, não observado o prazo previsto na legislação, a apelada, tendo operado como agente desconsolidador, foi multada pela Receita Federal, nos termos das decisões acima.

Por sua vez, não se desconhece que as partes firmaram a procuração de fl. 37, a qual demonstra a prestação de serviços, com a contratação da apelante para exercer as atividades relacionadas ao despacho aduaneiro no Porto de Itajaí, conforme o art. 718 do Decreto nº 4.543/02 e artigos 1º e 24 do Decreto nº 646/92 (1), no período de maio de 2007 a dezembro de 2008.

Mencionados dispositivos prescrevem:

Art. 718 [Decreto 4.543/02]. As atividades relacionadas ao despacho aduaneiro de mercadorias importadas e exportadas, bem assim quaisquer outras relativas a operações de comércio exterior, poderão ser realizadas pelo importador, pelo exportador ou por seus representantes (Decreto-lei no 2.472, de 1988, art. 5º).

Parágrafo único. As atividades referidas no caput dependem de prévia habilitação do responsável legal da pessoa jurídica interessada, bem assim do credenciamento das pessoas físicas que atuarão em seu nome no exercício dessas atividades, de conformidade com o estabelecido pela Secretaria da Receita Federal e em norma específica

Art. 1º [Decreto nº 646/92]. Entende-se por atividades relacionadas com o despacho aduaneiro de bens ou de mercadorias, inclusive bagagem de viajante, na importação ou na exportação, transportados por qualquer via, aquelas que consistem basicamente em:

I - preparação, entrada e acompanhamento da tramitação e de documentos que tenham por objeto o despacho aduaneiro, nos termos da legislação respectiva;

II - assistência à verificação da mercadoria na conferência aduaneira;

III - assistência à retirada de amostras para exames técnicos e periciais;

IV - recebimento de mercadorias ou de bens desembaraçados;

V - solicitação de vistoria aduaneira;

VI - assistência à vistoria aduaneira;

VII - desistência de vistoria aduaneira;

VIII - subscrição de documentos que sirvam de base ao despacho aduaneiro;

IX - ciência e recebimento de intimações, de notificações, de autos de infração, de despacho, de decisões e dos demais atos e termos processuais relacionados com o procedimento fiscal;

X - subscrição de termos de responsabilidade, observado o disposto no art. 24.

Art. 24. Somente mediante cláusula expressa específica do mandato, poderá o mandatário subscrever termo de responsabilidade em garantia do cumprimento de obrigação tributária, pedido de restituição de indébito, de compensação ou desistência de vistoria.

Os demais poderes (2 a 10) da aludida procuração relacionam-se à assinatura de documentos, apresentação de defesa, pagamento de impostos, representação em estabelecimentos e repartições públicas, assim como subscrição de termo de responsabilidade em garantia do cumprimento de obrigação tributária.

Portanto, não se verifica que, entre os poderes outorgados expressamente à apelante, consta o lançamento das informações de cargas à Receita Federal por meio do Siscomex Carga, obrigação esta que, como visto, é atribuída por lei ao transportador/ agente de carga.

É de se ressaltar também que, durante a fase instrutória, não foi produzida prova apta a confirmar que a apelante assumiu referida responsabilidade perante a apelada.

Desse modo, mostra-se inviável a condenação da recorrente ao pagamento do valor da multa aplicada à recorrida em virtude do repasse intempestivo da informação de carga, porquanto cabia a esta comprovar a falha na prestação do serviço daquela, nos termos do art. 373, inciso I, do CPC.

*Mutatis mutandis*, citam-se:

Responsabilidade Civil - Indenizatória - Importação de mercadorias - Prestação de serviços de despacho aduaneiro - Danos materiais e morais. Inexistente a falha apontada na prestação de serviços da ré, contratada na qualidade de despachante aduaneira, para a liberação de mercadorias importadas, e não para o armazenamento da carga adquirida, não há que se falar em dever de indenizar. Honorários advocatícios majorados para 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, em observância ao art. 85, §11, do NCPD. Ação improcedente. Recurso desprovido, com observação. (TJSP; Apelação 0066227-92.2012.8.26.0602; Relator (a): Itamar Gaino; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 04/04/2018; Data de Registro: 04/04/2018)

Prestação de serviços - Ação de cobrança promovida contra despachante aduaneiro - Falha na execução dos serviços - Pedido de reparação de danos materiais e morais - Sentença de improcedência - Manutenção - Alegação no sentido de que houve erro grosseiro no preenchimento de guia de importação - Prova insuficiente - Art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil - Dano material e moral não evidenciados. - Recurso desprovido. (TJSP; Apelação 9145697-21.2008.8.26.0000; Relator (a): Marcos Ramos; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 4ª V.CÍVEL; Data do Julgamento: 17/03/2010; Data de Registro: 05/04/2010).

Com efeito, ausente prova da falha da prestação de serviço da empresa apelante, o pedido inicial deve ser julgado improcedente.

Em razão do provimento do recurso de apelação da ré, nos termos acima delineados, deve a autora arcar, integralmente, com as custas processuais e os honorários advocatícios, estes que, já considerando o

labor na fase recursal do procurador da requerida, são fixados em 12% do valor atualizado da causa (art. 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil de 2015).

Em decorrência, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, invertendo-se o ônus da sucumbência.

**SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL****Apelação Cível n. 0003957-65.2011.8.24.0103, de Araquari**

Relator: Desembargador André Luiz Dacol

APELAÇÃO CÍVEL. COMINATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO E ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RURAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL.

RECURSOS DE AMBAS AS PARTES.

VENDEDORA QUE ASSUME A RECUPERAÇÃO AMBIENTAL DA ÁREA E A DESOCUPAÇÃO DE PARTE DO IMÓVEL POR ARRENDATÁRIO, DENTRO DOS PRAZOS ASSINALADOS NO CONTRATO. IMPONTUALIDADES CONTRATUAIS ATESTADAS.

IMÓVEL RURAL COM ÁREA SUPERIOR A 500 (QUINHENTOS) HECTARES. GEORREFERENCIAMENTO NECESSÁRIO PARA ESCRITURAÇÃO DEFINITIVA DO BEM. PROMESSA DE VENDA REALIZADA SEM A OBSERVÂNCIA DE TAL DETERMINAÇÃO. PROMITENTE VENDEDORA QUE ASSUME A RESPONSABILIDADE PELA REALIZAÇÃO DE TODOS OS ESTUDOS, INCLUSIVE GEORREFERENCIAMENTO DA ÁREA. EXEGESE DO ART. 9º E DO ART. 10 DO DECRETO N. 449/02 E DO ART. 176, II, A, E § 3º, E DO ART. 225, § 3º, DA LEI N. 6.015/73. PROMITENTE VENDEDORA QUE, APESAR DE RECEBER O VALOR INTEGRAL AJUSTADO PELA ÁREA, DEIXOU DE CUMPRIR A OBRIGAÇÃO EXIGIDA PELA LEI E ASSUMIDA NO INSTRUMENTO PARTICULAR FIRMADO ENTRE AS PARTES.

MULTA CONTRATUAL. PERCENTUAL QUE, CONSIDERADO O VALOR DO NEGÓCIO

ENTABULADO, MOSTRA-SE EXCESSIVO. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA. EXEGESE DO ART. 413 DO CÓDIGO CIVIL.

PEDIDO DE RESPONSABILIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. INEXISTÊNCIA DE PROVA CONCRETA DE VALORES QUE A COMPRADORA TENHA DEIXADO DE AUFERIR. DOCUMENTOS JUNTADOS NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO QUE EVIDENCIAM QUE A AUTORA, ORA RECORRENTE, DÁ ANDAMENTO NORMAL A PROJETO DE GRANDE EMPREENDIMENTO PARA ÁREA. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, I, DO CPC/73.

ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. PREÇO INTEGRALMENTE PAGO PELA COMPRADORA. POSSIBILIDADE. HIPÓTESES DOS ARTS. 1.417 E 1.418 DO CÓDIGO CIVIL E DOS ARTS. 15 E 16 DO DECRETO-LEI N. 58/73. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL PREJUDICADO. EVENTUAL RECURSO ESPECIAL SEM EFEITO SUSPENSIVO. SITUAÇÃO QUE AUTORIZA A CONCRETIZAÇÃO IMEDIATA DA PRETENSÃO NO RESPECTIVO PONTO.

PEDIDO DE REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL. CRITÉRIOS DO ART. 20 § 3º, DO CPC/73 ADEQUADAMENTE OBSERVADOS PELO JUÍZO *A QUO*. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003957-65.2011.8.24.0103, da comarca de Araquari Vara Única em que são apelantes e apelados Comfloresta – Cia. Catarinense de Empreendimentos Florestais e Incorporadora de Imóveis Tropical Ltda.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, negar provimento aos recursos. Custas legais.



Presidiu o julgamento, realizado nesta data, a Exma. Sra. Des. Denise Volpato, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha.

Florianópolis, 20 de março de 2018.

Desembargador André Luiz Dacol  
Relator

## RELATÓRIO

Em atenção aos princípios da celeridade e economia processuais, adota-se o relatório da sentença, transcrito na íntegra, por refletir com absoluta fidelidade o trâmite processual na origem:

INCORPORADORA DE IMÓVEIS TROPICAL LTDA propôs ação de obrigação de fazer com pedido de indenização e subsidiariamente adjudicação de imóvel contra COMFLORESTA CIA CATARINENSE DE EMPREENDIMENTOS FLORESTAIS alegando, em síntese, que através de contrato particular de promessa de compra e venda de imóvel rural, firmado em 18.12.2009 adquiriu da ré o imóvel matrícula 10.541, denominado “Fazenda Perequê”, sito no município de Balneário Barra do Sul/SC, cujo preço foi integralmente pago, sendo a última parcela cumprida nos termos ajustados em 18.7.2011.

Aduziu que no contrato de forma pontual foram redigidas questões atinentes ao passivo ambiental oriundo de Auto de Infração nº 270194 emitido pelo IBAMA, sob responsabilidade da ré que não foi concluído.

Sustentou mais, que sobre o imóvel existia locação até 30.4.2010 para criação de búfalos e após a desocupação seria realizada vistoria para verificar as condições da fazenda.

Assinalou ainda que ficou sob o encargo da ré proceder o Georreferenciamento do imóvel. Afirmou que apesar do pagamento total

do preço não houve a transferência definitiva da escritura, porquanto a ré não procedeu o georrefenciamento, assim como não recuperou a área degradada sob sua responsabilidade. Asseverou que da conduta da ré arcou com notórios prejuízos uma vez que seu objeto é incorporação imobiliária, tendo deixado de desempenhar sua finalidade sofrendo perda de negócios e lucros cessantes.

Por derradeiro, sustentou, que deve a requerida indenizar os prejuízos causados assim como efetuar o pagamento de multa diária à razão de 1% sobre o valor do contrato.

Fundamentou o pedido e, ao final, requereu a) a citação da ré; b) a procedência da ação para b.1) determinar que a ré proceda de imediato a outorga da escritura definitiva, independente da aplicação da penalidade contratual prevista e indenizar os prejuízos sofridos e lucros cessantes; b.2) determinar que a ré cumpra integralmente o contrato, especialmente quanto às exigências ambientais – PRAD e efetue o georrefenciamento do imóvel; b.3) condenar a ré ao pagamento de multa diária desde o dia 18/7/2011 até a efetiva transferência do imóvel, a razão de 1% do preço ajustado, nos termos da cláusula 3.4, *c/c* art. 290 do CPC, a ser apurado; b.4) condenar a ré a entregar a posse do imóvel devidamente restituído em suas condições, totalmente desimpedido, regularizado, inclusive com cerca, sob pena de restituição de todas as despesas necessárias para fazê-lo; c) subsidiariamente caso, haja recusa da requerida seja expedido ofício ao cartório de registro de imóveis para que determine a adjudicação compulsória para fins de registro e transferência do domínio do imóvel para a autora, sem prejuízo da multa contratual; indenização das despesas para tornar o imóvel tal qual as condições contratualmente assumidas, além de lucros cessantes, a serem apurados em liquidação de sentença; d) condenação ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da indenização, multas aplicáveis na ação, protestando pela produção de provas. (fls. 2/22).

Valorou a causa em 10.000,00 (dez mil reais) e juntou documentos (fls.23/144).

Atendendo a determinação do Juízo o valor da causa foi alterado para R\$ 2.613.500,00 (dois milhões seiscentos e treze mil e quinhentos reais) (fl. 157), comprovando-se o recolhimento do valor remanescente

(fl. 155).

Citada (fl. 168), a ré apresentou contestação alegando, em resumo, que ao adquirir o imóvel a autora tinha conhecimento do passivo ambiental com PRAD em andamento, assim como do arrendamento para criação de búfalos e da inexistência de georreferenciamento. Assinalou que cumpriu o contrato em todos os termos, inclusive notificando a parte autora para receber a posse o que foi negado. Com relação ao PRAD aduziu estar sendo cumprido e dependerá de acompanhamento até 2014, isso porque o arrendatário não desocupou o imóvel na data aprazada, o que ocorreu somente em 14/10/2010. Tocante ao georreferenciamento assinalou que, para tanto, contratou a empresa AVENA S/C Ltda um mês após a assinatura do contrato com a autora, estando em trâmite no INCRA sob n. 54210.001344/2010-70. Com relação ao pedido de adjudicação do imóvel aduz que há o impedimento previsto na Lei 4.449/2002. Outrossim, sustentou que a autora objetiva com a ação obter vantagem ilícita, com a aplicação da multa contratual e ao pagamento de perdas e danos, uma vez que ao comprar o imóvel tinha conhecimento das questões que poderiam atrasar sua transferência. Mais, alegou que o atraso na transferência depende de fato de terceiro, não podendo ser lhe atribuída a culpa exclusiva pela demora. Ao final, requereu a improcedência dos pedidos e condenação da autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios (fls. 169/175).

Juntou documentos (fls. 176/617).

Houve réplica (fls. 618/632).

Rol de testemunhas da autora às fls. 639/640.

Manifestação da ré às fls. 649/652, com juntada de documentos (fls. 653/701).

Em audiência foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela autora (fl. 704).

Em alegações finais aduziu a autora, em resumo, que a ré prometeu vender algo que não estava preparado para ser vendido, sendo por negligência e imprudência a única responsável pela mora e transmissão do imóvel. Mais, alegou que houve sonegação de informações quanto

a área real de reserva legal, o que deve ser sopesado para a fixação das verbas reparatórias. Postulou pela condenação da ré ao pagamento da multa contratual, desde 18/7/0011 até a data de sua outorga, assim como a condenação em lucros cessantes, pois impedida de prosseguir com seus objetivos, assim como a condenação nas custas e honorários (fls. 706/717).

Nas derradeiras alegações (fls. 718/722), asseverou a ré, em suma, que um mês após a venda do imóvel contratou a empresa AVENA Ltda para a realização do georreferenciamento e após a conclusão dos trabalhos técnicos foi protocolizado no INCRA o pedido de certificação que restou concluído apenas em 17/1/2013. Assinalou que foi protocolizado no Cartório de Registro de Imóveis pedido de averbação do georreferenciamento conforme protocolo de fl. 658, e com relação a esteve vem cumprindo sistematicamente todos os termos do contrato. Tocante ao cumprimento do PRAD acrescentou que somente com a retirada compulsória do arrendatário do imóvel tornou-se viável o cumprimento das etapas do referido procedimento, as quais vem sendo realizadas. Por tais motivos afirmou que não incide a multa, pois não está em mora, bem assim os supostos danos emergentes e lucros cessantes porque não causou prejuízo. Destacou que em nenhum momento se negou a outorgar a escritura pública. À autora, no entanto, o inciso II, do § 2º do artigo 10 da Lei n. 10.267/2001, veda a transferência de imóveis sem o georreferenciamento. Por fim, postulou pela improcedência dos pedidos e condenação da autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

A sentença, lavrada às fls. 723-744, decidiu da seguinte forma:

ANTE O EXPOSTO, JULGO parcialmente procedentes os pedidos formulados na petição inicial por INCORPORADORA DE IMÓVEIS TROPICAL LTDA. em face de COMFLORESTA CIA CATARINENSE DE EMPREENDIMENTOS FLORESTAIS, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil para:

A) reconhecer como válido o contrato de compra e venda noticiado na inicial.

B) aplicar a ré COMFLORESTA CIA CATARINENSE DE EMPREENDIMENTOS FLORESTAIS multa pelo descumprimento parcial da avença, no percentual de 10% sobre o valor pago pelo imóvel, atualizada pelo INPC/IBGE desde o pagamento integral do preço ocorrido em 18.7.2011 até a confecção do título de domínio.

C) Deferir a autora INCORPORADORA DE IMÓVEIS TROPICAL LTDA a adjudicação do imóvel descrito na inicial, consoante certidão de georrefenciamento emitida pelo INCRA (fl. 655), Planta do Imóvel e Memorial Descritivo - ART, sob responsabilidade técnica do Engenheiro Jocélio Grein CREA SC 037357-4, (fls. 417/437).

D) Considerando que a autora decaiu de parte mínima de seu pedido, condeno, ainda, a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor atualizado da condenação pecuniária, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitada em julgado, expeça-se mandado, ao Sr. Oficial do Tabelionato do 2º Serviço Registral de São Francisco do Sul, para que formalize o domínio, valendo da decisão como título de transcrição, conforme acima decidido, devendo acompanhar o referido mandado, cópia desta decisão. Depreque-se.

Irresignadas, as partes apelaram.

Comfloresta – Companhia Catarinense de Empreendimentos Florestais sustenta que não pode ser responsabilizada pelo atraso no cumprimento do PRAD, pois as cláusulas 1.5, 4.1, 4.2 e 4.2.1 autorizam a suspensão dos pagamentos pela compradora, enquanto não ocorresse a desocupação do imóvel pelo arrendatário.

Ainda nesse aspecto, aduz que, visando o cumprimento do contrato, os documentos de fls. 203/208 demonstram que a apelante tomou as providências cabíveis ao despejo do arrendatário.

Afirma, ainda, que as fotografias de fls. 265-281 comprovam que

a apelante tomou todas as medidas para a recuperação do imóvel, fato comprovado pelo laudo juntado às fls. 664-696. E mais: na sua ótica, não há previsão de multa para o descumprimento do PRAD.

Alega que, ao contrário daquilo que decidiu a sentença, o processo de georreferenciamento não foi deflagrado com o protocolo no INCRA, mas sim com a contratação da empresa especializada para a realização dos trabalhos técnicos, o que ocorreu um mês após a assinatura do contrato (fls. 409/415).

Nesse ponto, expõe que, além de o INCRA ter levado quase três anos para expedir o certificado, a existência de quase 20 confrontantes dificulta a averbação no respectivo Registro de Imóveis.

Por conta disso, sustenta que se alguém agiu com negligência, tal pessoa foi a própria compradora, pois ao adquirir imóvel rural com área superior a 500 hectares, *“por instrumento particular, quando a lei determina que o mesmo seja por escritura pública (art. 108 do CC)”* (fl. 793), *“tinha pleno conhecimento de que o imóvel que comprava não era georreferenciado e, ainda assim, assumiu o risco na concretização do negócio (...), utilizando-se de instrumento impróprio para sua realização”* (fl. 795).

Nada obstante tais argumentos, acrescentou que: a cláusula 5.1 não estabeleceu prazo para a conclusão do georreferenciamento; e o atraso decorreu do próprio trâmite legal imposto ao caso, de modo que não há como reconhecer a culpa exclusiva da vendedora, para justificar a aplicação da Cláusula 3.4 do contrato.

Aduz, outrossim, que a adjudicação compulsória impediu aos confrontantes de se manifestarem acerca das divisas apresentadas no mapa georreferenciado.

Subsidiariamente, pugnou pela redução dos honorários de sucumbência.

A Incorporadora de Imóveis Tropical Ltda, por sua vez, pretende: o deferimento da tutela recursal, para a imediata adjudicação do bem; o reconhecimento da inexistência de limite para a incidência da multa contratual; e a condenação da vendedora à reparação dos lucros cessantes experimentados.

Em relação à multa, afirma que decorre de livre autonomia das partes e não pode ser judicialmente reduzida ou mesmo limitada.

No que diz respeito à reparação dos lucros cessantes, sustenta que deve ser levada em consideração a previsibilidade de ganho que a vítima deixou de perceber se estivesse no pleno gozo da propriedade.

No mais, afirma que a vendedora deve ser obrigada ao integral cumprimento do PRAD.

Embora ambas as apeladas tenham sido intimadas para contrarrazões (fl. 826), apenas a Incorporadora de Imóveis Tropical Ltda atendeu a determinação.

Pautado o feito, sobreveio, por parte da Incorporadora de Imóveis Tropical Ltda. (fls. 847/886), a juntada de documentos, razão porque foi determinada a retirada de pauta e abertura de vista à parte contrária, a qual apresentou manifestação (890/897). É o relatório.

## VOTO

1. Como a sentença e o recurso ocorreram na vigência do CPC/73, tenho que considerando a teoria do isolamento dos atos processuais (art. 14 do CPC/15), o presente julgamento há de se pautar pelas regras daquele Código.

2. Compulsando os autos, observo a presença de todos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade (*intrínsecos*:

cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal, inexistência de fato extintivo do direito de recorrer; e *extrínsecos*: regularidade formal, tempestividade), razão por que conheço dos recursos.

**3.** Cinge-se o mérito recursal em verificar a responsabilidade pelo descumprimento contratual, a incidência e o montante da multa estabelecida na avença, a aferição de lucros cessantes e a possibilidade do deferimento de tutela de urgência recursal, para a imediata adjudicação do bem.

Desse modo, destaco que as demais matérias não foram devolvidas a este Tribunal e, por isso, tratam-se de temáticas que não serão (e nem poderiam ser) reapreciadas neste grau de jurisdição.

### **3.1. Em relação ao contrato e suas obrigações quanto à recuperação ambiental e desocupação de parte do imóvel:**

Cumpra dizer que, por força do princípio do *pacta sunt servanda*, o contrato consubstancia lei entre as partes e seus termos devem ser respeitados, com observância da boa-fé, seja na conclusão ou na execução da avença.

Na compra e venda, regulada pelos arts. 481 e ss do Código Civil, o vendedor fica obrigado à transferência do domínio da coisa ao comprador, mediante o preço.

Tal situação denota o caráter translativo do acerto, pois, por si só, não há transferência da propriedade ao comprador, a qual, tratando-se de bens imóveis, ocorre com o registro imobiliário (art. 1.245 do Código Civil).

Sobre o tema, leciona Flávio Tartuce:

O art. 481 do CC/2002, seguindo o princípio da operabilidade – no sentido de facilitação dos institutos privados –, conceitua a compra e venda como sendo o contrato pelo qual alguém (o vendedor) se obriga a transferir ao comprador o domínio de coisa móvel ou imóvel mediante



uma remuneração, denominada preço. Portanto, trata-se de um contrato translativo, mas que por si só não gera a transmissão da propriedade.

Como é notório, regra geral, a propriedade móvel se transfere pela tradição (entrega da coisa) enquanto a propriedade imóvel transfere-se pelo registrado do contrato no Cartório de Registro Imobiliário (CRI). Dessa forma, o contrato de compra e venda traz somente o compromisso do vendedor em transmitir a propriedade, denotando efeitos obrigacionais (art. 482 do CC). Em outras palavras, o contrato é translativo no sentido de trazer como conteúdo a referida transmissão, que se perfaz pela tradição nos casos que envolvem bens móveis, ou pelo registro, nas hipóteses de bens imóveis (Manual de direito civil: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 704).

A propósito, colho da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

O contrato de compromisso de compra e venda e as disposições nele contidas possuem, a partir de sua pactuação válida, efeitos inter partes, e é, entre as partes, desde logo, exequível, seja pela necessidade de resguardo dos princípios da probidade e da boa-fé, tanto na conclusão quanto na execução do contrato, seja por força do princípio *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser respeitados), que é preceito essencial à segurança dos negócios e fundamental à organização social, além de considerado, enquanto expressão da boa-fé, princípio contratual universalmente reconhecido. O registro, por sua vez, é ato que lhe concede efeito *erga omnes*, isto é, perante terceiros, mas cuja ausência não impede que se faça valer o contrato entre as partes (TJSC, Apelação Cível n. 2015.016366-9, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 11/6/2015).

No caso concreto, o documento de fls. 28-35 atesta que as partes celebraram “*contrato particular de promessa de compra e venda de imóvel rural*”, por meio do qual a autora se comprometeu à aquisição do imóvel descrito na inicial, mediante o pagamento de R\$ 2.613.500,00 (dois milhões seiscientos e treze mil e quinhentos reais), nos seguintes termos – naquilo que interessa para compreensão da situação concreta,

no ponto:

[...]

i. A PROMITENTE VENDEDORA é legítima proprietária e possuidora do imóvel descrito na Cláusula Primeira abaixo, localizado na zona rural do Município de Balneário Barra do Sul, Estado de Santa Catarina, matriculado sob n. 10.541, no 2º Serviço Registral de São Francisco do Sul;

ii. A PROMITENTE COMPRADORA tem interesse em adquirir da PROMITENTE VENDEDORA, e esta tem interesse em alienar o imóvel mencionado no Considerando “i” acima, observados os termos e condições ora estabelecidos, as partes decidem firmar o presente Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda de Imóvel Rural (“Contrato”), que será regido pelas leis aplicáveis e pelas disposições a seguir:

#### CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

1.1. Pelo presente instrumento, declara a PROMITENTE VENDEDORA ser legítima proprietária e possuidora do imóvel rural denominado “Fazenda Perequê”, situado no Município de Balneário Barrado Sul, Estado de Santa Catarina, com área de 913.,9078 hectares, distante por Estrada particular 2.500 metros da Igreja de Pinheiros, à margem da estrada que demanda a Barra do Sul, com as divisas e confrontações mencionadas na matrícula 10.541 do 2º Serviço Registral de São Francisco do Sul, Estado de Santa Catarina, doravante simplesmente “Imóvel” ou “Fazenda Perequê”, conforme melhor descrito e caracterizado na matrícula em anexo (AnexoI).

1.2. A PROMITENTE COMPRADORA declara conhecer o Imóvel e aceitar a compra e venda em caráter *ad corpus*, relativamente ao seu estado, eventuais benfeitorias e acessões.

1.3. A PROMITENTE COMPRADORA tem conhecimento de que o imóvel tem área escriturada e registrada de 913,9078 hectares, sendo porém, a área real de 913,74 hectares.

(...)

1.5. As partes declaram, nesta oportunidade ter ciência da existência de um passivo ambiental no Imóvel, objeto do auto de infração lavrado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA (“IBAMA”) SOB Nº 270194 relativo à degradação de Área de Preservação Permanente (“APP”), e que através de Plano de Recuperação de Áreas Degradadas (“PRAD”) aprovado pelo IBAMA mediante Ofício 2059/07, a PROMITENTE VENDEDORA às suas expensas, está realizando e deverá concluir a respectiva recuperação ambiental conforme o PRAD.

1.5.1. Diante da situação mencionada no item 1.5 acima, a PROMITENTE COMPRADORA autoriza, desde já, a entrada da PROMITENTE VENDEDORA na Fazenda Perequê, inclusive de seus prepostos e terceiros contratados, para que possa ser realizada a recuperação prevista, observados os termos e condições do referido PRAD. **A recuperação será efetuada e concluída pela PROMITENTE VENDEDORA até janeiro de 2010.**

## CLÁUSULA SEGUNDA – DO PREÇO E FORMA DE PAGAMENTO

2.1 A PROMITENTE VENDEDORA promete vender o imóvel para a PROMITENTE COMPRADORA e esta a comprá-lo pelo preço certo e ajustado de R\$ 2.613.500,010 (dois milhões, seiscentos e treze mil e quinhentos reais), que será pago da seguinte forma (doravante “Preço”):

a) R\$ 100.000,00 (cem mil reais) pagos pela PROMITENTE COMPRADORA conforme depósito feito em favor da PROMITENTE VENDEDORA, em data de 24/08/2009, conforme estabelecido na Proposta para Compra e Venda da Fazenda Perequê;

b) R\$ 913.500,00 (novecentos e treze mil e quinhentos reais) no dia 18/03/2010

c) R\$ 1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil reais), divididos em 16 (dezesseis) parcelas de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) cada, mensais, fixas, vencendo-se a primeira no dia 18/04/2010 e as demais no mesmo dia de cada mês subsequente até ultimar o pagamento no dia 18/07/2011.

(...)

4.1. A PROMITENTE COMPRADORA tem conhecimento que o Imóvel está locado ao Srs. Zezito Luiz Cizeski e Rodrigo Luiz Cizeski (“Arrendatários”) para a criação de búfalos e que por transação judicial, homologada perante o Juízo da Vara Cível da Comarca de São Francisco do Sul, Estado de Santa Catarina, autos 061.08.003586-9, **os mesmos deverão desocupá-lo até 30/04/2010.**

4.2. Caso os Arrendatários não desocupem o Imóvel até 30/04/2010, e haja necessidade de pleitear em juízo sua desocupação, a PROMITENTE VENDEDORA se obriga a requerer a respectiva desocupação judicial, no prazo de 10 (dez) dias, contados da não desocupação, correndo por sua conta todas as despesas para tanto necessárias.

4.2.1. Ocorrendo a hipótese prevista na Cláusula 4.2, ou seja, caso os Arrendatários não desocupem o Imóvel até 30/04/2010, além das providências mencionadas em tal cláusula, as Partes estabelecem que os pagamentos mencionados na letra “c”, da cláusula 2.1 ficarão suspensos, sem incidência de qualquer correção monetária. Tão logo o Imóvel seja desocupado pelos Arrendatários, deverá a PROMITENTE COMPRADORA efetuar o pagamento das parcelas vencidas e não pagas, no prazo de 01 (hum) dia útil a contar da desocupação.

Como se vê, já na celebração do contrato, as partes tinham realmente o conhecimento expresso de um passivo ambiental no imóvel (cláusula 1.5), representado pelo auto de infração n. 270194, através do qual a vendedora se comprometeu à recuperação da área, nos termos de plano de recuperação de área degradada (PRAD), a ser aprovado pelo IBAMA.

Foi nesse desenrolar que, mediante a assunção da cláusula 1.5.1, as partes pactuaram que a vendedora faria a referida recuperação ambiental até janeiro de 2010.

Ou seja, foi a própria vendedora que, ciente das proporções do dano, bem assim de suas responsabilidades quanto à extensão da

recuperação, fixou prazo para cumprir a obrigação. Isso é certo.

Ocorre que, mais de três anos após a assinatura do contrato, tal obrigação não havia sido cumprida, devendo a ré suportar sim os efeitos de sua inadimplência contratual, pois foi esta quem estabeleceu a data para o cumprimento da obrigação.

Para tentar justificar o desatendimento da obrigação, a ré insiste que o inadimplemento decorreu do fato de o arrendatário não ter desocupado a área, no tempo e modo devidos. Questão que não serve de justificativa pois o arrendamento também tinha previsão no contrato, não se podendo falar em óbice imprevisível ou de responsabilidade integral de terceiro.

Nesse sentido, a vendedora afirma que as cláusulas 1.5, 4.1, 4.2 e 4.2.1 autorizavam a suspensão dos pagamentos pela compradora, enquanto não ocorresse a desocupação do imóvel, mas tal assertiva é insuficiente para justificar o inadimplemento e afastara consequente responsabilidade contratual.

Digo isso porque, além do preço ter sido integralmente pago pela compradora e aceito espontaneamente pela vendedora, esta assumiu que o arrendatário desocuparia o imóvel até 30/04/2010, ou seja, três meses após a data prevista para a recuperação ambiental.

Ou seja, a promitente vendedora assumiu a obrigação de recuperar a área independentemente de desocupação, dando à promitente compradora a segurança necessária para adquirir a área e prosseguir com os pagamentos nas datas convencionadas.

Sobre este aspecto, o eminente Des. Monteiro Rocha, em seu voto-vista, pontuou com a costumeira acuidade:

Efetivamente, apesar do prazo nitidamente exíguo de pouco mais de um mês, o fato é que a vendedora/ré Comfloresta se comprometeu expressamente a realizar a recuperação ambiental da área até janeiro

de 2010, pelo que não se mostra razoável acolher suas escusas de que o arrendatário não desocupou o bem no prazo ajustado, o qual, aliás, era posterior ao referido prazo de janeiro de 2010, o que obsta que se reconheça relação de causa e efeito entre o atraso na desocupação e o atraso na recuperação da área.

Nesse contexto, inexistente justificativa plausível para que, passados mais de 3 anos da celebração do contrato em 18-12-2009, a recuperação ambiental ainda esteja em andamento, ao passo que o pacto previa a outorga de escritura no prazo de um ano e sete meses, ou seja, após o pagamento da última prestação em 18-7-2011.

E mais: ao invés de ter requerido a desocupação judicial, dentro do prazo de dez dias assinalado na cláusula 4.2, a vendedora deixou para deflagrar o cumprimento de sentença somente em 25/06/2010 (conforme movimentação nos autos n. 061.08.003586-9/001), ou seja: em data posterior àquele que tinha estabelecido no contrato e, por isso, a ordem judicial foi cumprida apenas em 14/10/2010 (fl. 207).

Ora, se a ré – vendedora – assumiu o compromisso de desocupar o imóvel até janeiro de 2010 e não fez, deve suportar o ônus do descumprimento do contrato, não sendo a resistência do arrendatário fato desconhecido e capaz de ser alegado como justificativa, pois totalmente possível. Evidentemente que, se o arrendatário opôs resistência abusiva, tal situação poderá, quando muito, justificar um pedido indenizatório autônomo contra quem foi culpado pela demora na desocupação, mas jamais servir de justificativa para o inadimplemento contratual em prejuízo do autor.

De igual modo, mesmo que a vendedora aduza que os documentos de fls. 265-281 e 664-696 comprovam a adoção das medidas necessárias à recuperação ambiental, tenho que, como bem asseverou a magistrada singular: 1) *“não restou devidamente cumprido o encargo assumido pela ré, porquanto consoante consta nos autos, passados mais de 3 (três) anos, o PRAD ainda está em andamento”* (fl. 731); e 2) *“a culpa pelo atraso no*

*cumprimento do PRAD não pode ser atribuída à demora na desocupação pelos arrendatários uma vez que por ocasião da desocupação destes o projeto de recuperação já deveria estar concluído, conforme expressa e voluntariamente convencionado pelas partes no contrato” (fl. 732).*

Novamente, valho-me das ponderações do eminente Des. Monteiro Rocha:

Cumpre ressaltar que, mesmo que inexistia previsão de multa específica por atraso na recuperação ambiental, não se pode perder de vista que a evidente intenção das partes, mesmo que em curto lapso de tempo de 1 ano e sete meses, era de que o imóvel estivesse integralmente regularizado ao término do pagamento das prestações em 18-7-2011 quando deveria ser outorgada a escritura pública, sob pena de enérgica multa de 1% por dia de atraso. É que a outorga de escritura sem regularização da área obstará a livre disponibilidade econômica da coisa, até mesmo tornando sem sentido a própria transmissão da propriedade.

Por tais motivos, não há como deixar de reconhecer a culpa contratual da ré quanto à recuperação ambiental e à desocupação pelo arrendatário.

### **3.2 Do georreferenciamento:**

Inicialmente, é importante registrar nos termos dos arts. 9 e 10 do Decreto n. 449/02, que regulamentou a Lei n. 10.267/01, diploma alterador de dispositivos da Lei n. 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), a alienação de imóvel rural depende de prévia identificação da área, através do procedimento denominado georreferenciamento, sendo esta condição essencial para transferência da propriedade no registro imobiliário.

Transcrevo:

Art. 9º A identificação do imóvel rural, na forma do § 3º do art. 176 e do § 3º do art. 225 da Lei n. 6.015, de 1973, será obtida a partir de memorial descritivo elaborado, executado e assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis

rurais, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro, e com precisão posicional a ser estabelecida em ato normativo, inclusive em manual técnico, expedido pelo INCRA.

§ 1o Caberá ao INCRA certificar que a poligonal objeto do memorial descritivo não se sobrepõe a nenhuma outra constante de seu cadastro georreferenciado e que o memorial atende às exigências técnicas, conforme ato normativo próprio.

§ 2o A certificação do memorial descritivo pelo INCRA não implicará reconhecimento do domínio ou a exatidão dos limites e confrontações indicados pelo proprietário.

§ 3o Para os fins e efeitos do § 2º do art. 225 da Lei n. 6.015, de 1973, a primeira apresentação do memorial descritivo segundo os ditames do § 3º do art. 176 e do § 3º do art. 225 da mesma Lei, e nos termos deste Decreto, respeitadas os direitos de terceiros confrontantes, não caracterizará irregularidade impeditiva de novo registro desde que presente o requisito do § 13 do art. 213 da Lei n. 6.015, de 1973, devendo, no entanto, os subseqüentes estar rigorosamente de acordo com o referido § 2o, sob pena de incorrer em irregularidade sempre que a caracterização do imóvel não for coincidente com a constante do primeiro registro de memorial georreferenciado, excetuadas as hipóteses de alterações expressamente previstas em lei. (Redação dada pelo Decreto n. 5.570, de 2005)

§ 4o Visando a finalidade do § 3o, e desde que mantidos os direitos de terceiros confrontantes, não serão opostas ao memorial georreferenciado as discrepâncias de área constantes da matrícula do imóvel. (Redação dada pelo Decreto n. 5.570, de 2005) § 5o O memorial descritivo, que de qualquer modo possa alterar o registro, resultará numa nova matrícula com encerramento da matrícula anterior no serviço de registro de imóveis competente, mediante requerimento do interessado, contendo declaração firmada sob pena de responsabilidade civil e criminal, com firma reconhecida, de que foram respeitadas os direitos dos confrontantes, acompanhado da certificação prevista no § 1o deste artigo, do CCIR e da prova de quitação do ITR dos últimos cinco exercícios, quando for o caso. (Redação dada pelo Decreto n. 5.570, de



2005)

§ 6o A documentação prevista no § 5o deverá ser acompanhada de declaração expressa dos confinantes de que os limites divisórios foram respeitados, com suas respectivas firmas reconhecidas.

§ 7o Quando a declaração for manifestada mediante escritura pública, constituir-se-á produção antecipada de prova.

§ 8o Não sendo apresentadas as declarações constantes do § 6o, o interessado, após obter a certificação prevista no § 1o, requererá ao oficial de registro que proceda de acordo com os §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do art. 213 da Lei n. 6.015, de 1973 (Redação dada pelo Decreto n. 5.570, de 2005)

§ 9o Em nenhuma hipótese a adequação do imóvel às exigências do art. 176, §§ 3º e 4º, e do art. 225, § 3º, da Lei n. 6.015, de 1973, poderá ser feita sem a certificação do memorial descritivo expedida pelo INCRA (Incluído pelo Decreto n. 5.570, de 2005).

Art. 10. A identificação da área do imóvel rural, prevista nos §§ 3º e 4º do art. 176 da Lei n. 6.015, de 1973, será exigida nos casos de desmembramento, parcelamento, remembramento e **em qualquer situação de transferência de imóvel rural**, na forma do art. 9o, somente após transcorridos os seguintes prazos: (Redação dada pelo Decreto n. 5.570, de 2005)

I - noventa dias, para os imóveis com área de cinco mil hectares, ou superior;

II - um ano, para os imóveis com área de mil a menos de cinco mil hectares;

III - cinco anos, para os imóveis com área de quinhentos a menos de mil hectares; (Redação dada pelo Decreto n. 5.570, de 2005)

IV - dez anos, para os imóveis com área de duzentos e cinquenta a menos de quinhentos hectares; (Redação dada pelo Decreto n. 7.620, de 2011)

V - treze anos, para os imóveis com área de cem a menos de duzentos e cinquenta hectares; (Incluído pelo Decreto n. 7.620, de 2011)

VI - dezesseis anos, para os imóveis com área de vinte e cinco a menos de cem hectares; e (Incluído pelo Decreto n. 7.620, de 2011)

VII - vinte anos, para os imóveis com área inferior a vinte e cinco hectares. (Incluído pelo Decreto n. 7.620, de 2011)

§ 1o Quando se tratar da primeira apresentação do memorial descritivo, para adequação da descrição do imóvel rural às exigências dos §§ 3º e 4º do art. 176 e do § 3º do art. 225 da Lei n. 6.015, de 1973, aplicar-se-ão as disposições contidas no § 4º do art. 9º deste Decreto. (Redação dada pelo Decreto n. 5.570, de 2005)

§ 2o Após os prazos assinalados nos incisos I a IV do caput, fica **defeso ao oficial do registro de imóveis a prática dos seguintes atos registrares envolvendo as áreas rurais de que tratam aqueles incisos, até que seja feita a identificação do imóvel** na forma prevista neste Decreto: (Redação dada pelo Decreto n. 5.570, de 2005)

I - desmembramento, parcelamento ou remembramento; (Incluído pelo Decreto n. 5.570, de 2005) [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2004- 2006/2005/Decreto/D5570.htm - art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004- 2006/2005/Decreto/D5570.htm - art1)

II - **transferência de área total**; (Incluído pelo Decreto n. 5.570, de 2005)

III - criação ou alteração da descrição do imóvel, resultante de qualquer procedimento judicial ou administrativo. (Incluído pelo Decreto n. 5.570, de 2005)

§ 3o Ter-se-á por início de contagem dos prazos fixados nos incisos do caput deste artigo a data de 20 de novembro de 2003. (Incluído pelo Decreto n. 5.570, de 2005)

E mais, tal exigência também é feita pelo art. 176, II, a, e § 3º, e pelo art. 225, §3º, ambos da Lei n. 6.015/73, que dispõe sobre registros públicos.

Veja-se:

Art. 176 - O Livro nº 2 - Registro Geral - será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no

art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3. (Renumerado do art. 173 com nova redação pela Lei n. 6.216, de 1975)

(...)

3) a identificação do imóvel, que será feita com indicação: (Redação dada pela Lei n. 10.267, de 2001)

a - **se rural, do código do imóvel, dos dados constantes do CCIR**, da denominação e de suas características, confrontações, localização e área;

(...)

§ 3º Nos casos de desmembramento, parcelamento ou remembramento de **imóveis rurais, a identificação** prevista na alínea a do item 3 do inciso II do § 1º será obtida a partir de memorial descritivo, assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as **coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA**, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais. (Incluído pela Lei n. 10.267, de 2001).

(...)

Art. 225 - Os tabeliães, escrivães e juizes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário. (Renumerado do art. 228 com nova redação pela Lei n. 6.216, de 1975)

(...)

§ 3º Nos autos judiciais que versem sobre imóveis rurais, a **localização, os limites e as confrontações serão obtidos a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as**

**coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA**, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais.

Tal obrigatoriedade visou imprimir segurança jurídica ao instrumento do registro público, com garantia de fiscalização e identificação exata do imóvel, medida salutar e que permite a ciência da real situação do imóvel rural, como leciona Walter Ceneviva:

Identificação do imóvel rural – Com as alterações introduzidas no § 1º, II, § 3, em 2011, a identificação desse imóvel passou a ser mais pormenorizada que a exigida no texto original, a contar da distinção entre o situado na área urbana e aquele que fica fora desse limite, sobretudo para ajustar-se ao Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR, exigido pelo art. 22 da Lei n., 4.947/66.

A identificação do imóvel rural na matrícula requer sejam indicados o código próprio do bem referido e os dados constantes no CCIR, denominação (a mesma desse código), características e confrontações, localização por município e comarca, bem como a área em hectares e seus submúltiplos. O sistema métrico decimal, de uso legal no Brasil, exige a adequação, passando a inaceitáveis as antigas referências a alqueires, partes, braças e assim por diante, enquanto tornar-se definitiva a implantação de um novo sistema, por ato do Poder Executivo federal.

(...)

A identificação de que trata o § 3º tornar-se-á obrigatória nos prazos fixados por ato do Poder Executivo (§ 4º), em qualquer situação de transferência do direito real sobre o imóvel rural, onerosa ou gratuita, em escritura definitiva ou instrumento de compromisso. Cabe ao registrador estar atendo para a expedição do ato ou de suas alterações, cuja competência é exclusiva do âmbito federal (CF, art. 22, XXV)

(...)

O § 3º confirma, em relação a autos judiciais, a necessidade de identificação específica do imóvel rural, em moldes estabelecidos no art.

176. Conforme esclarecido em maior extensão no n. 445 desta obra, o parágrafo determina o oferecimento de memorial descritivo ao registro imobiliário assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites do imóvel, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA (*in*: Lei dos registros públicos. 18. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 398 e 511).

Ademais, não bastasse a natureza cogente de tal obrigação, o contrato estabelecido entre as partes deixou claro o conhecimento da necessidade do estudo, bem assim a responsabilidade pela confecção do mesmo no momento adequado, a saber:

5.1. A PROMITENTE VENDEDORA compromete-se a adotar e arcar com os custos dos procedimentos que se fizerem necessários para o georreferenciamento do Imóvel, mantendo a PROMITENTE COMPRADORA regularmente informada sobre o andamento de tais providências.

Desse modo, resta constatado que a identificação na forma da lei era obrigatória para a transferência no registro imobiliário do imóvel rural com mais de 500 ha (quinhentos hectares), ou seja: **não há ilegalidade em celebrar promessa de compra e venda sem tal estudo**, notadamente quando previsto no sinalagmático a obrigatoriedade de o vendedor adequar a documentação até o momento da efetiva escrituração do negócio, por ocasião do pagamento integral do valor ajustado, o que no caso é incontroverso. Tenho que, nada obstante a ré sustente que se empenhou na realização dos trabalhos atinentes ao georreferenciamento, tal procedimento já deveria ter sido concluído, no máximo até o pagamento da última parcela ajustada, momento em que socorre ao adquirente o direito de exigir a escritura pública de compra e venda.

Quanto à ausência de prazo para obrigação, penso não assitir razão a ré/recorrente. Veja-se, o contrato não pode ser lido somente sob

a ótica mais favorável à vendedora, a qual inseriu termo certo para os pagamentos, com previsão de juros e multas no caso de atraso, mas sim de maneira sistêmica, em que uma cláusula complementa a outra, fixando o panorama de todas as obrigações.

Nesse contexto, imperiosa a leitura da Cláusula 3.3., a qual define:

3.3. A escritura Pública de Compra e Venda do Imóvel será outorgada à PPRIMITENTE COMPRADORA, ou a quem ela indicar, somente após a quitação do Preço. Dessa forma, uma vez quitado o preço, a Escritura Pública de Compra e Venda do Imóvel será outorgada à promitente COMPRADORA, ou a quem ela indicar, após a confirmação do pagamento da última parcela de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a ocorrer em 18/07/2011, ou antecipadamente a esta data, mediante quitação de todas as parcelas.

Ora, a obrigação da outorga da escritura possui termo certo, de conhecimento da promitente vendedora, a quem caberia a prova então de ter diligenciado de todas as formas para obter todos os requisitos necessários à escrituração, bem assim a culpa de terceiro no caso de não cumprimento. Contudo, a leitura atenta dos documentos juntados não é capaz de afastar a responsabilidade da COMFLORESTA pelo atraso.

Veja-se, por exemplo, que embora tenha esta contratado a empresa AVENA para realização do estudo específico antes mesmo do contrato (em 25/02/2010), o memorial descritivo com as coordenadas georreferenciadas do objeto da promessa de compra e venda foi concluído somente em 11/07/2011 (fls. 417), valendo observar que este documento foi apresentado pela própria ré com a contestação. Evidentemente que, apresentado o memorial somente no mesmo mês em que estava prevista a outorga da escritura, o requisito essencial do georreferenciamento não estaria concluído.

Somente por aí, já é possível afirmar a responsabilidade da empresa COMFLORESTA pela não conclusão dos estudos a tempo e modo. Ora, tendo elaborado o memorial, indispensável ao processo administrativo

junto ao INCRA, apenas dias antes do vencimento da obrigação de outorga da escritura, presumível o não cumprimento da obrigação de regularização do bem junto à autarquia respectiva.

A ré aceitou receber todo o preço da avença, sem antes providenciar o referido georreferenciamento, tampouco os estudos necessários à conclusão do procedimento, não podendo agora pretender a exoneração de sua responsabilidade, pois flagrante a culpa contratual. E a alegação de que o imóvel, por lei, não poderia ser alienado não lhe socorre: a uma, porque foi a própria vendedora quem apresentou seu imóvel para alienação; a duas, em razão de que a exigência era para a escrituração definitiva e não para o compromisso particular; a três, pelo fato de que a recorrente COMFLORESTA vendeu e recebeu o valor ajustado. Ademais, o acolhimento da alegação importaria inclusive em benefício à ré com base em sua própria torpeza, bem assim violação ao princípio venire contra *factum proprium*.

Nesse aspecto, salta aos olhos a falta de cuidado da devedora, sobretudo porque, sendo incontroverso que tem ampla atuação no ramo imobiliário, deveria ter pleno conhecimento dos trâmites administrativos e legais para a finalização do negócio em questão por meio da lavratura e registro da escritura pública de compra e venda, bem como ter ciência da duração do processo de georreferenciamento. Ora, é evidente que, se ignorasse a tramitação, não teria assumido a responsabilidade.

Entretanto, como não se cercou das cautelas necessárias, acabou por submeter a compradora à seguinte situação: quitar a elevada quantia estabelecida no contrato para depois ficar impedida de escriturar e registrar o bem no seu nome, meio pelo qual se transfere a propriedade do bem móvel.

Essa, inclusive, é a razão da ata notarial de fls. 699- 701, a qual faço questão de transcrever:

(...) a certidão de georreferenciamento deveria ser apresentada

para a lavratura da escrita, sem a certidão do georreferenciamento, não pode ser vendido imóvel rural superior a 500 ha, sendo de responsabilidade do proprietário, antes de vender, registrar o CCIR na matrícula do imóvel. Por falta de documentação, esclareço que não foi finalizada a escritura por pendência da vendedora, venceram-se assim as demais certidões (...) DECLARO que a escritura da Fazenda Perequê e de qualquer imóvel rural com área superior a 500 ha somente poderá ser lavrada e registrada junto ao Cartório de Registro de imóveis, perante a prévia averbação do proprietário do imóvel da certificação de georreferenciamento, expedido pelo INCRA, juntamente com os demais documentos necessários, que o que é tratado como irregular o imóvel, sendo impossível sua transmissão, nos termos do art. 10 combinado com o art. 9, do Decreto n. 449, de 30 de outubro de 2002.

Registro, por oportuno, que, diversamente do que pretende fazer crer a vendedora: 1) não se trata de a cláusula 5.1 prever ou não prazo para o georreferenciamento, mas sim de ter a ré vendido um imóvel rural sem a identificação exigida por lei; 2) a eventual demora do procedimento junto ao INCRA não pode eximir a ré de responsabilidade, pois ao prometer a venda, assumiu a responsabilidade pela prática de todos os atos necessários à escrituração até a data do último pagamento. Vale repetir o que afirmado alhures: os memoriais descritivos georreferenciados, documentos indispensáveis ao andamento do procedimento no INCRA, foram concluídos apenas em 11/07/2011, portanto míseros sete dias antes da data prevista para outorga.

Ademais, para além da questão do inadimplemento da obrigação de proceder o georreferenciamento da área, a ata notarial de fls. 699/701 dá conta de que a COMFLORESTA realmente não adimpliu sua obrigação a tempo e modo e tentou, com sugestões de alteração para a minuta de escritura pública, inserir cláusula de aceitação quanto à inexistência de georreferenciamento. Vale a transcrição:

[...] esta Serventia em 27/04/2012 repassou a COMFLORESTA CIA CATARINENSE DE EMPREENDIMENTOS FLORESTAIS



com cópia para Tropical, minuta da escritura da Fazenda Perequê. A tropical forneceu o seu 'de acordo' com a escritura, entretanto a Comfloresta enviou um e-mail informando que analisariam a escritura e dariam retorno até 03/05/2012. Em 07/05/2012 recebo novo e-mail informando que faltou constar algumas cláusulas do contrato e que estariam priorizando a análise da minuta. Por fim, em último contato em 11/05/2012, fui informado que haviam procedido a inclusão de algumas estavam aguardando a nova ata da eleição de nova diretoria da Comfloresta. Em 25/05/2012 a Comfloresta me devolveu a minuta da escritura, sem os destaques nas alterações pretendidas como é de praxe, constatando que foi inserida, entre outros adendos, o item oitavo, letra (e) dizendo: 'Após a certificação do Imóvel, a outorgada compradora deverá realizar e custear os procedimentos necessários à averbação da certificação na matrícula do imóvel; Em seguida pela outorgada compradora, por seu representante legal me foi dito o seguinte: letra (a) Que, aceita a presente escritura em todos os seus expressos termos relações e dizeres e declara que está de pleno acordo com a presente venda que ora é feita; Ficando portanto constatado que a Comfloresta não havia ainda obtido a certificação do Georeferenciamento informando que não poderia lavrar a escritura fora do que determina a legislação pertinente.

E, em arremate, declara o Tabelião a impossibilidade de lavratura e registro da transferência do bem imóvel, tendo em vista a expressa exigência legal expressa nos artigos 9 e 10 do Decreto 4.449/2002.

Por fim, de se ver que o contrato de promessa de compra e venda não implica em desobediência ao art. 108 do Código Civil, sendo que o descumprimento da obrigação se caracteriza exatamente pela impossibilidade de escrituração e registro decorrente da falta do georeferenciamento que decorreu da inadimplência contratual da empresa COMFLORESTA, conforme já explicitado.

Destarte, não há como dar provimento ao recurso neste ponto.

### **3.3 Da multa contratual:**

Estabelecido o acerto da decisão recorrida quanto ao

inadimplemento contratual por parte da COMFLORESTA, decorrente da responsabilidade da vendedora quanto à ausência do georreferenciamento, situação impeditiva da escrituração do imóvel, resta aferir a incidência e extensão da multa contratual estabelecida nesse sentido.

Diversamente do que quer induzir o recurso da ré, não se trata de multa pelo atraso no PRAD, mas sim pela impossibilidade de escrituração do imóvel, em razão de ter a ré vendido imóvel rural sem o necessário georreferenciamento, tampouco ter providenciado este estudo após ter subscrito o compromisso particular de compra e venda no qual assumiu expressamente a responsabilidade.

Para tanto, em relação ao ponto, cumpre transcrever o que dispõe o contrato:

3.3. A Escritura Pública de Compra e Venda do Imóvel será outorgada à PROMITENTE COMPRADORA, ou a quem ela indicar, somente após a quitação do Preço. Dessa Forma uma vez quitado o Preço, a Escritura Pública de Compra e Venda do Imóvel será outorgada à PROMITENTE COMPRADORA, ou a quem ela indicar, após a confirmação do pagamento da última parcela de R\$ 100.000,00(cem mil reais), a ocorrer em 18/07/2011, ou antecipadamente a esta data, mediante quitação de todas as parcelas.

3.4. Após a quitação integral do Preço, não efetuando a PROMITENTE VENDEDORA em favor da PROMITENTE COMPRADORA, ou a quem esta indicar, comprovadamente por sua culpa exclusiva, a Escritura Definitiva de Compra e Venda, a PROMITENTE VENDEDORA pagará a PROMITENTE COMPRADORA **multa diária de 1% (hum por cento) sobre o Preço.**

Ademais, como bem ressaltou o Des. Monteiro Rocha em seu voto-vista:

Em relação à alegação da Comfloresta de que incidiria multa apenas na hipótese em que atuasse com culpa exclusiva no atraso da escritura (conforme previsão contratual), esse argumento desmerece acolhimento, pois esvaziaria a eficácia da cláusula que tinha clara intenção

de impor data para regularização da situação do bem.

Com efeito, acolhendo-se a tese de necessidade de culpa exclusiva, seria viável que a Comfloresta sempre imputasse o atraso a terceiro sem configurar sua culpa exclusiva, postergando indefinidamente a regularização e entrega do bem.

Como, na hipótese, a documentação dos autos denota que a vendedora/ré Comfloresta demorou quase a integralidade do seu prazo de 1 ano e 7 meses apenas para concluir os trabalhos de medição e emissão de memorial descritivo com as coordenadas geodésicas, deve arcar com o pagamento de multa por atraso na outorga da escritura, a qual dependia, por determinação legal aos imóveis rurais, de prévio georreferenciamento perante o INCRA.

Portanto, efetivamente há de incidir a penalidade prevista no instrumento, inexistindo reparo a fazer na sentença de primeiro grau neste sentido. Contudo, não no percentual e periodicidade previsto no instrumento particular.

Em que pese o autor tente convencer que a multa não poderia sofrer redução, ao argumento que se trata de pena convencional derivada da vontade das partes, esta tese não convence, inexistindo razão para reforma da excelente sentença da doutora Nayana Scherer.

Cediço que, segundo o art. 413 do Código Civil, sendo manifestamente excessiva, a multa contratual deve ser equitativamente reduzida pelo juiz, levando em conta a natureza e a finalidade do negócio jurídico entabulado.

Veja-se:

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Sobre o tema, vejam-se os ensinamentos de Carlos Roberto

Gonçalves:

Apesar de a irredutibilidade constituir um dos traços característicos da cláusula penal, por representar a fixação antecipada das perdas e danos, de comum acordo, dispõe o art. 413 que “A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

[...].

A disposição é de ordem pública, podendo a redução ser determinada de ofício. O retrotranscrito art. 413 não dispõe que a penalidade “poderá”, mas, sim, que “deve” ser reduzida pelo magistrado, retirando o caráter facultativo da redução e acentuando a natureza pública e o caráter cogente da norma. (Direito Civil Esquematizado. v. 1. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 690).

Como se vê, trata-se de norma de ordem pública e, por isso, impositiva ao juiz: havendo excesso, a penalidade “deve” (e não “pode”) ser reduzida.

É o caso dos autos, sobretudo porque a incidência da multa, nos moldes descritos no contrato, praticamente atinge a totalidade do valor pago pelo imóvel, o que não se pode admitir.

Ao se manifestar acerca do ponto, afirmou a Juíza de Primeiro Grau:

No entanto, tenho que a multa almejada pela parte autora no importe de 1% (hum por cento), sobre o valor do contrato, ao dia, se afigura excessiva. Insto porque, o preço certo e ajustado do contrato perfaz a importância de R\$ 2.613,50 (dois milhões, seiscentos e treze mil e quinhentos reais) e o valor atual da multa se aproxima do valor recebido pelo imóvel, o que coloca o comprador do bem em desvantagem exagerada.

A jurisprudência tem fixado como percentual razoável a título de cláusula penal o valor de 10% (dez por cento) atualizado sobre o valor do contrato” (fl. 736).

Deve-se, sempre, ter em vista a função social do contrato, impedindo o desequilíbrio econômico dos contratantes, de modo que, no presente caso, observando os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, bem como o expressivo valor do negócio, adequada a redução da multa para 10% (dez por cento) atualizado sobre o valor total preço do contrato, nos exatos termos da sentença.

Nesse sentido, veja-se deste Órgão Fracionário:

(...) CULPA PELA QUEBRA CONTRATUAL DO RECONVINTE. MULTA DIÁRIA. VALOR EXACERBADO. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO, CONFORME PREVISÃO DO ART. 413 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...) No caso de aplicação da cláusula penal, a vontade das partes não pode importar em consequências concretas que violem a dignidade de um dos contratantes ou imponha excessivo gravame a um deles. Reconhece-se, assim, a necessidade da imposição de freios na liberdade de contratar e estipular cláusulas contratuais (como a penal), garantindo o respeito aos objetivos fundamentais da República e às garantias individuais. Se o valor da penalidade for manifestamente excessivo, ainda que dentro dos limites previstos pelo artigo 412 do Código Civil, o juiz poderá determinar a sua redução, conforme o art. 413 do Código Civil (...) (TJSC, Apelação Cível n. 2010.052601-7, da Capital, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 6/6/2013).

Assim, igualmente não merece reforma a sentença neste ponto.

### **3.4 Dos lucros cessantes:**

No que toca à configuração da responsabilidade civil subjetiva, é imprescindível o preenchimento dos seguintes pressupostos: a) existência de um ato, comissivo ou omissivo, caracterizado como ilícito ou criador de risco, na forma do parágrafo único do artigo 927 do CC; b) ocorrência de um dano causado à vítima; c) nexó de causalidade entre o dano e o ato, o que constitui o fato gerador da responsabilidade (nessa linha, *vide*: Apelação n. 0501938-11.2012.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Newton Trisotto, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 14-4-2016).

A esse respeito, o artigo 186 do Código Civil dispõe que *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*. E, nesse viés, o artigo 927, caput, do mesmo Diploma prevê que *“aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”*.

A doutrina de Sérgio Cavalieri Filho melhor elucida sobre o tema:

Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber: a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”*; b) nexos causal, que vem expresso no verbo causar; e c) dano, revelado nas expressões *“violar direito ou causar dano a outrem”*. (Programa de responsabilidade civil. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 32).

Diante dessas premissas, dessume-se que, somente quando conjugados os requisitos, impõe-se a obrigação de indenizar os danos causados.

É cediço que dano material é gênero que comporta duas espécies: danos emergentes e lucros cessantes, consoante prevê o artigo 402 do Código Civil: *“[...] as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”*.

A doutrina de Carlos Roberto Gonçalves explica:

O critério para o ressarcimento do dano material encontra-se no art. 402 do Código Civil [...].

As perdas e danos compreendem, pois, o dano emergente e o lucro cessante. Devem cobrir todo o dano material experimentado pela

vítima.

Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. [...]. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. Lucro cessante é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado (*Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. IV, p. 343-344 – grifou-se).

E, nessa senda, tais perdas somente são indenizáveis se a depreciação no patrimônio do ofendido estiver efetivamente comprovada e passível de delimitação.

Entretanto, não é a hipótese dos autos. Veja-se que a empresa autora, em seu recurso, pretende convencer que os lucros cessantes a serem reconhecidos consistem nos consecutórios econômicos da impossibilidade de dar continuidade aos projetos que tinha para área em questão, bem assim pelo que “efetivamente deixou de valorizar e ganhar, caso estivesse em pleno exercício de sua propriedade” (fls. 820).

É evidente que a impossibilidade de plena utilização da área pode, em tese, ter impedido a comercialização do bem ou até mesmo trazido eventuais prejuízos à compradora quanto aos seus projetos, mas a ausência de qualquer prova do que tenha efetivamente deixado de lucrar impede o acolhimento da reparação.

Digo isso porque, mesmo que a autora tenha apresentado os documentos de fls. 847-886, minutas de projetos referentes a investimentos imobiliários, em harmonia com o testigo de Dálton Luiz de Freitas Maceno (fl. 702), de se ver que a completa ausência de prova concreta acerca de prejuízos decorrentes de negócios que a autora deixou de fechar, impede mesmo a procedência da pretensão no respectivo ponto.

Inclusive, os documentos de fls. 856/880 evidenciam que o projeto está em pleno andamento, com a constituição da SPE – Súper Porto,

com a previsão de investimentos da ordem de milhões.

Vale dizer: a reparação por lucros cessantes exige prova cabal do prejuízo experimentando, não servindo, para tanto, meros indícios que demonstrem a expectativa de direito do dito lesado.

A propósito, colho da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

LUCROS CESSANTES - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - ÔNUS DA PARTE AUTORA - IMPROCEDÊNCIA 1 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. 2 Nos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil, o ônus da produção das provas constitutivas de seu direito cabe à parte autora, sem o que é incabível o reconhecimento da procedência dos pedidos. (TJSC, Apelação Cível n. 0011588-58.2010.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 26/9/2017).

Assim, não há como dar provimento ao recurso nesse ponto.

### **3.5. Quanto à adjudicação compulsória:**

É sabido que, até pela vigência do *pacta sunt servanda* e da característica sinalagmática dos contratos, uma vez efetuado o pagamento integral do preço, é lícito ao comprador exigir o cumprimento do contrato, podendo ainda, na hipótese da compra e venda de bem imóvel, exigir a outorga da escritura de compra e venda.

Inclusive, conforme regulam os arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil, a aquisição do imóvel consubstancia direito do promitente comprador, o qual pode exigir a outorga definitiva da compra e venda e, na hipótese de não consegui-lo, requerer a adjudicação do bem.

Veja-se:

Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se



não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

E mais, nos termos dos arts. 15 e 16 do Decreto-Lei n. 58/1973, que dispõe sobre a venda de terrenos para pagamento em prestação, o comprador tem direito de, uma vez quitado o preço, exigir a outorga da escritura, de sorte que, uma vez recusada tal pretensão, fica aquele autorizado ao ajuizamento da adjudicação compulsória, servindo a decisão transitada em julgado como título para transcrição:

Art. 15. Os compromissários têm o direito de, antecipando ou ultimando o pagamento integral do preço, e estando quites com os impostos e taxas, exigir a outorga da escritura de compra e venda.

Art. 16. Recusando-se os compromitentes a outorgar a escritura definitiva no caso do artigo 15, o compromissário poderá propor, para o cumprimento da obrigação, ação de adjudicação compulsória, que tomará o rito sumaríssimo. (Redação dada pela Lei n, 6.014, de 1973).

(...)

§ 2º Julgada procedente a ação a sentença, uma vez transitada em julgado, adjudicará o imóvel ao compromissário, valendo como título para a transcrição. (Redação dada pela Lei n, 6.014, de 1973)

Sobre o tema, vejam-se os ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa:

Pelo compromisso de compra e venda de imóvel, tal como figurado na legislação citada e neste Código, os poderes inerentes ao condomínio, *ius utendi fruendi et abutendi*, são transferidos ao compromissário comprador. O promitente vendedor conversa apenas a nua-propriedade, que vai se esvaindo à medida que o preço for sendo pago. Cumpridas todas as obrigações por parte do adquirente, pago o preço, os poderes do

domínio enfeixam-se no patrimônio do adquirente.

(...)

O compromisso registrado confere ao adquirente o direito de sequela, permitindo-lhe reivindicar a propriedade ao cumprir o compromisso, exigindo a outorga da escritura definitiva pela adjudicação compulsória. Essa execução específica de outorga de escritura aqui decantada não fica afastada nem mesmo perante a ausência de registro, ou de outros requisitos no contrato, pois no caso torna-se viável recorrer à ação de conhecimento, com índole cominatória, de obrigação de fazer, para obtenção de decisão nos termos do art. 639 do CPC. Nesta última hipótese, a sentença produzirá os mesmos efeitos do contrato cuja conclusão foi recusada (Código civil interpretado - 3ª ed - São Paulo: Atlas, 2013, p. 1651-1652).

Nesse sentido, cumpre dizer que, tal como aqui ocorre, “o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis” (Súmula n. 239 do STJ).

Destarte, uma vez incontroverso e comprovado o pagamento integral do preço pela compradora (fls. 106-122), é lícito que esta exija a adjudicação compulsória, mesmo que o compromisso não esteja transcrito, já que a decisão judicial transitada em julgado servirá como título para transcrição, transferindo a propriedade do bem, de modo definitivo e concreto, ao patrimônio da autora.

*Mutatis mutandis*, para arrematar, colhe-se da jurisprudência deste Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO AUTOR. CONDENAÇÃO DOS REQUERIDOS AO PAGAMENTO DE MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. TESE RECURSAL DE QUE A COMINAÇÃO TÃO SOMENTE DE PENA PECUNIÁRIA NÃO ASSEGURA O RESULTADO EQUIVALENTE AO DO INADIMPLEMENTO. ACOLHIMENTO. AÇÃO DE

NATUREZA CONSTITUTIVA QUE POSSUI O ESCOPO DE SUPRIR JURISDICIONALMENTE A DECLARAÇÃO OMITIDA OU NEGADA PELOS ALIENANTES. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.418 DO CÓDIGO CIVIL. ADEQUAÇÃO DO DISPOSITIVO DO DECISUM, QUE DEVE VALER COMO TÍTULO HÁBIL AO REGISTRO, NA HIPÓTESE DE RECUSA DOS APELADOS AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. “A ação de adjudicação compulsória tem natureza constitutiva relacionada ao direito de propriedade de bem imóvel e tem como requisitos a prova do negócio realizado entre as partes, quitação das obrigações do comprador e resistência do vendedor em transferir a titularidade. Substitui um mecanismo de adimplemento específico da obrigação: se o alienante/proprietário recebeu o preço e não outorgou o documento público de compra e venda, o Estado-Juiz profere declaração que substituirá aquela antes por aquela negada. [...]” (TJSC, Apelação Cível n. 0004007- 87.2014.8.24.0135, de Navegantes, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 25-10-2016). (TJSC, Apelação Cível n. 0500732-70.2013.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Carlos Roberto da Silva, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 26/6/2017).

Evidente, portanto, o acerto da doutra Magistrada no que se refere ao reconhecimento do direito de adjudicação.

Neste particular, não convence a alegação do recurso da ré no sentido de que a adjudicação suprime dos confrontantes o direito de se manifestar (mediante anuência) acerca das divisas da área objeto do contrato que ensejou a propositura da presente demanda, pela razão primeira de que esta alegação se refere a direitos de terceiros, cabendo somente a estes a postulação e defesa, encontrando esta alegação óbice no art. 6º do CPC/1973 (Art. 18 do CPC/2015). “*Outrossim*”, bem registrou o eminente Des. Monteiro Rocha em seu voto vista, “há notícia nos autos de que apenas falta de assinatura do Município na planta do imóvel, o que, nos moldes autorizados pela sentença, pode ser sanado pela autora”.

Ademais, a questão foi tratada com absoluta acuidade e

responsabilidade pela Juíza Nayana Scherer, digna de louvor, pois ao acolher a pretensão adjudicatória, fez questão de registrar a necessidade de observância dos limites estabelecidos “*consoante certidão de georreferenciamento emitida pelo INCRA (fl. 655), Planta do Imóvel e Memorial Descritivo – ART, sob responsabilidade técnica do Engenheiro Jocélio Grein, CREA SC 037357-4, (fls. 417/437)*” (fls. 743).

Assim, não se há falar em qualquer ilegalidade no que se refere ao reconhecimento do direito de adjudicação no caso concreto.

Quanto à questão da adjudicação, faço apenas uma ressalva, adotando aqui, novamente, as ponderações do Des. Monteiro Rocha em seu voto-vista:

Conforme apontou a sentença recorrida, em sede de embargos declaratórios, “quanto ao PRAD, a parte adversa foi penalizada com aplicação de elevada multa pela inexecução parcial do contrato assim entendido, dentre outros, por não ter promovido e executado a recuperação do dano ambiental conforme convencionado em instrumento particular de contrato. A obrigação do adquirente de reparar os danos ambientais da propriedade voluntariamente adquirida é inerente a sua condição de proprietário, não podendo dela se furtar, ainda que não tenha sido o causador direto dos danos, mesmo porque quem detem os bônus inerentes à propriedade imobiliária não pode querer esquivar-se dos ônus que lhe são afetos”.

De fato, mesmo que a vendedora Comfloresta tenha a obrigação contratual de fazer a recuperação ambiental que ainda está em andamento, é mais sensato e razoável que a própria autora adquirente assuma a finalização dessa recuperação mediante a multa a ser recebida, possibilitando-se, inclusive, sua imissão de posse sem qualquer futura ingerência da vendedora em relação ao bem, apaziguando-se definitivamente o conflito entre as partes (grifo nosso).

Finalmente, considerando o julgamento do mérito recursal, através do qual se reconheceu o direito da compradora à adjudicação do imóvel, tenho que o pedido de tutela antecipada recursal perdeu o

objeto, sobretudo porque, em razão da ausência de efeito suspensivo na interposição de eventual recurso especial, nada impedirá a busca da efetividade da decisão em sede de execução provisória.

### **3.6 Dos honorários sucumbenciais:**

Sobre o tema, cumpre lembrar que a distribuição da responsabilidade pelas verbas processuais é regida pelo princípio da sucumbência, o qual estabelece ser ônus da parte vencida o pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios:

Os honorários de advogado e as despesas do processo deverão ser pagas, afinal, pelo perdedor da demanda. Vencido é o que deixou de obter do processo tudo o que poderia ter conseguido. Se pediu  $x$ ,  $y$  e  $z$ , mas conseguiu somente  $x$  e  $y$ , é sucumbente quanto a  $z$ . Quando há sucumbência parcial, como no exemplo dado, ambos os litigantes deixaram de ganhar alguma coisa, caracterizando-se a sucumbência recíproca. A sucumbência pode dar-se tanto quanto ao pedido principal como quanto aos incidentes processuais. Assim, aquele que ficou vencido em determinado incidente processual deve pagar as despesas do incidente, ainda que vencedor quanto à pretensão de mérito. (*in*: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 222).

Todavia, a imputação de responsabilidade sobre tais verbas não deve se dar, única e exclusivamente, pela observância do referido princípio, devendo sua incidência ser secundada pelo princípio da causalidade, objetivando-se, assim, a justa determinação da parte que arcará com as despesas nos casos em que não haja vencido e vencedor:

Honorários de sucumbência. Princípio da causalidade. A condenação pelas custas, despesas processuais e honorários advocatícios deve recair sobre quem deu causa à ação. Se o réu deu causa à propositura da ação, mesmo que o autor saia vencido, pode o réu ter de responder pelas verbas de sucumbência. Aplica-se o princípio da causalidade para repartir as despesas e custas do processo entre as partes. O processo não

pode causar dano àquele que tinha razão para o instaurar. Nesta matéria, o princípio da razoabilidade reza que tanto é vencido em parte quem não ganhou parte do que pediu, quanto é vencedor em parte quem não foi condenado no todo pedido (*in*: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 430).

Nesse sentido, segundo os ditames do 20, § 3º, do CPC/73, o arbitramento da verba sucumbencial deve observar o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido para o serviço.

Sopesando tais critérios e com base em seu prudente arbítrio, o julgador deve fixar percentual entre dez e vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa

No caso concreto, considerando que a autora decaiu de parte mínima do pedido, bem assim a observância dos critérios anteriormente descritos, tenho como razoável manter a condenação da vendedora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios do procurador da autora, estes que devem continuar no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

4. Por fim, constatado que a publicação da sentença ocorreu na vigência do Código de Processo Civil revogado, não há como fixar honorários recursais, como, aliás, orienta o Enunciado Administrativo n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Ante o exposto, nego provimento aos recursos de ambas as partes.

Este é o voto.

**Apelação Cível n. 0301200-85.2016.8.24.0091, da Capital**

Relator: Desembargador Stanley Braga

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO CUMULADA COM OFERTA DE ALIMENTOS E PEDIDOS DE FIXAÇÃO DE GUARDA, REGULAMENTAÇÃO DE DIREITO DE VISITAS E PARTILHA DE BENS. REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS (ARTS. 1.672 E SEQUINTE DO CC/2002). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA DEMANDA PRINCIPAL E IMPROCEDÊNCIA DA RECONVENÇÃO. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.

APELO DA RÉ. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA DEMONSTRADA. DEFERIMENTO. MÉRITO. PRETENDIDA A PARTILHA DOS BENS ADQUIRIDOS PELO AUTOR (APARTAMENTO E CONJUNTO DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS), A TÍTULO ONEROSO, DURANTE O PERÍODO DE CONVIVÊNCIA (MARÇO DE 2009 A AGOSTO DE 2015). POSSIBILIDADE. REGIME MISTO AO QUAL SÃO APLICÁVEIS AS REGRAS DA COMUNHÃO PARCIAL APÓS A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL, DEVENDO SER OBSERVADO, CONTUDO, O ROL DE BENS INCOMUNICÁVEIS (ART. 1.674, CC/2002). VALOR DA MEAÇÃO. APURAÇÃO EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. *DECISUM* REFORMADO EM PARTE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

APELO DO AUTOR. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA PAGA AO FILHO. REJEIÇÃO. VERBA QUE ATENDE AO TRINÔMIO NECESSIDADE, POSSIBILIDADE E ADEQUAÇÃO (ART. 1.634, CC/2002). COBRANÇA DOS VALORES EMPRESTADOS A RÉ PARA A QUITAÇÃO DE DÍVIDAS, AQUISIÇÃO DE MOBILIÁRIO E DE VEÍCULO. DEVIDA APENAS A RESTITUIÇÃO DE R\$ 10.590,00 (DEZ MIL, QUINHENTOS E

NOVENTA REAIS) CEDIDOS APÓS A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL PARA QUE A ACIONADA ADQUIRISSE VEÍCULO PRÓPRIO. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

APELOS DE AMBAS AS PARTES CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301200-85.2016.8.24.0091, da comarca da Capital – Eduardo Luz (2ª Vara da Família), em que são apelantes e apelados R. N. S. e C. M. S.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes parcial 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. Zanini Forneroli. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Américo Bigaton.

Florianópolis, 26 de junho de 2018.

Desembargador Stanley Braga  
Relator

## RELATÓRIO

Nos termos da decisão de Primeiro Grau (fls. 426-436), mudando o que deve ser mudado:

“Trata-se de ‘Ação de divórcio litigioso, cumulado com guarda do filho, regulamentação do direito de visitas, oferecimento de pensão alimentícia e partilha de bens’ ajuizada por C. M. S. em face de R. N. C., ambos devidamente qualificados.



O autor alegou, em síntese, que contraiu matrimônio com a requerida no ano de 2009, tendo as partes adotado o regime de bens da participação final nos aquestos. Informou que a convivência marital durou 5 (cinco) anos, período no qual as partes tiveram um filho, A. N. S., que atualmente está com 6 (seis) anos de idade.

Disse que, em agosto de 2015, ocorreu a separação de fato dos litigantes, tendo a ré mudado para Florianópolis neste mesmo ano, levando consigo A. e, desde então, ele passou a pagar ao menino alimentos no importe de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais).

Afirmou, ademais, que a acionada se recusa a conceder o divórcio, razão pela qual propôs a presente demanda.

Após tecer considerações acerca da legislação aplicável ao caso *sub judice*, requereu: a) a decretação do divórcio das partes, b) que a requerida volte a utilizar o nome de solteira; c) o estabelecimento da guarda unilateral da prole em favor da genitora, porquanto esta já a exerce de fato desde a separação; d) a fixação da verba alimentar devida ao infante em, no máximo, R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais); e) a regulamentação do direito de visitas; f) a declaração de inexistência de acervo patrimonial a ser partilhado, tendo em vista o regime de bens adotado pelas partes e a ausência de aquisição de riquezas em comunhão de esforços; e, g) a restituição dos empréstimos que concedeu à requerida, os quais perfazem o montante de R\$ 56.529,29 (cinquenta e seis mil, quinhentos e vinte e nove reais e vinte e nove centavos).

Valorou a causa e juntou documentos (fls. 1-13). Em seguida, o Togado singular fixou alimentos provisórios ao filho dos litigantes em 20% (vinte por cento) da remuneração bruta do autor, deduzidos os descontos legais (previdência social e de imposto de renda), bem como regulamentou a guarda do infante e o direito de visitação do genitor (fls. 79-80).

Realizada a audiência de conciliação em 6-7-2016, a qual restou

parcialmente exitosa. No ato, o autor e a ré concordaram com o divórcio, tendo anuído que a requerida voltaria a usar o seu nome de solteira, bem como que a guarda do menor permaneceria com a mãe e estabeleceram os termos em que seria exercido o direito de visitas do genitor. Instado a se manifestar, o Promotor de Justiça opinou pela procedência do pedido de divórcio, o qual foi decretado em adendo ao disposto nos artigos 1.120 e 1.121 do Código Civil, parágrafo 2º, inciso IV, 24 e 40, parágrafo 2º da Lei nº 6.515/77 e 226, parágrafo 6º da Constituição Federal c/c artigo 1.580, § 2º do Código Civil (fls. 79-80).

A demandada, então, apresentou contestação e reconvenção.

Asseverou que os gastos mensais despendidos com o filho ultrapassam o montante de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), razão pela qual a verba alimentar deve ser estabelecida em, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da remuneração do autor que, a seu ver, pode arcar com referida quantia, pois é Juiz Federal.

Também impugnou os empréstimos que o acionante aduz ter angariado em seu favor, tendo reconhecido apenas um deles, no importe de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

De outro norte, discorreu acerca das características do regime de bens eleito pelas partes (participação final nos aquestos) e, ao final, concluiu fazer jus a 50% (cinquenta por cento) dos bens adquiridos onerosamente pelas partes na constância do casamento, tanto os amealhados em comunhão de esforços (veículo Nissan Livina), quanto o acervo patrimonial particular do autor, composto por um apartamento e os valores em suas contas bancárias.

Ao final, pugnou pela improcedência da ação principal e pelo acolhimento da reconvenção. Juntou documentos (fls. 108- 121).

Ato contínuo, o autor apresentou impugnação, oportunidade na qual afirmou que a ex-esposa não contribuiu para a compra do

apartamento e a aquisição das suas aplicações financeiras, os quais foram adquiridos com os valores recebidos em contrapartida ao exercício da sua profissão. Nesse mesmo sentido, ponderou que, de acordo com as regras do regime de bens eleito pelas partes, os bens particulares dos nubentes não se comunicam, razão pela qual os pedidos constantes na reconvenção devem ser rejeitados (fls. 212- 226).

Seguiu-se, então, a audiência de instrução e julgamento, na qual foi tomado o depoimento pessoal das partes (fl. 340).

Foram apresentadas as alegações finais (fls. 402-408 e 409-415).

Instado a se manifestar, o Representante Ministerial opinou pela parcial procedência da demanda, com a fixação, em definitivo, da verba alimentar devida ao filho dos litigantes em 20% (vinte por cento) dos rendimentos do autor, deixando de se manifestar acerca da partilha dos bens do casal, em adendo ao disposto no art. 178 do Código de Processo Civil (fls. 419- 425)”.

Restou o litígio assim decidido na Instância *a quo*:

“Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a demanda principal para: a) arbitrar os alimentos devidos à prole em 20% (vinte por cento) da remuneração do autor, descontados os valores pagos a título de imposto de renda e previdência social, incidente sobre o 13º (décimo terceiro) salário e 1/3 (um terço) de férias, e não sobre as verbas indenizatórias; b) manter a guarda e o direito de visitas nos moldes acordados entre as partes, conforme registrado na ata de fls.101-102; e, c) declarar a inexistência de bens a partilhar.

Condeno a ré a quitar a dívida contraída com o autor, no importe de R\$ 30.689,08 (trinta mil, seiscentos e oitenta e nove reais e oito centavos), relativa à negociação de débito da demandada junto à Caixa Econômica Federal, deduzidos os valores já pagos pela requerida, tudo a ser apurado em sede de liquidação de sentença.

Julgo improcedente o pedido reconvenicional formulado por R. N. S. contra C. M. S.

Tendo em vista que o autor C. decaiu de parte mínima do pedido, a requerida-reconvinte deverá arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios sucumbenciais, os quais arbitro em R\$ 3.000,00 (três mil reais)”.

Ambas as partes interpuseram recursos de Apelação Cível. R. N. pleiteou, de início, a concessão do benefício da Justiça Gratuita.

Nas razões meritórias de sua insurgência, pugnou pela reforma da sentença quanto à partilha, pois entende fazer jus à metade dos bens amealhados pelo autor durante o período de convivência marital.

Discorreu acerca das características do regime de bens que elegeram e concluiu requerendo a condenação do apelado a indenizá-la “na metade da diferença encontrada na apuração dos aquestos de segunda classe”, compostos pelos bens adquiridos exclusivamente pelo recorrido (apartamento, valores em conta corrente e investimentos financeiros), “mediante a realização de perícia judicial contábil ou, subsidiariamente, levando-se em conta os valores indicados nas declarações de Imposto de Renda das partes, já constantes nos autos, a serem devidamente atualizados e acrescidos de juros legais, a contar da separação de fato do ex-casal (3-8-2015)” (fls. 442-456).

C. M. S., por sua vez, impugnou a verba alimentar fixada em favor do filho, requerendo a sua redução para R\$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais) ou, sucessivamente, 17,5% (dezessete e meio por cento) do seu subsídio líquido, ou, ainda, “que este patamar de 17,5% (dezessete e meio por cento) seja fixado para o caso do auxílio moradia (verba indenizatória recebida a título precário, que representa relevante entrada de recursos para o apelante), deixar de ser pago” (fl. 464).

Pleiteou, também, a condenação da apelada ao pagamento de

todos os valores que sustentou ter-lhe emprestado, quais sejam: a) R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para a aquisição de móveis após a dissolução da sociedade conjugal; b) R\$ 10.590,00 (dez mil, quinhentos e noventa reais) para a compra do veículo Ford Fiesta; e, c) R\$ 4.700,00 (quatro mil e setecentos reais) destinados à quitação de um empréstimo junto ao Banco Itaú.

Ao final, suscitou a necessidade de readequação dos honorários advocatícios sucumbenciais aos critérios constantes no art. 85, §§ 1º, 2º e 6º do Código de Processo Civil.

Foram apresentadas contrarrazões pelo autor e pela ré (fls. 478-484 e 471-477).

O acionante impugnou o pedido de Justiça Gratuita formulado por R. N., aduzindo que ela tem condições de arcar com o preparo recursal, pois além dos valores provenientes do pensionamento pago ao filho, possui rendimentos decorrentes do exercício da advocacia. Disse, também, que tanto o apartamento, quanto as aplicações financeiras, são bens de sua propriedade exclusiva, adquiridos sem qualquer auxílio da requerida, razão pela qual não se comunicam. Reclamou, ademais, que a ré tenta alterar o pedido reconvenicional em sede recursal, pois, inicialmente, havia pleiteado apenas os valores depositados em suas contas correntes e agora pretende ver reconhecido seu direito à meação dos seus investimentos e demais aplicações financeiras.

A demandada, de igual modo, impugnou os pedidos constantes no apelo do autor. Defendeu que os alimentos pagos ao menor A. são compatíveis com as necessidades do infante e as possibilidades do alimentante. Sustentou que não deve nenhum valor ao autor. Explicou que ficou acordado entre as partes que o acionante cederia em seu favor R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para a compra de mobiliário, pois deixou o lar conjugal levando consigo apenas roupas e pertences pessoais. Asseverou, também, que os R\$ 10.590,00 (dez mil, quinhentos e noventa

reais) destinados à compra do Fiesta configuram mera liberalidade da parte contrária, visto que o automotor também foi utilizado em benefício da prole.

Regularmente preparado o recurso do autor e tendo a ré requerido a concessão do benefício da Justiça Gratuita, a tempo e modo, ascenderam os autos a este superior grau de jurisdição.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro, que opinou pelo indeferimento do pedido de Justiça Gratuita formulado pela ré e pela manutenção da verba alimentar nos moldes delimitados no juízo singular, deixando de se manifestar quanto aos demais pontos de insurgência dos recorrentes.

Este é o relatório.

## VOTO

### **Apelação Cível da ré R. N.:**

#### Da admissibilidade:

#### Justiça Gratuita:

A apelante requereu, em sede recursal, a concessão do benefício da Justiça Gratuita.

Asseverou que está desempregada, razão pela qual não possui condições de arcar com preparo sem prejuízo à sua subsistência e de sua família.

Compulsando os autos, da análise das Declarações de Imposto de Renda (fls. 346-398), verifica-se que a recorrente não detém a propriedade de bens imóveis e reside em apartamento alugado com os seus 2 (dois) filhos.

Possui apenas 1 (um) veículo automotor e, após a dissolução

da sociedade conjugal, passou a prover a sua subsistência com os valores recebidos em contrapartida ao trabalho desenvolvido junto à Administração Pública Estadual (fl. 348). Todavia, no ano de 2017, foi exonerada do cargo que exercia, o que se infere da cópia do Diário Oficial colacionada ao caderno processual.

Dessarte, tendo em vista que os alimentos pagos ao menor A. N. S. devem ser destinados à subsistência do infante, e não às despesas da insurgente, bem como que ela perdeu a sua principal fonte de renda, concede-se, na forma do art. 98 do Código de Processo Civil/2015, a Justiça Gratuita à R. N., dispensando-a do recolhimento do preparo recursal.

De outro norte, presentes os demais requisitos de admissibilidade, o presente recurso é conhecido e recebido.

#### Do julgamento:

#### Preliminares:

Não foram suscitadas preliminares.

#### Mérito:

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por R. N. contra a sentença de parcial procedência da demanda principal e improcedência da reconvenção, prolatada nos autos da ação de divórcio litigioso proposta por C. M. S.

#### Da partilha:

A apelante se insurge quanto à partilha dos bens adquiridos pelo autor durante a convivência marital.

Aduz que, ao contrário da conclusão exarada pelo Magistrado singular, ela tem direito à meação do apartamento, das aplicações financeiras e dos valores depositados nas contas correntes do ex-marido.

Nesse mesmo sentido, afirma que, de acordo com o regime de bens da participação final nos aquestos, os nubentes fazem jus à metade dos bens adquiridos onerosamente pelo casal, independentemente do acervo patrimonial estar registrado em nome de um, de outro, ou de ambos os cônjuges.

Por conseguinte, requer:

O provimento do presente recurso para reformar a decisão de fls. 426-436, condenando-se o Apelado a indenizar a Apelante na metade da diferença encontrada na apuração dos aquestos de segunda classe (bens particulares apartamento e valores em conta corrente/investimentos), mediante a realização de perícia judicial contábil ou, subsidiariamente, levando-se em conta os valores indicados nas declarações de Imposto de Renda das partes, já constantes dos autos, a serem devidamente atualizados e acrescidos de juros legais, a contar da separação de fato do ex-casal (3.8.15, vide fl. 2, petição inicial) [...] (fl. 456).

Antes de adentrar na análise da hipótese *sub judice*, impende tecer algumas considerações acerca do regime de bens da participação final nos aquestos.

Trata-se de uma das novidades advindas do Código Civil de 2002, tendo sua origem no Direito Europeu e sendo, ainda, pouco utilizada no Brasil, haja vista a complexidade da sua aplicação prática.

Citam-se os dispositivos legais que disciplinam o tema:

Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

Art. 1.673. Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento.

Parágrafo único. A administração desses bens é exclusiva de cada



cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis.

Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aqüestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se subrogaram;

II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;

III - as dívidas relativas a esses bens.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis.

Art. 1.675. Ao determinar-se o montante dos aqüestos, computar-se-á o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro; nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou declarado no monte partilhável, por valor equivalente ao da época da dissolução.

Art. 1.676. Incorpora-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar.

Art. 1.677. Pelas dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro.

Art. 1.678. Se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge.

Art. 1.679. No caso de bens adquiridos pelo trabalho conjunto, terá cada um dos cônjuges uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido.

Art. 1.680. As coisas móveis, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro.

Art. 1.681. Os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo

nome constar no registro.

Parágrafo único. Impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens.

Art. 1.682. O direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial.

Art. 1.683. Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aqüestos à data em que cessou a convivência.

Art. 1.684. Se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não-proprietário.

Parágrafo único. Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem.

Art. 1.685. Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código.

Art. 1.686. As dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros.

É um regime misto, no qual, durante a convivência marital, aplicam-se as regras da separação total de bens e, após a sua dissolução, os preceitos da comunhão parcial de bens, ou seja, durante o casamento somente são comunicáveis os bens comuns, de tal sorte que os nubentes possuem exclusivo domínio sobre o seu acervo patrimonial; todavia, finda a união, os bens adquiridos a título oneroso se comunicam, independentemente em nome de quem estejam registrados.

No intuito de melhor elucidar o tema, transcrevem-se excertos doutrinários:

[...] No regime da participação final dos aquestos, existem bens particulares: os que cada cônjuge possuía ao casar, os adquiridos por sub-rogação e os recebidos por herança ou liberalidade (CC 1.674 I e II). Também há os bens comuns: os adquiridos pelo casal na constância do casamento. Chama-se de patrimônio próprio os bens particulares de cada um, somados aos adquiridos em seu nome na constância do casamento (CC 1.673). Fora disso há os aquestos: são os bens próprios de cada um dos cônjuges amealhados durante o casamento e mais os bens que foram adquiridos por eles em conjunto no mesmo período. Esse é o acervo - com nuances - a ser partilhado e compensado quando da dissolução do casamento. Cada cônjuge faz jus a metade dos bens comuns (acervo amealhado em conjunto pelo casal) e mais a metade do valor do patrimônio próprio (adquirido pelo outro durante o casamento). Apurado o montante do patrimônio próprio de cada cônjuge, os valores são compensados e divididos entre o par.

Na constância do casamento cada cônjuge mantém a titularidade e a livre administração do seu patrimônio próprio, que é composto pelo bens que possuía ao casar mais os bens por ele adquiridos a qualquer título, durante a vida em comum. Os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome consta no registro (CC 1981), mas, para serem alienados, é preciso concordância do par.

[...] Com a dissolução do casamento, surge uma universalidade comunicável os bens comuns e outras duas constituídas dos bens próprios de cada um dos consortes. Os bens comuns serão divididos, apurados os haveres próprios de cada um, não serão alvo de divisão mas de compensação. Quando houver diferença de valores dos bens próprios, a reposição ao cônjuge não proprietário será feita em dinheiro.

[...] Assim, quando da separação, cada cônjuge ficará: a) com a totalidade de seus bens particulares adquiridos antes do casamento; b) com a metade dos bens comuns, adquiridos em condomínio, por ambos, durante a união; c) com os bens próprios adquiridos durante o enlace; e d) fará jus a metade da diferença do valor dos bens que o outro adquiriu em nome próprio, na constância do vínculo conjugal. A diferença frente ao regime da comunhão parcial é que, neste a comunicação do patrimônio é imediata, durante o casamento. No regime da comunhão

final, como o próprio nome já diz, a comunhão só ocorre quando do fim do casamento. A participação é sobre o patrimônio adquirido pelo outro, mas de forma contábil, e não por meio da constituição de um condomínio. [...] (Diniz, Maria Helena. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Saraiva, 20132, pgs. 252-253).

Citam-se, também, trechos de Julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

[...] Conforme constou, as partes se casaram pelo regime convencional da participação final dos aquestos. É um regime híbrido, no qual se aplicam regras da separação de bens e da comunhão dos aquestos.

Assim, cada cônjuge possui patrimônio próprio e lhe caberá, quando da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, durante o casamento.

Nesse contexto, durante o casamento, o patrimônio particular é preservado, autorizando a sua livre administração (mas não pode onerar ou alienar sem o consentimento do outro art. 1647, I, CC).

Dissolvida a sociedade conjugal, calcula-se o acervo adquirido na constância do casamento, promovendo-se a compensação entre os bens titulados em nome de um e de outro, apurando-se eventuais diferenças. [...] (TJSP - Agravo de Instrumento n. 2003586-55.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, rela. Desa. Rosângela Telles, Segunda Câmara de Direito Privado, j. 28-3-2016).

No caso dos autos, o autor defende que o acervo patrimonial perseguido pela recorrente corresponde aos frutos do seu trabalho e que a apelante não contribuiu com o mencionado acréscimo patrimonial; logo, não faria jus à meação.

O Magistrado *a quo* anuiu com a sua tese, utilizando-se, para tanto, da seguinte fundamentação:

[...] De outra banda, no que concerne ao pleito de divisão dos bens do casamento, o qual foi celebrado na forma de participação final dos aquestos, devem ser feitas algumas considerações.

Gize-se que, neste regime, os patrimônios individuais dos consortes permanecem isolados até o advento da dissolução do vínculo conjugal, momento em que se faz a meação dos bens onerosamente adquiridos na constância do matrimônio.

[...] Sob esta ótica, tem-se que bens aquestos são aqueles adquiridos em conjunto pelo casal, na constância do casamento, integrando o patrimônio em comum.

[...] Neste rumo, acerca do apartamento e garagem descritos no item 6 da inicial, a própria requerida admite que foram adquiridos com recursos única e exclusivamente do autor, sendo registrados no nome dele (fl. 48). Na audiência de instrução e julgamento a genitora confirma, inclusive, que o requerente adquiriu os referidos bens e pagou por eles sozinho, nunca tendo investido qualquer valor em conjunto para a aquisição destas propriedades.

Apenas relata que ajudava o ex marido com as contas da casa, com o pagamento de contas e da empregada doméstica, alegações que foram rechaçadas pelo autor. Importante salientar que, em que pese o requerente tenha começado a pagar o apartamento antes do casamento e terminado apenas em sua constância, as declarações de imposto de renda anexadas aos autos vão ao encontro das alegações dele no sentido de que angariou uma poupança, através dos frutos de seu trabalho, a fim de quitar, sozinho, o pagamento do apartamento em questão, de modo que apenas aguardava a conclusão da obra.

Ressalta-se que nas declarações de bens e direitos referente ao imposto de renda consta “investimento/aplicação/cotaparte para a construção do Condomínio E. R. K. W.”.

Os elementos de convicção estampados nos autos levam a conclusão de que tanto o bem imóvel objeto do pedido de partilha pela requerida quanto às aplicações financeiras são resultados dos rendimentos do autor pelo exercício de sua profissão, dos quais a requerida não participou de nenhuma forma, notadamente, a rigor, pelo regime adotado participação final nos aquestos.

Aqui, todavia, não se pode inverter esse propósito das partes, quando do casamento, para, na inversão, presumir dos esforços comuns.

Estabeleceram uma relação amorosa permeada na origem por essa diretriz jurídica. Entendo ainda de afastar a presunção de que são comunicáveis os proventos do trabalho pessoal do autor particularmente para esses investimentos, como para a aquisição do bem, até por falta de previsão legal e ainda por prevalecer a orientação legal de cada cônjuge preserva para si as aquisições pessoais subsequentes ao tempo do casamento.

De expressividade, no caso particular, e pela natureza da relação havida, é a primeira fase desse regime híbrido, qual seja, o da total separação de bens. Disso, decorre da falta de comunicação dos bens aquestos, para a incidência, na fase seguinte, do regime da comunhão parcial de bens, até pela ausência de mera presunção de esforços comuns; não há inversão, aqui.

Ademais, por analogia, e visto a situação em exame, aplica-se o mesmo raciocínio para o regime da separação total de bens, pelos fatos ocorrentes (sem qualquer efetiva de participação pela requerida):

“Constitui este um regime convencional de bens, pouco adotado, mas de igual importância que os demais. Por meio dele, os cônjuges conservam exclusivamente para si os bens que possuíam quando do casamento e aquele que adquirirem ou vão adquirir na constância do mesmo. Há a completa separação do patrimônio dos cônjuges, nada tornando-se comum, inclusive aquilo que advém do esforço conjunto. Cada consorte é proprietário do capital ativo e passivo existente antes de casar e daquele formado posteriormente, competindo a cada um a posse e a administração. (Apelação Cível n. 2011.061736-6, de Lages, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, julgado em 22- 11-2011).

Assim ainda:

“No regime de separação total de bens, o patrimônio amealhado antes da união e aquele adquirido durante a constância do matrimônio, mas com os esforços unicamente de um dos cônjuges, não se comunica com o do outro parceiro, ou seja, somente aquilo que comprovadamente foi comprado com recursos financeiros tanto do marido quanto da mulher é que pode ser objeto de partilha por ocasião da separação conjugal. Não tendo a esposa comprovado que contribuiu financeiramente para a aquisição dos materiais de construção para a edificação da moradia do

casal, não prospera seu pedido de partilha desse bem” (Apelação Cível n. 2012.027392-3, TJSC).

No tocante ao veículo Mercedes, verifica-se que foi adquirido antes do casamento das partes, conforme atesta a fl. 316 dos autos, sendo incontroverso se tratar de bem de propriedade do autor. O veículo Nissan, a sua vez, despona de propriedade da requerida. [...] (fls. 433-434).

Ocorre que, conforme a doutrina e a jurisprudência antes citadas, tais conclusões não se coadunam com as regras do regime de bens eleito pelas partes e, portanto, não podem subsistir.

Consoante se infere das folhas 19-20 do caderno processual, o autor e a ré optaram pelo regime da participação final nos aquestos, o que foi expressamente consignado em pacto antenupcial lavrado por escritura pública. Referido documento atende aos requisitos legais de validade (arts. 1.653 a 1.657 do Código Civil), bem como não foi impugnado pelas partes, razão pela qual, reputa-se legítimo e os direitos e obrigações ali estabelecidos obrigam a ambos os litigantes.

Por conseguinte, razão assiste à recorrente. Os bens adquiridos, onerosamente, ainda que na condição de bens próprios de cada cônjuge, durante o tempo em que perdurou o casamento das partes (março de 2009 a agosto de 2015), devem ser partilhados, observando-se, contudo, o seguinte procedimento:

[...] O artigo 1.674 do Código Civil informa como será procedida a operação contábil para o cálculo de participação final dos aquestos.

De acordo com o dispositivo, sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, quantificam-se os aquestos pelo montante a ser verificado na data da dissolução do regime de bens (CC, art. 1.683). Por ocasião da partilha judicial, são excluídos da soma dos patrimônios próprios: os bens anteriores ao casamento ou sub-rogados (CC, art. 1.674, inc. I); os que sobrevierem a cada cônjuge a título gratuito, por sucessão ou liberalidade (CC, art. 1.674, inc. II); e as dívidas relativas aos bens conjugais (CC, art.

1.674, inc. III).

Pode ser tomada como exemplo prático de participação final dos ganhos (aquestos) uma situação em que o marido quando casou tinha um patrimônio particular de R\$ 1.200.000,00 e durante o casamento acrescentou outros R\$ 1.000.000,00 em seu patrimônio, enquanto sua esposa tinha bens particulares de R\$ 1.500.000,00 e durante as núpcias acrescentou mais R\$ 2.000.000,00. O casal ganhou durante o matrimônio R\$ 3.000.000,00, cabendo a cada cônjuge com a separação, R\$ 1.500.000,00 (R\$ 3.000.000,00 + 2 = R\$ 1.500.000,00). Assim a esposa deve repassar ao ex-marido R\$ 500.000,00, para que cada um fique com sua meação de R\$ 1.500.000,00 sobre os ganhos conjugais.

As dívidas a serem abatidas são aquelas contraídas antes do casamento, não tendo vertido em proveito comum e tampouco aquelas contraídas em razão das núpcias.

O artigo 1.677 do Código Civil estabelece com solar clareza que as dívidas posteriores ao casamento assumidas por um dos cônjuges somente a este vinculam, salvo prova de haverem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro. [...]

A regra funciona como princípio de direito e a sua gênese remonta ao Estatuto da Mulher Casada Cap. 14 I Do Direito Patrimonial (Lei n. 4.121/1962), revertendo o ônus da prova àquele que contraiu a dívida, no sentido de demonstrar de modo cabal e incontestado haver o débito resultando em benefício total ou parcial dos cônjuges ou da família, sabido só serem presumidas comuns as dívidas constantes do artigo 1.643 do Código Civil, e somente elas obrigam solidariamente os consortes (CC, art. 1.644). Tem esta disposição o propósito de evitar a insidiosa fraude à meação do cônjuge, pela via artificial de estabelecimento de pseudodívidas, criadas ficticiamente para comprometer a meação do consorte.

Também no regime da participação final nos aquestos, a exemplo da comunhão parcial (CC, art. 1.662), salvo prova em contrário, são presumidos comuns os bens móveis adquiridos durante o casamento. A presunção é juris tantum, comportando prova em contrário, preferencialmente através das notas fiscais de aquisição, isto quando



não forem móveis já pertencentes à família, trazidos pelo cônjuge ou convivente para a sua nova habitação, quando então poderá se valer de prova testemunhal ou documental, como, por exemplo, fotografias demonstrando a precedente posse e propriedade de certos móveis, porque mostram as fotos de que eles já ornavam a primitiva casa do cônjuge ou de algum familiar seu. (MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª ed. rev., atual. e ampl., Forense: 2013, ps. 803-809).

Procede-se, então, à análise do acervo patrimonial das partes, lembrando que a recorrente pretende a meação do apartamento (acompanhado da vaga de garagem), dos saldos bancários e das aplicações financeiras registrados em nome do recorrido.

Do apartamento e da vaga de garagem registrados em nome de C. M. S.:

Consoante se infere das informações prestadas pelos litigantes durante a audiência de instrução e julgamento, mídia de fl. 340, e das declarações de Imposto de Renda fornecidas pelo demandante (fls. 227-303), o apelado pagou pelo apartamento e pela vaga de garagem descritos nos autos R\$ 382.492,88 (trezentos e oitenta e dois mil, quatrocentos e oitenta e oito centavos) (fl. 300).

O imóvel foi adquirido ainda na planta e os aportes financeiros tiveram início no ano de 2006, de tal sorte que à época em que as partes contraíram matrimônio o recorrido já havia pago 47,24% (quarenta e sete vírgula vinte e quatro por cento) do preço total do imóvel, percentual que corresponde a R\$ 180.670,00 (cento e oitenta mil, seiscentos e setenta reais), montante este que deve ser excluído da partilha, consoante o disposto no art. 1.674. do Código Civil, *verbis*:

Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aqüestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

**I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;**

- II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;
- III - as dívidas relativas a esses bens (Grifos nossos).

Assim, a apelante tem direito a metade de 52,76% (cinquenta e dois vírgula setenta e seis por cento) do valor do bem, atualizado até a data da dissolução judicial do matrimônio, cujo montante deve ser apurado em sede de liquidação de sentença.

Dito isso é de ser dado parcial provimento ao recurso neste tocante.

#### Das aplicações financeiras e dos saldos bancários:

A recorrente também pretende a partilha das aplicações financeiras, bem como dos saldos em contas correntes e poupanças pertencentes ao apelado à época da separação de fato, em agosto de 2015.

Levando-se em consideração que, após a dissolução da sociedade conjugal, aplicam-se subsidiariamente ao regime da participação final nos aquestos as mesmas regras da comunhão parcial de bens, é certo que os saldos das aplicações financeiras e dos valores constantes em conta poupança e corrente são partilháveis; observando-se, contudo, as exceções previstas no já citado artigo 1.674 do Código Civil.

*Mutatis mutandis*, colacionam-se julgados desta Corte Estadual de Justiça:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. (A) INSURGÊNCIA DA RÉ. (A.1) APLICAÇÃO FINANCEIRA EM NOME DO CÔNJUGE-VARÃO. ATIVOS QUE DEVEM INTEGRAR O PATRIMÔNIO DO CASAL. NECESSIDADE DE INCLUSÃO NA PARTILHA. DIREITO À MEAÇÃO. COMANDO SENTENCIAL REFORMADO.

Comprovada a existência de aplicações financeiras em conta bancária pertencente ao Autor durante o casamento, necessária a partilha igualitária dos valores. (A. 2) [...] APELO DA RÉ PROVIDO E RECURSO DO AUTOR NÃO CONHECIDO. (Apelação Cível n.

0003231- 49.2011.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 1-2-2018).

Mais:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS, ALIMENTOS E DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. INSURGÊNCIA DAS PARTES. IMPUGNAÇÃO DE JUSTIÇA GRATUITA, EM RECURSO DE APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 7º, DA LEI N. 1.060/1950. AUSÊNCIA DE PROVAS DA INEXISTÊNCIA OU DO DESAPARECIMENTO DOS REQUISITOS ÀS BENESSES. ÔNUS QUE COMPETIA À RÉ/IMPUGNANTE. [...] APLICAÇÃO FINANCEIRA PELO CÔNJUGE-VARÃO DURANTE O CASAMENTO. ATIVOS QUE INTEGRARAM O PATRIMÔNIO DO CASAL. DIVISÃO DEVIDA. SENTENÇA REFORMADA NESTE ASPECTO. A incomunicabilidade dos proventos do trabalho é restrita, pois, após o recebimento passam a integrar o patrimônio do casal, respaldando a respectiva partilha. Assim, aplicações financeiras constituídas durante a união dos cônjuges deve fazer parte da meação. [...] APELO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DO RÉU IMPROVIDO. (Apelação Cível n. 0002798-31.2010.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 16-2-2017).

Na hipótese *sub judice*, da análise das declarações de Imposto de Renda fornecidas pelo autor, verifica-se que a quantia resultante dos investimentos em ações, títulos de renda fixa e saldos em conta corrente e poupança teve considerável acréscimo durante o período em que os litigantes estiveram casados, de modo que, no exercício de 2008/2009, a soma destes bens correspondia aproximadamente a R\$ 402.162,68 (quatrocentos e dois mil, cento e sessenta e dois reais e sessenta e oito centavos) e, em 2015/2016, alcançaram o montante, também aproximado, de R\$ 998.050,90 (novecentos e noventa e oito mil, cinquenta reais e noventa centavos).

Assim, devem ser partilhados os valores correspondentes aos

saldos das aplicações financeiras (investimentos e saldos em contas corrente e poupança), pertencentes ao apelado, na data da dissolução do casamento, descontado o saldo existente à época da constituição da sociedade conjugal.

Referidos valores devem ser apurados em sede de liquidação de sentença, levando-se em consideração o resultado da diferença entre as aplicações financeiras pertencentes ao autor em agosto de 2015 e o valor existente a este título em março de 2009.

Desse modo, a apelante fará jus à metade do saldo desta conta, devidamente atualizado até a separação de fato (agosto de 2015).

Registra-se, por fim, que deve ser afastada a alegação formulada pelo autor/reconvindo de que a ora recorrente modificou o pedido referente à partilha destes bens no curso da lide, pois, da leitura da fundamentação exposta na reconvenção, é possível aferir que o pedido se referia ao conjunto de aplicações financeiras, e não apenas aos saldos constantes em contas correntes.

Por derradeiro, anota-se que os consectários legais somente serão devidos a partir da apuração do *quantum debeatur* (Nesse sentido: Apelação Cível n. 0502288-47.2013.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 20-4-2017).

Recurso parcialmente provido no ponto.

#### Conclusão:

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao apelo da ré/reconvinte para deferir o benefício da Justiça Gratuita e reconhecer o direito à meação dos valores referentes ao apartamento e às aplicações financeiras pertencentes ao autor, nos exatos termos da fundamentação deste acórdão.

## **Apelação Cível do autor C.M. S.:**

### Da admissibilidade:

Presentes os pressupostos legais, o recurso é conhecido e recebido.

### Do julgamento:

### Preliminares:

Não foram suscitadas preliminares.

### Mérito:

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por C. M. S. contra a sentença de parcial procedência da demanda principal e improcedência da reconvenção, prolatada nos autos da ação de divórcio litigioso proposta em face de R. N.

### Dos alimentos devidos ao menor A. N. S.:

C. M. S. pretende a redução da verba alimentar devida ao filho das partes, fixada em 20% (vinte por cento) dos seus rendimentos mensais no juízo de origem.

Pugna pela redução do encargo para R\$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais) ou, sucessivamente, 17,5% (dezessete e meio por cento) do seu subsídio líquido, ou, ainda, “que este patamar de 17,5% (dezessete e meio por cento) seja fixado para o caso do auxílio moradia (verba indenizatória recebida a título precário, que representa relevante entrada de recursos para o apelante), deixar de ser pago” (fl. 464).

Como se sabe, o primeiro aspecto a ser levado em consideração na fixação dos alimentos é o trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade, previsto no § 1º do art. 1.694 do Código Civil, *verbis*:

Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”. Sobre o tema, leciona Maria Berenice Dias: [...] Tradicionalmente invoca-se o binômio da

necessidade possibilidade, ou seja, perquirem-se as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante para estabelecer o valor do pensionamento. No entanto, essa mensuração é feita para que se respeite a diretriz da proporcionalidade. Por isso começa a falar, com mais propriedade, em trinômio: proporcionalidade-possibilidade necessidade. [...] (Manual de direito das famílias. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, ps. 578-579).

Consoante já dito, a controvérsia a ser dirimida no caso em apreço, cinge-se em averiguar a possibilidade de redução da verba alimentar paga pelo recorrente ao seu filho, A. N. S.

Registra-se, inicialmente, que as necessidades do infante são presumidas, tendo em vista que atualmente está com 7 (sete) anos de idade, e é totalmente dependente dos seus genitores.

De outro norte, quanto às possibilidades do recorrente, consignase que é Juiz Federal e possui rendimentos mensais em quantia superior ao montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), de modo que pode dispor do percentual de 20% (vinte por cento) do seu subsídio em favor do filho.

Em que pese a responsabilidade pelo sustento da prole incumbir a ambos os pais, referida obrigação é cumprida na medida das possibilidades de cada guardião. Todavia, a genitora do menor se encontra desempregada e, até que ela consiga uma recolocação no mercado de trabalho, o menor contará primordialmente com o auxílio financeiro do apelante.

Em reforço, colacionam-se trechos do Parecer Ministerial:

No caso em apreço o alimentante é servidor público federal, atuando como Juiz Federal na cidade de Joinville/SC, auferindo razoável renda líquida mensal. Assim, sensato que seu filho possa usufruir do mesmo padrão de vida a que tem direito, mormente porque o desconto de 20% de seus rendimentos brutos, incidentes sobre 13º salário e 1/3 de férias, exceto as deduções obrigatórias, não vai lhe empobrecer, e se encontra plenamente de acordo com suas possibilidades financeiras.

De outra sorte, quando às necessidades do menor, pertinente transcrever a argumentação utilizada pelo representante ministerial a quo, que de maneira clara e objetiva opinou sobre a questão, com a qual, desde já, se concorda:

[...] A. acaba de completar 7 anos de idade, ingressando no ensino fundamental, desta forma, as despesas da criança estão se modificando conforme seu crescimento e desenvolvimento natural.

Não é possível prever com exatidão todas as despesas mensais de uma criança nesta idade, cujas necessidades se alteram e se adaptam ao seu desenvolvimento. Circunstâncias diversas como, por exemplo, compra de material escolar, consultas médicas, compra de medicamentos, compra de vestuário, despesas com lazer ou viagens e atividades extracurriculares, são gastos eventuais, que não ocorrem todos os meses, mas que devem servir de base para determinação da pensão alimentícia.

Neste raciocínio, os argumentos matemáticos aventados pelo genitor, embasado na soma das despesas suscitadas pela genitora em contestação, não podem determinar exclusivamente o valor dos alimentos, devendo ser considerada uma margem monetária para acomodar as mais diversas necessidades do filho que podem surgir no decorrer de seu crescimento. As despesas da criança tendem a aumentar conforme sua idade. Hoje a criança utiliza determinados serviços, porém, estes eventualmente podem ser modificados, caso haja alteração na rotina da genitora, que detem a guarda do infante, e este fato deve ser observado para determinação dos alimentos, não sendo possível considerá-los isoladamente para fixação da pensão.

[...]

Em síntese: nada mais justo que o menor sustentado desfrute, durante seu crescimento, de um patamar econômico de acordo com o padrão de vida de seus pais. Sendo o genitor essa pessoa capaz de lhe promover uma adequada condição de vida, assim deverá proceder.

Tal afirmação não quer dizer que a genitora não possui também o dever de contribuir com o seu sustento. Porém, sendo o pai a pessoa de maiores rendimentos, deverá contribuir na proporção do que auferir. Assim, no que pertine a questão dos alimentos fixados, a decisão de

primeiro grau não merece qualquer reparo [...] (fls. 495-497).

E, da Jurisprudência desta Corte Estadual de Justiça: ALIMENTOS - BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE - FIXAÇÃO - RAZOABILIDADE - OBSERVÂNCIA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE – MANUTENÇÃO

1 A quantificação da verba alimentar deve lastrear-se nas necessidades do alimentando e na possibilidade do alimentante em provê-la, e a integração desses critérios deve observar o princípio da proporcionalidade e merece atenta análise das características que circundam o caso concreto à luz do bom-senso e da justeza.

2 Não se pode permitir, com o objetivo de alcançar o imprescindível equilíbrio, que o valor fixado fique aquém do necessário para o credor viver com dignidade e nem supere a razoável possibilidade do devedor em fornecer

alimentos sem privá-lo da própria subsistência. Na ausência de comprovação da impossibilidade de prestá-los, mantemse o valor fixado pelo Juízo a quo. (Agravado Instrumento n. 4016981-03.2017.8.24.0000, de Chapecó, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 12-6- 2018).

Não destoam o posicionamento deste Órgão Fracionário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS C/C ALIMENTOS E ARROLAMENTO DE BENS. INTERLOCUTÓRIO QUE FIXOU A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR EM 6 (SEIS) SALÁRIOS MÍNIMOS EM FAVOR DAS DUAS FILHAS MENORES, além do pagamento de mensalidade escolar e plano de saúde, BEM COMO NO PATAMAR DE 10 (DEZ) SALÁRIOS MÍNIMOS EM FAVOR DA EX-CÔNJUGE. INSURGÊNCIA DO GENITOR/EX-CÔNJUGE. PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO A QUO COM O FITO DE MINORAR O VALOR DOS ALIMENTOS FIXADOS EM FAVOR DAS FILHAS E EXTINGUIR A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DEVIDA À EX-ESPOSA. PEDIDO DE MINORAÇÃO DOS ALIMENTOS DEVIDOS ÀS FILHAS MENORES. ALEGAÇÃO DE SER O VALOR OFERTADO DE R\$



3.000,00 (TRÊS MIL REAIS), além das despesas com mensalidade escolar, plano de saúde, atividade de hipismo, curso de inglês e telefonia celular SUFICIENTE PARA GARANTIR O SUSTENTO DAS FILHAS. INSUBSISTÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. EXEGESE DO ARTIGO 1.684 DO CÓDIGO CIVIL. PRESUNÇÃO DE NECESSIDADE DAS FILHAS DE 10 (DEZ) E 13 (TREZE) ANOS DE IDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO HÁBIL A DEMONSTRAR INCAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DO GENITOR DE ARCAR COM O PENSIONAMENTO NO PATAMAR FIXADO. CONFORTÁVEL SITUAÇÃO FINANCEIRA DO ALIMENTANTE EVIDENCIADA. MANUTENÇÃO DOS ALIMENTOS EM 6 (SEIS) SALÁRIOS MÍNIMOS MENSAIS. ADEMAIS, VALOR FIXADO QUE POUCO DIFERE DO MONTANTE OFERTADO. MANUTENÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR NO MONTANTE FIXADO. PLEITO EXONERAÇÃO DOS ALIMENTOS DEVIDOS À EXCÔNJUGE. INSUBSISTÊNCIA. ESPOSA QUE SE DEDICOU EXCLUSIVAMENTE À FAMÍLIA DURANTE 20 (VINTE) ANOS DE CASAMENTO. RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA CONFIGURADA. DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA. VIRAGO SEM EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL. ADEMAIS, ALIMENTANDA PORTADORA DE DOENÇA CRÔNICA. NECESSIDADE DE SUBMISSÃO A PROCEDIMENTO CIRÚRGICO PARA TROCA DE PRÓTESE ORTOPÉDICA NO QUADRIL FACE A LESÃO SOFRIDA EM 1990. OUTROSSIM, CONSIDERÁVEL PADRÃO DE VIDA DO NÚCLEO FAMILIAR. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE REVELA VULTUOSA MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DO EX-CÔNJUGE. POSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE EVIDENCIADA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA MANTIDA RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento n. 2014.082521-6, da Capital, rel. Des. Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 3-3-2015).

Ante o exposto, é de ser negado provimento ao recurso neste tocante, mantendo-se inalterado o percentual da verba alimentar fixado no juízo singular.

### Dos empréstimos:

O apelante requer, também, a condenação da ré ao pagamento dos empréstimos que ele lhe concedeu, durante e após a dissolução da sociedade conjugal, quais sejam: a) R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para a aquisição de móveis; b) R\$ 10.590,00 (dez mil, quinhentos e noventa reais) para a compra do veículo Ford Fiesta; e, c) R\$ 4.700,00 (quatro mil e setecentos reais) destinados à quitação de uma dívida junto ao Banco Itaú.

Da análise dos elementos carreados ao caderno processual, infere-se que o apelante, de fato, ocasionalmente, cedia valores à recorrida.

Todavia, entre as quantias acima indicadas, apenas uma é efetivamente devida: trata-se do importe de R\$ 10.590,00 (dez mil, quinhentos e noventa reais), que a acionada obteve via empréstimo do apelante para a aquisição de veículo próprio (Ford Fiesta), o que ocorreu após a dissolução da sociedade conjugal, situação esta devidamente reconhecida por ambas as partes em audiência de instrução e julgamento.

Quanto ao montante despendido para a aquisição de móveis, R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), registra-se que a apelada deixou o lar conjugal apenas com as roupas e os pertences pessoais, tirando-se daí que mencionada quantia se refere à indenização dos bens móveis adquiridos pelos litigantes que, após a separação, ficaram na posse exclusiva do autor.

E, por fim, quanto ao importe de R\$ 4.700,00 (quatro mil e setecentos reais), supostamente destinado à quitação de um empréstimo da recorrida junto ao Banco Itaú, consigna-se que não há elementos de provas suficientes a demonstrar a existência do respectivo empréstimo, bem como que os valores depositados na conta corrente da ré pelo acionante não foram vertidos em prol da unidade familiar.

Dito isso, dá-se parcial provimento ao apelo no ponto, apenas para reconhecer a existência de um débito de R\$ 10.590,00 (dez mil,

quinzentos e noventa reais) da ré em relação ao autor.

Dos ônus sucumbenciais:

Ambas as partes restaram vencidas em parte de seus pleitos, o que torna de rigor a repartição proporcional das despesas processuais e dos honorários advocatícios, nos exatos termos do art. 86 do Código de Processo Civil/2015.

Por conseguinte, os ônus sucumbenciais devem ser rateados na proporção de 60% (sessenta por cento) para o autor/reconvindo e 40% (quarenta por cento) para a ré/reconvinte.

Arbitra-se a verba honorária devida aos patronos das partes em 15% (quinze por cento) sobre o valor das respectivas condenações, atendendo-se, desse modo, aos parâmetros do art. 85, §2º, incs. I a IV, do Código de Processo Civil e acolhendo-se à insurgência do autor neste ponto.

Conclusão:

Ante o exposto, conhece-se do apelo da ré e dá-se-lhe parcial provimento para deferir o benefício da Justiça Gratuita e reconhecer o direito à meaçaõ dos valores referentes ao apartamento e às aplicações financeiras pertencentes ao acionante; e, conhece-se do apelo do autor e dá-se-lhe parcial provimento para declarar a existência de dívida da apelada em seu favor no importe de R\$ 10.590,00 (dez mil, quinhentos e noventa reais) e readequar a verba honorária devida ao seu patrono.

Este é o voto.

**Agravo de Instrumento n. 4014280-06.2016.8.24.0000, de Joinville**  
Relator designado: Desembargador Stanley Braga

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO C/C PARTILHA. PEDIDO DE DIVISÃO IMEDIATA DE FRUTOS, ARROLAMENTO DE BENS E PRODUÇÃO DE PROVA. INDEFERIMENTO EM PRIMEIRO GRAU. INCONFORMISMO. ALEGADA PRESENÇA DOS REQUISITOS DA TUTELA ANTECIPADA. ACOLHIMENTO. RECEIO DA DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. INDÍCIO RAZOÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS QUE NÃO IMPEDEM A PERCEPÇÃO ANTECIPADA DE FRUTOS DOS BENS COMUNS DO CASAL. PRESSUPOSTOS SUBSISTENTES. APLICAÇÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA E MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO PATRIMONIAL DOS LITIGANTES. DECISÃO A QUO QUE SE IMPÕE SER REFORMADA. AGRAVO PROVIDO.

Presentes indícios razoáveis dos requisitos da tutela antecipada, promove-se o deferimento do pleito antecipatório.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4014280-06.2016.8.24.0000, da comarca de Joinville (3ª Vara da Família), em que é Agravante M. G. P. e Agravado V. P.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por maioria de votos, dar parcial provimento ao recurso. Vencido o Desembargador Monteiro Rocha, que votou no sentido de negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado na data de 22 de maio de 2018, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Denise Volpato e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Monteiro Rocha e Des. André Luiz Dacol.

Florianópolis, 28 de maio de 2018.

Desembargador Stanley Braga  
Relator designado

## RELATÓRIO

M. G. P. interpôs agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Família em embargos de declaração n. 0014603- 62.2016.8.24.0038, opostos nos autos de ação de divórcio n. 0309618-74.2016.8.24.0038 ajuizada contra V. P., que indeferiu o pedido de divisão imediata dos frutos e dividendos dos bens comuns, arrolamento judicial, auditoria contábil, entre outros pedidos de prova.

Afirmou que, ao contrário do que considerou o douto magistrado, a divisão dos frutos e dividendos não se confunde com o pedido de alimentos provisórios, cuja finalidade é assegurar-lhe a subsistência. Ressaltou que a divisão dos frutos e dividendos visa assegurar o equilíbrio e a justiça patrimonial enquanto perdurar o processo de partilha.

Sustentou, também, que o repasse mensal que o agravado fazia durante o matrimônio no valor de R\$ 32.000,00 em prol da agravante não se confunde com os lucros e dividendos e que, se assim o fosse, a ela caberia um crédito referente à parte que lhe cabe, uma vez que o ex-marido recebeu sozinho lucro de R\$ 5.978.467,84.

Salientou que os alimentos provisionais arbitrados em ação de divórcio no valor de R\$ 32.396,35, e cuja decisão foi objeto de agravo de instrumento julgado por esta Colenda Câmara, foram fixados mediante análise do binômio necessidade e possibilidade, não tendo sido examinados ou sopesados, em nenhum momento, os frutos obtidos pelo agravado por meio das empresas e locações dos imóveis comuns.

Argumentou, assim, que, com o pedido atual, ela pretende a divisão periódica dos frutos dos bens comuns até que se opere a partilha do patrimônio, de acordo com o art. 1.027 do CC, o que se denomina de alimentos compensatórios e cujo pressuposto para deferimento é a prova da comunicabilidade dos bens, da existência de frutos e da administração isolada por apenas um dos cônjuges, o que restou devidamente comprovado mediante a documentação juntada.

Salientou, ainda, que é usufrutuária, em conjunto com o cônjuge, das cotas sociais da Krona Participações Ltda., porém, por sua condição de submissão total ao cônjuge e porque o agravado é o único representante da família Perin no Grupo Krona, em favor dele é que são revertidos todos os lucros, inclusive a parte devida à agravante.

Aduziu que, do extenso rol de imóveis e empresas descritos na inicial, apenas a residência que lhe serve de moradia está sob sua posse e administração, restando evidente o desequilíbrio patrimonial.

Salientou, assim, que os alimentos compensatórios são devidos, uma vez que, além de precisar de auxílio alimentar através de alimentos provisórios, ela precisa ter assegurado mínimo equilíbrio patrimonial até que se perfectibilize a partilha, com a imediata divisão dos frutos dos bens comuns, sejam eles dividendos da sociedade anônima ou renda de locação dos imóveis comuns, não havendo que falar em “bis in idem”.

Em relação ao indeferimento do pedido de auditoria contábil em todas as empresas do Grupo Krona, afirmou ser ela necessária para avaliar o verdadeiro valor das cotas sociais, a fim de entregar à agravante a sua correta participação, tendo em vista que a partilha das cotas deve ser realizada considerando a data da separação de fato e que o processo pode demorar anos para chegar ao fim.

Tratou, também, da necessidade de impor-se ao agravado a pena de se negados caso seja omitido ou ocultado algum bem, bem como a determinação de que ele traga aos autos os documentos contábeis de

todas as empresas do Grupo Krona.

Ressaltou, ainda, que o pedido de arrolamento de bens deve ser deferido, uma vez que o risco de dilapidação do patrimônio está no fato de que o agravado é titular de 99,99% do capital social do grupo empresarial e que possui o poder de alienar, a qualquer tempo e sem a sua autorização, os bens de propriedade da empresa, conforme disposto pela cláusula 13, parágrafo 3º do Contrato Social.

Também requereu a expedição de ofícios às instituições financeiras e à receita federal para apuração dos investimentos e valores existentes em contas de titularidade do agravado, ponderando que ele não indicou a sua existência na peça contestatória.

Por fim, postulou a antecipação da tutela recursal e provimento do agravo para: a) determinar a divisão imediata dos frutos e dividendos dos bens comuns ou, subsidiariamente, se mantido o entendimento de que os alimentos e a divisão dos frutos ou da renda líquida dos bens comuns se confundem, determinar o pagamento do valor remanescente devido à agravante, relativamente ao exercício de 2015, que corresponde a R\$2.605.233,92; b) determinar a auditoria contábil nas empresas Vilambro Participações Ltda., Krona Participações Ltda., Krona Tubos e Conexões S.A., Krona Tubos e Conexões do Nordeste Ltda. e Krona Acessórios Hidráulicos Ltda.; c) a incluir a pena dos sonegados, se constatada a omissão ou ocultação de bens pelo agravado; d) determinar, ao menos, o arrolamento das cotas sociais da Vilambro Participações Ltda., bem como dos bens e valores existentes em contas bancárias que sejam de propriedade da sociedade; e) determinar a expedição de ofício ao Banco Central, Credit Suisse Hedging-Griffo Corretora de Valores S/A e à Receita Federal.

A antecipação de tutela recursal restou indeferida em decisão de fls. 120-128.

O agravado ofertou contraminuta às fls. 155-165.

Este é o relatório.

## VOTO

### Da admissibilidade:

Presentes os pressupostos legais, o recurso é conhecido.

### Do julgamento:

#### Pedido de divisão imediata de frutos e dividendos do patrimônio comum:

A agravante/autora requereu, nos autos de ação de divórcio n. 0309618-74.2016.8.24.0038, pedido de tutela antecipada para determinar a imediata divisão dos frutos resultantes do patrimônio comum, mais precisamente relativos ao lucro líquido do grupo de empresas do qual o agravado/ex-marido é sócio e pertencem ao patrimônio comum do casal vez que constituído o grupo empresarial na constância do casamento realizado sob o regime da comunhão universal de bens.

O douto magistrado indeferiu o pedido e, ao decidir os embargos declaratórios n. 0014603-62.2016.8.24.0038, opostos pela agravante, consignou o seguinte:

Alega a parte embargante que a decisão de fls. 635-9 apresenta contradição, por não haver bis in idem na fixação dos alimentos provisórios em R\$ 32 mil, nos autos n. 0300063-33.2016, e o pedido de divisão imediata dos dividendos percebidos por V. P. junto às empresas Krona Tubos e Conexões S/A, Krona Tubos e Conexões do Nordeste Ltda. e Krona Acessórios Hidráulicos Ltda., por meio da controladora Krona Participações Ltda., na ação de divórcio.

Entretanto, os alimentos provisórios foram fixados na ação de alimentos n. 0302396-55.2016 como “parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor”, com amparo no art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 5.478/68, sendo incompatíveis com o pedido de divisão periódica dos lucros (art. 1.027 do Código Civil).



Não bastasse, ao contrário do que afirma a embargante, se os R\$ 32 mil fixados a título de alimentos provisórios tivessem amparo no binômio possibilidade-necessidade, na forma do art. 1.694, § 1º, do Código Civil, também seriam revistos ao determinar-se a divisão periódica dos lucros do divorciando junto às empresas do grupo Krona, pela ausência de necessidade da alimentanda, que receberia R\$ 2.989.233,92, apenas com a empresa Krona Tubos e Conexões S/A, no exercício de 2015. Logo, os alimentos provisórios, tanto os previstos no art. 4º, parágrafo único, da Lei 5.478/68, quanto os regulados pelo art. 1.694, § 1º, do Código Civil, são incompatíveis com o pedido de divisão periódica dos lucros, no primeiro caso, por terem a mesma origem (indenização pela fruição exclusiva de bem comum) e, no segundo, pela desnecessidade da prestação alimentar. Além disso, se os alimentos provisórios arbitrados na ação de alimentos n. 0300063-33.2016 não correspondem à metade da renda líquida dos bens comuns administrados pelo divorciando, deste fato não haverá prejuízo à divorcianda, pois terá direito à compensação dos valores devidos desde a data da separação de fato até a efetiva partilha de bens.

Com efeito, como alega a agravante, os alimentos provisórios, que lhes foram deferidos nos autos de ação de alimentos n. 0300063-33.2016, não se confundem com o pedido de divisão imediata dos lucros da empresa.

O pedido alimentar do ex-cônjuge funda-se no dever de mútua assistência previsto no art. 1.565, III, do CC e no binômio necessidade e possibilidade disposto no art. 1.699 do CC.

Já a divisão dos frutos decorrentes do patrimônio objeto da partilha dos bens comuns do casal, e sobre os quais o excônjuge está, unilateralmente, exercendo a administração, decorre da comunicabilidade patrimonial inerente ao regime de bens eleito no casamento, in casu, o regime de comunhão universal de bens, regulado pelos arts. 1.667 a 1.671 do CC.

Acrescente-se a isso que, contrariamente ao que deduziu o

magistrado de primeiro grau, não há incompatibilidade entre a regra que estabelece alimentos provisórios, provisionais ou compensatórios e o comando legal que estabelece a possibilidade de divisão e pagamento de lucros, imediatamente quando do acervo patrimonial do casal constar a existência de sociedade comercial.

Assim sendo, ao caso aplica-se o disposto no artigo 1.027 do CC, *verbis*:

Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou o cônjuge do que se separou judicialmente, não podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade.

O que não impede futura modulação da questão alimentar.

Portanto, entendo, data máxima vênia, que tais valores não se confundem nem se compensam, vez que, conforme evidenciado em linhas anteriores, têm origem e destinação diversas.

Destarte, com respeito e consideração necessários ousou divergir, entendendo em sentido diametralmente oposto ao que foi esposado pelo Nobre Relator, no que concerne a concessão da antecipação de tutela requerida pela agravante que visa determinar a divisão imediata dos lucros do grupo empresarial e dos demais frutos advindos do patrimônio comum do casal, mesmo antes de decretada a partilha definitiva de bens.

Estabelece o art. 300 do CPC/2015 que “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Na hipótese, data vênia, indiscutível a existência do direito da agravante em receber 50% dos lucros oriundos da atividade empresarial, dentre elas a empresa Vilambro Participações Ltda., integrante do patrimônio comum e administrada, com exclusividade, pelo ex-cônjuge, assim como receber, desde o momento da ruptura da sociedade conjugal,

50% dos frutos resultantes dos demais bens componentes do patrimônio comum do casal, , uma vez que ela demonstrou estar casada pelo regime de comunhão universal de bens (fl. 64 dos autos de origem), bem como demonstrou que o ex-marido detém 99% do capital social desta empresa e é seu administrador exclusivo (fls. 108-116 dos autos de origem).

É consabido que a atividade empresarial possibilita o engendramento de situações contábeis muitas vezes adversas ao ambiente societário, bem como tais atividades subsumem-se às regras de ‘mercado’ cuja flutuação pode desbordar em prejuízos eventuais ou mesmo na ocorrência da quebra.

Daí concluir-se, indubitavelmente, ao meu sentir, a presença do requisito relativo ao fundado receio de dano irreparável e/ou do risco ao resultado útil do processo.

Embora a agravante não tenha, objetivamente, apontado qualquer fato que denote ou forneça indícios de que o agravado esteja fazendo mal uso dos frutos empresariais, até então recebidos, a ponto de comprometer a eficiência e eficácia da atividade empresarial, nada garante no autos que haverá o efetivo e integral repasse da parte que cabe à agravante no final do processo.

Sobre o tema, válido repetir a judiciosa doutrina do Professor Rolf Madaleno que assim se expressa: “No plano jurídico, a fraude é sinônimo de lesão causada pela conduta desleal. No ato conjugal, de quebra da unidade na partilha dos bens, a parte mais débil do casamento ou da união precisa ser processualmente protegida pelos mecanismos legais, que buscam eliminar os nefastos resultados de desequilíbrio econômico e financeiro na divisão dos bens. Fraudes e engenhosas simulações ferem de morte o princípio da igualdade dos bens nos regimes de comunidade matrimonial. O objeto da norma é impedir que o cônjuge administrador subtraia bens da massa comunicável, deles dispondo em transferências fictícias, ou através de aparentes alienações de regular visibilidade, muitas

vezes acobertadas pela outorga de esquecidas procurações, quando não sucedidas pelo uso de interposta pessoa.

A verdade é que o uso desvirtuado de contratos civis e comerciais, e especialmente a dinâmica variação da fraude societária têm servido com sucesso para burlar a lei e para inutilizar os frágeis mecanismos de proteção da meação conjugal. Geralmente, pela via da simulação ou da fraude, um cônjuge ou convivente procura prejudicar o outro, e encontra nas figuras societárias com seus variados câmbios, sofisticados recursos orquestrados para prejudicar seu meeiro. As sociedades têm se convertido no veículo mais idôneo e mais apropriado, agindo como um terceiro alheio aos cônjuges.

A fraude bem se presta a este vil propósito, valendo-se a pessoa de um ardil para extrair partido das regras jurídicas e se beneficiar de um direito ou de uma vantagem sobre a qual não deveria se aproveitar. A fraude é um logro que se impõe pelo engano, pela astúcia imposta com a vontade de extrair um indevido proveito desde dissimulado ardil. No dizer De Los Mozos, fraude “é todo artifício, maquinação ou astúcia tendente a impedir ou iludir um legítimo interesse de terceiros ou a obter um resultado contrário ao direito sob a aparência de legalidade.”

No âmbito do casamento e da união estável, a fraude resultará eficaz sempre que causar por seu intermédio uma redução no acervo comum, e por consequência, uma diminuição na meação do cônjuge logrado. Ocorre através de atos de disposição de bens, como consignam os artigos 158 e seguintes do Código Civil, colocando em grau máximo de suspeição, atos como os de transmissão gratuita ou onerosa de bens ou mesmo a remissão de dívidas de pessoas insolventes, e neste quadro genérico, não há como afastar o cônjuge que em vésperas de separação se movimenta para esvaziar a massa de bens conjugais, ganhando maior evidência se esta movimentação toma corpo depois de ajuizada a separação do casal. (MADALENO, Rolf. Direito de Família. Ed. Forense.

7ª edição. Pag. 851/852)

Ademais, sabendo-se que os lucros das empresas são distribuídos periodicamente entre seus sócios, nada justifica a retenção, pelo ora agravado, dos valores que são de propriedade da agravante e que por ela podem ter a destinação que melhor lhe aprouver.

Necessário frisar, também, que, sob a perspectiva do risco de dano irreparável, cumpre esclarecer que a concessão dos alimentos provisórios em prol da agravante no valor de R\$ 32 mil reais nos autos n. 0300063-33.2016, não se confunde com a divisão de frutos (entenda-se, lucros) advindos da atividade empresarial e da administração unilateral do patrimônio do casal, subsistindo o periculum in mora decorrente da eventual, mas possível, evasão de recursos que venha impedir a agravante de receber de imediato aquilo que lhe é de direito, independentemente da quantia destinada para seu sustento.

E nesse contexto, cumpre reconhecer que as ponderações realizadas pelo douto magistrado de que não haveria prejuízo para a agravante aguardar o final da lide revelam-se, concessa máxima vênia, desprovidas de razoabilidade vez que tais verbas não se podem confundir ou compensar.

Não destoia do entendimento aqui esposado a manifestação jurisprudencial desta Corte, mudando-se o que deve ser mudado, *in verbis*:

**CIVIL - FAMÍLIA - PARTILHA - USO EXCLUSIVO DE BENS - FIXAÇÃO DE ALUGUÉIS - POSSIBILIDADE - RENÚNCIA À PROPRIEDADE COMUM - EXTINÇÃO DO CONDOMÍNIO - INDENIZAÇÃO INDEVIDA 1 Consoante entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, “com a separação ou divórcio do casal, cessa o estado de comunhão de bens, de modo que, mesmo nas hipóteses em que ainda não concretizada a partilha do patrimônio, é permitido a um dos ex-cônjuges exigir do outro, a título de indenização, a parcela correspondente à metade da renda de um**

**aluguel presumido, se houver a posse, uso e fruição exclusiva do imóvel por um deles” (REsp n. 1.375.271, Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi).**

2 Apesar de admitida a fixação de aluguel, a título indenizatório, a ser paga pelo cônjuge/companheiro que, após o término da relação conjugal, permanece fazendo uso exclusivo da propriedade condominial do ex-casal, não há direito à indenização quando aquele que pretende a reparação renunciou à propriedade em comum, extinguindo o condomínio e, por consequência, também os frutos decorrentes da coisa; afinal, o direito acessório acompanha o mesmo destino do principal, salvo exceções expressamente definidas. (TJSC, Apelação Cível n. 0012462-76.2006.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 27- 02-2018). Grifo nosso

Ora, como no caso *sub examem* não há desistência da meação, mas, ao contrário, a Agravante reivindica o direito de receber os frutos relativos a cinquenta por cento do patrimônio comum, imperioso o reconhecimento da necessidade de provimento do reclamo.

Não se descarta, contudo, a evidente possibilidade de redução, ou até mesmo exoneração, da obrigação alimentar fixada provisoriamente, a partir do momento em que a ora Agravante obtenha recursos resultantes da distribuição igualitária dos lucros provenientes do patrimônio comum do casal, Porém, o tema deverá ser resolvido em momento processual próprio e lastrado nos princípios jurídicos que regem a matéria.

Não se trata, apenas e tão somente, do simples desequilíbrio patrimonial, que é resultado natural de todo o processo de divórcio, notadamente enquanto não ultimada a partilha, mas da retenção de resultado financeiro da atividade empresarial que se evidencia suficiente para justificar o *periculum in mora* que autoriza a antecipação da tutela pretendida, notadamente se considerado que além da empresa Vilambro, a agravante requer a percepção de frutos de todo o grupo empresarial, formado por mais 5 empresas, que possuem outros sócios além das partes, e cuja a correta aferição dos dividendos recomenda a, também, o deferimento da pretendida auditoria contábil e do arrolamento de bens.

Saliente-se que, “em sede de agravo de instrumento, cabe ao Juízo ad quem apenas a análise acerca do acerto ou desacerto da decisão guerreada, sendo vedada a apreciação de matéria ainda não discutida no juízo de primeiro grau e o exaurimento de questão meritória controvertida, sob pena de suprimir-se grau de jurisdição” (TJSC, 6a Cam. Dir. Civ., minha relatoria, AI n. 2015.027843-4, de Joinville, j. 29-3-2016).

Nesse contexto, pondera-se que a presença de verossimilhança do direito reclamado e de fortes indícios do periculum in mora, reformase o decism que indeferiu a tutela antecipatória de divisão de frutos requerida pela agravante.

Pedido de auditoria contábil no Grupo empresarial, aplicação da pena de sonegados e arrolamento de bens:

Pelo mesmo fundamento exposto no item anterior – presença de periculum in mora – impõe-se a reforma do decism que, antes da manifestação da parte contrária, indeferiu o pedido de realização de auditoria contábil nas empresas do grupo empresarial, imposição da pena de sonegados, arrolamento de bens e expedição de ofício à Receita Federal para apresentar as declarações de imposto de renda das empresas.

Aliás, tais providência se fazem necessárias em face do dever geral de cautela que deve nortear a condução dos litígios a fim de que as partes em divergência se mantenham equilibradas e reste preservado o statu quo ante até a completa resolução da lide.

Em relação ao arrolamento, sabe-se que “o procedimento cautelar de arrolamento de bens tem lugar quando a parte detentora de interesse futuro sobre os bens demonstra, ainda que indiciariamente, o fundado receio de que o possuidor direto venha a dilapidá-los” (TJSC, minha relatoria, 6ª Cam. Dir. Civ., AI n. 0011369-89.2016.8.24.0000, j. 23-8-2017).

Menciona-se sobre o tema posto em julgamento, mais uma vez,

o escólio de Rolf Madaleno: “Convém ter presente que a fraude entre cônjuges se realiza amiúde, valendo-se o esposo fraudador da estrutura societária já existente ou de uma empresa especialmente criada para desenvolver a fraude e assim subtrair bens do acervo comum e repassá-los para a pessoa jurídica. O tema é bastante recente na cultura jurídica brasileira e encontra uma norma padrão no artigo 50 do Código Civil. As manobras realizadas através do mau uso da personalidade societária encontram forte eco no Direito de Família, para sonegar alimentos, ou para fraude à meação, pois a incorporação de bens a uma sociedade comercial, ou mesmo o afastamento do cônjuge do quadro societário da empresa conjugal equivale à sua alienação para terceiro.

Embora a alteração de contrato societário idealizado para privar a mulher do exercício de seus direitos sobre os bens comunicáveis seja perfeita quanto ao seu fundo e à sua forma, por ter atendido às condições de existência e validade e, obedecido às regras de publicidade, ainda assim é ineficaz em respeito ao cônjuge ou convivente lesado, porque foi o meio ilícito exatamente usado em detrimento dos legítimos direitos de partição patrimonial.

Tem trânsito no Direito de Família brasileiro a aplicação episódica do superamento da personalidade jurídica sempre que o sócio cônjuge ou convivente procurar através do abuso da sociedade desviar bens particulares, pertencentes à sociedade afetiva e que são deslocados para a sociedade comercial, ou em outra modelagem, quando os bens que já compõem o capital social da empresa são desviados ou reduzidos a um valor irrisório, nada representando no acerto final de composição da partilha. Detectada a manobra arquitetada para gerar uma fraude no direito à partilha do parceiro ou aos alimentos judicialmente arbitrados, a desconsideração da personalidade jurídica procura recompor o patrimônio abusiva ou fraudulentamente dilapidado.

Para Arnaldo Rizzardo, no âmbito do Direito de Família não



haveria propriamente a despersonalização, mas a desconsideração da personalidade jurídica que não será considerada, para permitir sejam atingidos os bens postos ao abrigo da sociedade empresarial, e na sequência, elenca várias situações que caracterizam o desvio de bens, com a finalidade de subtrair o patrimônio na partilha, merecendo destaque dentre as diversas hipóteses, aquelas que ensaiam ‘a aparente retirada do cônjuge da sociedade comercial; a transferência da participação societária a outro sócio, ou mesmo a estranho, com o retorno depois da separação; a alteração do estatuto social, com a redução das quotas ou patrimônio da sociedade; a transformação de um tipo de sociedade em outro, como de sociedade por quotas para a anônima’, dentre outras variantes mais”. (op. cit. p. 852/854)

E ainda, cabe ressaltar que o *decisum* de primeiro grau, ao citar o réu, determinou que ele, “no prazo de resposta, apresente os documentos necessários à apuração do patrimônio do casal, na data da separação de fato (18/12/2015), quais sejam: a) fichas de matrícula atualizadas dos imóveis; b) saldos bancários atinentes ao mês da separação de fato; c) certificados de registro e licenciamento de veículos; d) contratos sociais e balanços patrimoniais das empresas de que faça parte, referentes ao exercício de 2015; e, e) cópia da sua última declaração de imposto de renda. Cientifique-se-o que não apresentados os documentos, será determinada a quebra do sigilo fiscal e bancário, bem como o arrolamento e a indisponibilidade de imóveis e quotas sociais, como tutela de evidência, na forma do art. 311, inc. I, do CPC” (fls. 635-639).

Nesse contexto, pondera-se a adequação do provimento antecipatório requerido pela agravante antes da contestação e pondera-se a necessidade de reforma da decisão a quo para constatar a necessidade de auditoria contábil, arrolamento das cotas sociais, expedição de ofício à Receita Federal e imposição da pena de sonogados.

Expedição de ofício ao Banco Central e ao Credit Suisse Hedging-

Griffo Corretora de Valores S/A:

O pedido de quebra de sigilo bancário e expedição de ofício ao Credit Suisse Hedging-Griffo Corretora de Valores S/A perdeu seu objeto diante da concessão pelo douto magistrado em primeiro grau, em decisão proferida em 6-6-2017 nos autos de origem e em 18-9-2017 nos embargos de declaração n. 0009728- 15.2017.8.24.0038 (consulta ao SAJ).

Diante das razões expostas, considerando que a Agravante dispõe de meios para sua subsistência e que o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela contornam o aspecto cautelar desta decisão, é de ser dado provimento parcial ao Recurso de Agravo de Instrumento a fim de que o Agravado promova o depósito judicial dos valores líquidos apurados à título de rendimento advindo do patrimônio comum do casal, até a final e definitiva partilha de bens, submetida tal apuração de haveres a realização periódica de auditoria externa, cujos custos deverão ser suportados por ambos os litigantes na proporção de metade para cada um.

Deferidos, no que resta cabível, os demais pedidos formulados pela Agravante.

Ante o exposto, é de ser dado parcial provimento ao recurso.

Este é o voto.

## GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

### **Agravo Interno em Mandado de Segurança n. 4016497-85.2017.8.24.0000/50000, de Tribunal de Justiça**

Relator: Desembargador Luiz Zanelato

AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO CPC/2015) EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA DO RELATOR QUE INDEFERE A PETIÇÃO INICIAL DO “WRIT”. RECURSO DAS IMPETRANTES.

IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ACÓRDÃO QUE JULGOU AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO E APLICOU A MULTA PREVISTA NO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CPC/15. ATO JURISDICIONAL SUSCETÍVEL DE IMPUGNAÇÃO POR RECURSO ESPECIAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 5º, II, DA LEI Nº 12.016/09. CONDICIONAMENTO AO DEPÓSITO DA MULTA PARA A ADMISSÃO DE OUTROS RECURSOS. REGRA QUE NÃO ABRE MARGEM PARA QUE A PARTE OPTE PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO CONSTITUCIONAL COMO SUBSTITUTIVO DO RECURSO CABÍVEL.

DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. “O cabimento do mandado de segurança contra decisão judicial só será admitido quando o recurso cabível contra ela não tiver e nem puder ter efeito suspensivo” (NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.453).

2. O mandado de segurança contra ato judicial, para ser adequadamente empregado como sucedâneo recursal, vale

ênfatizar, pressupõe algum ponto de estrangulamento do sistema e não, meramente, o insucesso pontual de algum pedido ou requerimento negado pelo magistrado no caso concreto. (Cássio Scarpinella Bueno, *A Nova Lei do Mandado de Segurança*. 2.Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37).

3. O mandado de segurança “não se presta para discussão da melhor interpretação do direito ou da mais adequada delimitação da situação fática, circunstância, que, no mais das vezes, fazem parte da discricionariedade existente em toda decisão judicial” (DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord). SODRÉ, Eduardo. “in” *Ações Constitucionais*. 6.Ed. Salvador: Juspodivm, 2013 p. 129).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo n. 4016497-85.2017.8.24.0000/50000, da comarca de Tribunal de Justiça em que são Agravantes Pavsolo Construtora Ltda e outro e Agravado Relator do Agravo de Instrumento nº 4007609- 64.2016.8.24.0000.

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participaram Des. Dinart Francisco Machado, Des. Sérgio Izidoro Heil, Des. Rejane Andersen, Des. Jânio Machado, Des. Soraya Nunes Lins, Des. Tulio Pinheiro, Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Des. Robson Luz Varella, Des. Mariano do Nascimento, Des. Newton Varella Júnior, Des. Gilberto Gomes de Oliveira e Des. Guilherme Nunes Born.

Florianópolis, 9 de maio de 2018.

Desembargador Luiz Zanelato  
Relator

## RELATÓRIO

Pavsolo Construtora Ltda e Ebrax Construtora Ltda. interpuseram agravo interno, em mandado de segurança, da decisão monocrática do então relator Desembargador Paulo Ricardo Bruschi às fls. 758-770, que indeferiu a petição inicial da ação constitucional proposta pelas ora agravantes, finalizada nestes termos

[...]

Diante disso, não evidenciada a teratologia da decisão atacada, tampouco qualquer ilegalidade ou abuso de poder do impetrado, o indeferimento da inicial, com a consequente extinção do mandamus sem resolução de mérito é medida de rigor, a teor do disposto no art. 10 da Lei n. 12.016/09, que expressamente preconiza que a inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso do mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais ou quando decorrido o prazo legal de impetração.

Ante o exposto, indefere-se liminarmente a inicial, nos termos dos arts. 1º, 5º, II e 10 da Lei n. 12.016/09 e, em decorrência, extingue-se o feito, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, I e VI do novel Código de Processo Civil.

Sem honorários, por incabíveis à espécie.

Custas pelas impetrantes.

Translade-se cópia desta decisão para o Agravo de Instrumento n. 4007609-64.2016.8.24.0000.

Intimem-se.

Diligencie-se e cumpra-se. (fls. 758-770)

Nas razões deste agravo interno, as recorrentes sustentam, em síntese, que: (a) não compartilham do entendimento manifestado na decisão agravada, na medida em que estão convencidas de que é evidente a teratologia, ilegalidade e abusividade praticada pela autoridade judicial impetrada, sobretudo porque impôs penalidade em contrariedade à

literal redação do art. 1.021, 4º, do CPC e, ainda, em desacordo com a orientação firmada pelo STJ a respeito do assunto; (b) ao contrário do que consta na decisão agravada, a decisão judicial objeto deste remédio constitucional não é passível de revisão por meio de recurso às instâncias superiores justamente em decorrência da imposição ilegal da multa pela autoridade judicial impetrada, que impede o exame de qualquer recurso sem o seu prévio recolhimento (a teor do disposto no art. 1.021, § 5º, do CPC), por absoluta inviabilidade econômica e financeira das empresas agravantes (em recuperação judicial e com um passivo de mais de 100 milhões de reais) promoverem o depósito da multa; (c) se é indevida, contrária à legislação e jurisprudência, é também ilegal e abusiva e pode ser sanada pela via do “mandamus”, não havendo meio termo; (d) não se trata de discutir a respeito da adequação de uma interpretação, mas de se reconhecer, pela literalidade do que dispõe o art. 1.021, § 4º, do CPC, que a multa imposta é abusiva e ilegal. Pela literalidade da redação do referido dispositivo legal, não pode ser passível de aplicação de multa a simples improcedência do agravo interno em votação unânime. Exige-se a manifesta inadmissibilidade ou manifesta improcedência do recurso, e não a sua simples improcedência; (e) a autoridade impetrada, ao contrariar não apenas a literal redação do disposto no art. 1.021, § 4º, do CPC, mas também a orientação sedimentada pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (órgão máximo daquela corte competente para o julgamento de matérias de Direito Privado), promoveu uma decisão errônea, teratológica, ilegal e abusiva, perfeitamente passível de ser corrigida pela via do “mandamus”; (f) a manutenção da decisão objeto deste “mandamus” implica na violação de uma série de garantias e princípios constitucionais, sobretudo os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, subprincípios do devido processo legal em seu aspecto material.

Ao finalizar, as agravantes requerem o provimento ao recurso para o fim de ser reformada a decisão monocrática terminativa exarada

pelo Relator, que, liminarmente, indeferiu a petição inicial da ação de mandado de segurança e, por consequência dessa reforma pede, também, (i) seja afastada, por abusiva e ilegal, a multa imposta pela Câmara Civil Especial por meio do acórdão que julgou Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 4007609- 64.2016.8.24.0000, determinando-se, por conseguinte, que a autoridade impetrada promova o julgamento dos Embargos de Declaração opostos e demais recursos, independentemente do recolhimento da aludida multa; (ii) ou, alternativamente, dadas as circunstâncias do caso concreto, recebido o presente pedido como emenda à petição inicial, seja assegurado às agravantes o direito de efetuarem o recolhimento da multa ao final, caso mantida tal penalidade pelas instâncias superiores, tal como já facultado à Fazenda Pública e aos beneficiários de gratuidade da justiça, na forma do disposto no art. 1.021, § 5º, do CPC, determinando-se, como consequência, que a autoridade impetrada promova o processamento e o julgamento dos embargos de declaração opostos independentemente do pagamento da multa” (fl. 12).

Sobreveio petição de emenda da inicial, informando recentes precedentes jurisprudenciais da Câmara Civil Especial (fls. 18-19).

Vieram os autos conclusos a este relator em 02-03-2018. Remetidos os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira, manifestando-se pela inexistência de interesse do Ministério Público (fls. 38-43).

Este é o relatório.

## VOTO

O recurso, por ser cabível (art. 10, § 1º, da Lei nº 12.016/09 e art. 1.021 do CPC/15) e tempestivo, deve ser conhecido.

Trata-se de agravo interno interposto da decisão monocrática terminativa, proferida por relator, que indeferiu a petição inicial da

ação de mandado de segurança impetrado pelas ora agravantes Pavsolo Construtora Ltda e Ebrax Construtora Ltda., que visava combater o ato judicial consubstanciado no acórdão da Câmara Civil Especial deste Tribunal de Justiça, que, por sua vez, negou provimento ao recurso também de Agravo Interno inserido no bojo do Agravo de Instrumento nº 4007609- 64.2016.8.24.0000/50000, e condenou as impetrantes/ora agravantes ao pagamento de multa de 3% sobre o valor da causa, com fundamento no art. 1.021, § 4º, do CPC, com esta redação:

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.

§ 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

§ 3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

§ 4º 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.

§ 5º A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final.

Para bem divisar a questão debatida, necessária uma retrospectiva da evolução dos fatos, a qual, por sinal, já se encontra sintetizada no relatório da decisão monocrática terminativa ora agravada, *in verbis*: “... no Primeiro Grau de Jurisdição, as impetrantes efetuaram pedido



*de recuperação judicial (fls. 63/104), autuado sob o n. 0300962-68.2016.8.24.0058, cujo processamento foi deferido por meio da decisão de fls. 105/113, a qual, dentre outras providências, nomeou administrador judicial para a condução da Recuperação das empresas, sem, no entanto, arbitrar seus honorários. Posteriormente, em razão de pedido efetuado pelo Administrador nomeado, o digno Magistrado a quo, após a exposição de motivos, fixou a remuneração do auxiliar do Juízo, em 3,5% (três vírgula cinco por cento) do valor devido aos credores sujeitos à recuperação judicial (fls. 145/149). Esta a decisão que foi objeto do Agravo de Instrumento n. 4007609-64.2016.8.24.0000 (fls. 50/58), interposto pelas ora impetrantes, por meio do qual as recuperandas questionaram o quantum arbitrado a título de remuneração ao Administrador, postulando, ao final, sua adequação para “o patamar máximo de 1% (um por cento) do passivo sujeito à recuperação judicial” (fl. 58). Recebido o recurso, o Excelentíssimo Relator então designado proferiu Decisão Monocrática, na qual negou seguimento ao reclamo, por entender que a hipótese não se enquadrava no rol taxativo do art. 1.015 do NCPC (fls. 157/160). Desta decisão, pois, é que foi interposto o agravo interno n. 4007609-64.2016.8.24.0000/50000 (fls. 176/188), cujo acórdão proferido pela Egrégia Câmara Civil Especial (fls. 623/629), além de negar provimento ao recurso, mantendo, por conseguinte, a decisão monocrática anterior, fixou a multa pecuniária no patamar de 3% (três por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 1.021, § 4º, do NCPC” (fls. 761-762).*

À vista deste contexto, é importante ressaltar que a decisão de indeferimento da petição inicial do mandado de segurança, impugnada pelo presente agravo interno, tem por fundamento a manifesta falta do pressuposto que autoriza sua impetração, por se tratar de decisão judicial da qual era cabível recurso suscetível de atribuição de efeito suspensivo, nos termos dos artigos 5º, II, e 10 da Lei nº 12.016/09. E, por esta razão, não poderia, como acertadamente o fez, analisar o mérito do recurso

que, a seu turno, pretendia discutir o acerto ou desacerto do acórdão da Câmara Civil Especial, especificamente na parte que aplicou a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/15. Por via reflexa, ainda, resta prejudicada também a análise da petição de emenda à inicial (fls. 18-19), pois, pertinente ao mérito recursal.

Como sabido, o mandado de segurança constitui remédio constitucional cabível para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, violado por ato ilegal ou abusivo praticado por autoridade investida de Poder Público (art. 5º, LXIX, da CF, e art. 1º da Lei n. 12.016/2009). Todavia, a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, em seu art. 5º, excepciona algumas hipóteses em que o *mandamus* não tem cabimento, a saber:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

III - de decisão judicial transitada em julgado. (grifouse)

A propósito dessas exceções, destacam Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, “outra matéria excluída do mandado de segurança é a decisão ou despacho judicial contra o qual caiba recurso específico apto a impedir a ilegalidade ou admita reclamação correicional eficaz” (*Mandado de segurança e ações constitucionais*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 44).

Em abordagem ao tema, Cássio Scarpinella Bueno igualmente elucida:

O inciso II do art. 5º afasta o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial sempre que contra a decisão respectiva couber recurso com efeito suspensivo. A pressuposição da regra é a de que o recurso munido de efeito suspensivo tem aptidão de evitar lesão ou ameaça a direito do

impetrante. A diretriz ora expressada, que aperfeiçoa a regra anterior, atécnica, é amplamente consagrada na doutrina e na jurisprudência. **Sobre o dispositivo, cabe esclarecer que a expressão “recurso com efeito suspensivo” deve ser compreendida como recurso que tem aptidão de vir a receber efeito suspensivo. Desde que haja essa aptidão, mesmo que teórica, descabe o mandado de segurança.** Questões relativas à não concessão de efeito suspensivo ao recurso, a despeito do pedido do recorrente, a presença de seus pressupostos legitimadores e que tais não dão ensejo ao cabimento do mandado de segurança contra ato judicial na exata medida em que o sistema processual civil encarrega-se, desde o modelo constitucional, de garantir a revisão de quaisquer decisões jurisdicionais, inclusive as tomadas monocraticamente no âmbito dos Tribunais. [...] **O mandado de segurança contra ato judicial, para ser adequadamente empregado como sucedâneo recursal, vale enfatizar, pressupõe algum ponto de estrangulamento do sistema e não, meramente, o insucesso pontual de algum pedido ou requerimento negado pelo magistrado no caso concreto.** (*A Nova Lei do Mandado de Segurança*. 2.Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36-37 – grifou-se)

Na mesma linha de raciocínio e em comentário às repercussões das normas do Novo Código de Processo Civil, Daniel Amorim Assumpção Neves professa que “o cabimento do mandado de segurança contra decisão judicial só será admitido quando o recurso cabível contra ela não tiver e nem puder ter efeito suspensivo. Justamente por concordar com esse entendimento, tenho extrema dificuldade na admissão do mandado de segurança contra decisão que possa ser atacada por recurso, independentemente da previsão de efeito suspensivo, porque parto da premissa de que todo recurso tem efeito suspensivo” (*Manual de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.453)

Por essas razões, a doutrina e a jurisprudência firmaram o entendimento de que o mandado de segurança somente será cabível, como sucedâneo recursal de ato jurisdicional, quando o ordenamento jurídico não prever hipótese de recurso adequado a impedir a eficácia imediata da decisão (efeito suspensivo *ope judicis*).

É o caso das decisões interlocutórias com aptidão lesiva e que não se enquadram no rol do art. 1.015 do CPC/15, entre as quais se inclui, por exemplo, a decisão do juiz de primeiro grau, originária do agravo de instrumento inicialmente referido, que estipulou a remuneração do administrador judicial, uma vez que se trata de decisão interlocutória não incluída no rol taxativo do art. 1.015 do CPC/15, e tampouco nas raras hipóteses sujeitas a agravo de instrumento, previstas na Lei nº 11.101, de 09-02-2005, que regula a recuperação judicial e extrajudicial da sociedade empresária, ou, especificamente da decisão judicial que: (i) aprecia a impugnação de créditos habilitados (art. 17, *caput*); (ii) concede a recuperação judicial (art. 59, *caput*); e (iii) decreta a falência (art. 100).

No caso em tela, vale reiterar, a parte impetrante ajuizou mandado de segurança com o propósito de discutir o acerto do acórdão exarado pela Câmara Civil Especial, que negou provimento ao agravo interno em agravo de instrumento, bem como lhe impôs a multa de 3% sobre o valor atualizado da causa.

À toda evidência, referido acórdão não constitui ato judicial passível de impugnação pela via do *mandamus*, pela simples razão de se tratar de ato plenamente recorrível por meio do manejo de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, na medida que as ora impetrantes invocam, como fundamentos, equivocada a aplicação da norma do art. 1.021, § 4º, do CPC/15 e alegam que a orientação firmada pela Câmara Civil Especial diverge de decisões proferidas por outros tribunais estaduais (fl. 9).

Deste modo, em tese, a causa de pedir recursal se enquadraria no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, o que reforça a conclusão de que o recurso especial é o meio processual adequado e idôneo à pretensão dos impetrantes, e não mandado de segurança. Senão, vejamos:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou

última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (sublinhou-se)

Mostra-se insubsistente a tese construída pelas impetrantes de que *“a decisão judicial objeto deste remédio constitucional não é passível de revisão por meio de recurso às instâncias superiores justamente em decorrência da imposição ilegal da multa pela autoridade judicial impetrada, que impede o exame de qualquer recurso sem o seu prévio recolhimento (a teor do disposto no art. 1.021, § 5º, do CPC), por absoluta inviabilidade econômica e financeira das empresas agravantes (em recuperação judicial e com um passivo de mais de 100 milhões de reais) promoverem o depósito da multa”* (fl. 3).

A questão do cabimento de recurso contra a decisão judicial impugnada deve ser aferida no plano jurídico e não fático. A condição estabelecida para admitir-se outro recurso, representada pelo recolhimento prévio do valor da multa imposta no acórdão do agravo interno, não afasta a premissa de que tal acórdão é suscetível de reforma por meio de recurso especial.

O argumento de que as impetrantes não têm condições financeiras para efetuarem o depósito do valor da multa, tida por elevada, não autoriza a impetração do mandado de segurança, porquanto a própria norma do art. 1.021, § 5º, do CPC/15, excepciona o beneficiário da gratuidade judiciária do depósito prévio, permitindo que efetue o pagamento ao final.

Ora, a ser verdadeira e desde que comprovada a afirmação de hipossuficiência financeira somente agora ventilada nos autos pelas impetrantes, bastaria o requerimento de concessão dos benefícios da justiça gratuita, endereçado ao relator do recurso especial, a fim de permitir o reexame do acórdão pelo meio processual adequado.

A simples afirmação de que a multa imposta no julgamento do agravo interno seria indevida, abusiva, ilegal e/ou excessiva, por si só, não justifica a impetração do writ constitucional, haja vista o caráter subsidiário deste remédio jurídico.

Além disso, como bem ponderado na decisão monocrática terminativa, o mandado de segurança “não se presta para discussão da melhor interpretação do direito ou da mais adequada delimitação da situação fática, circunstância, que, no mais das vezes, fazem parte da discricionariedade existente em toda decisão judicial” (DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord). SODRÉ, Eduardo. “*in*” *Ações Constitucionais*. 6.Ed. Salvador: Juspodivm, 2013 p. 129).

Oportuno, ainda, ressaltar que o recurso especial, assim como todos os demais recursos previstos no Código de Processo Civil de 2015, admite o pedido e concessão de efeito suspensivo *ope judicis*, por força do art. 995, parágrafo único, disposto nas disposições gerais dos recursos, segundo o qual “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.”

Tanto assim é que a norma do art. 1.029, § 5º, do CPC/15, estabelece que “o pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; II - ao relator,

se já distribuído o recurso; III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037”.

Portanto, no caso em exame, não há margem alguma para o cabimento do mandado de segurança, pelo qual a parte impetrante objetiva neutralizar ou suspender a eficácia do acórdão exarado no agravo interno em agravo de instrumento.

Em arremate, ainda, cabe lembrar que a Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal é clara ao orientar que “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

À luz de todas estas ponderações, mostrando-se acertada a decisão monocrática terminativa hostilizada pela via do agravo interno em apreciação, sua manutenção é medida que se impõe, dado que o ato judicial é suscetível de impugnação por recurso que pode ser dotado de efeito suspensivo *ope judicis* (art. 5º, II, da Lei nº 12.016/09).

Ante o exposto, manifesto-me pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Este é o voto.

**Ação Rescisória n. 0175801-33.2013.8.24.0000, da Capital**

Relator: Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein

AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ART. 485, INCISOS V E IX, DO CPC/1973 – DEMANDA ORIGINÁRIA OBJETIVANDO A DEVOLUÇÃO DOS BENS DADOS EM COMODATO E A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE ALUGUEL PELO SEU USO INDEVIDO OU, ALTERNATIVAMENTE, A CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO EM PERDAS E DANOS – EMPRÉSTIMO GRATUITO ENTABULADO ENTRE AS EMPRESAS ORA RÉS – PRETENDIDA A DESCONSTITUIÇÃO DO ACÓRDÃO QUE NÃO CONHECEU DA APELAÇÃO INTERPOSTA, BEM COMO A OBTENÇÃO DE NOVO JULGAMENTO DA CAUSA NO TOCANTE À ORDEM DE BLOQUEIO DE VALOR REFERENTE A CRÉDITO EXISTENTE JUNTO À ORA AUTORA. INVIABILIDADE DE PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA ACÓRDÃO QUE NÃO CONHECEU DA APELAÇÃO E, PORTANTO, NÃO APRECIOU O MÉRITO DA CONTROVÉRSIA – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL QUE NÃO SUBSTITUIU A SENTENÇA – AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL - EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS – CONDENAÇÃO DA AUTORA AO PAGAMENTO DOS ENCARGOS – EXEGESE DOS ARTS. 82 E 85, *CAPUT*, DO CPC/2015 – VERBA HONORÁRIA FIXADA NA FORMA DO ART. 85, §§ 2º E 8º, DO CPC/2015 – REVERSÃO, EM FAVOR DOS RÉUS, DO DEPÓSITO PREVISTO NOS ARTS. 488, INCISO II, DO CPC/1973 E 968, INCISO II, DO CPC/2015 – APLICAÇÃO DO ART. 974, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 0175801-33.2013.8.24.0000, da Comarca da Capital 3ª Vara Cível em que



é Autor Eletrosul - Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A são Réus Schweitzer Engineering Laboratories Comercial Ltda e outro.

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, julgar extinto o processo, sem resolução de mérito; condenar a autora ao pagamento dos ônus sucumbenciais e determinar a reversão, em favor dos réus, do depósito prévio realizado. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Soraya Nunes Lins, Tulio Pinheiro, Ronaldo Moritz Martins da Silva, Mariano do Nascimento, Newton Varella Júnior, Gilberto Gomes de Oliveira, Guilherme Nunes Born, Luiz Zanelato, Jaime Machado Junior, Dinart Francisco Machado, Torres Marques e Sérgio Izidoro Heil.

Florianópolis, 13 de junho de 2018.

Cláudio Valdyr Helfenstein  
RELATOR

## I – RELATÓRIO

Eletrosul - Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A propôs Ação Rescisória, com fulcro no art. 485, incisos V e IX, do CPC/1973, em face de Lemag Industrial Ltda e Schweitzer Engineering Laboratories Comercial Ltda, objetivando desconstituir o acórdão prolatado pela eg. Terceira Câmara de Direito Comercial nos autos da Apelação Cível n. 2009.026628-9, bem como obter novo julgamento da ação ordinária n. 023.06.361238-3.

Em síntese (fls. 2/27), alega a autora que a sentença proferida no primeiro grau de jurisdição interpretou equivocadamente os documentos

colacionados aos autos, o que se repetiu no julgado de segundo grau e caracteriza erro de fato. Neste contexto, defende que (I) a ré Lemag Industrial Ltda não detinha crédito no importe de R\$ 403.717,84 (quatrocentos e três mil, setecentos e dezessete reais e oitenta e quatro centavos) relacionado ao contrato n. 81240112; (II) do crédito total de R\$ 592.243,01 (quinhentos e noventa e dois mil, duzentos e quarenta e três reais e um centavo), já havia sido paga à ré Lemag Industrial Ltda a importância de R\$ 547.816,55 (quinhentos e quarenta e sete mil, oitocentos e dezesseis reais e cinquenta e cinco centavos), restando um saldo de R\$ 44.426,47 (quarenta e quatro mil, quatrocentos e vinte e seis reais e quarenta e sete centavos) referente a serviço não realizado; (III) o montante de R\$ 403.717,84 (quatrocentos e três mil, setecentos e dezessete reais e oitenta e quatro centavos), apontado pela ré Schweitzer Engineering Laboratories Comercial Ltda como crédito, já havia sido pago à ré Lemag Industrial Ltda, o que se extrai das faturas Proforma que posteriormente seriam substituídas pela nota fiscal final, e (IV) apesar de a ré Lemag Industrial Ltda possuir um crédito de apenas R\$ 94.835,58 (noventa e quatro mil, oitocentos e trinta e cinco reais e cinquenta e oito centavos) à época, acabou por depositar em juízo R\$ 403.717,84 (quatrocentos e três mil, setecentos e dezessete reais e oitenta e quatro centavos), retendo R\$ 191.125,24 (cento e noventa e um mil, cento e vinte e cinco reais e vinte e quatro centavos) oriundos de outro contrato celebrado entre as partes.

Também propala que, por ter depositado judicialmente recursos próprios a título de crédito inexistente da ré Lemag Industrial Ltda, sofreu os prejuízos do ato decisório prolatado em demanda da qual não faz parte, de modo que o *decisum* em comento incorreu em violação literal de lei, a saber, art. 499, *caput* e § 1º, do CPC/1973, ao deixar de conhecer da apelação por si interposta na condição de terceira interessada.

Ao final, requer a rescisão do r. aresto e a obtenção de novo julgamento da causa, com a devolução do valor atualizado de R\$

229.207,03 (duzentos e vinte e nove mil, duzentos e sete reais e três centavos).

Citada (fl. 742), a ré Schweitzer Engineering Laboratories Comercial Ltda apresentou resposta (fls. 764/783).

Preliminarmente, suscita que (I) o valor dos bens indevidamente vendidos pela ré Lemag Industrial Ltda, acrescido de juros de mora e honorários advocatícios, alcançava, em 25-3-2009, R\$ 477.646,29 (quatrocentos e setenta e sete mil, seiscentos e quarenta e seis reais e vinte e nove centavos), inexistindo o excesso de crédito aventado pela autora; (II) é insuficiente o depósito realizado pela autora em atenção ao art. 488, inciso II, do CPC/1973, uma vez que não levou em consideração o valor da ação originária corrigido monetariamente, qual seja, R\$ 401.438,03 (quatrocentos e um mil, quatrocentos e trinta e oito reais e três centavos), e (III) é incabível a propositura da demanda rescisória, porquanto o acórdão que se pretende desconstituir não conheceu da apelação interposta, ou seja, não houve julgamento do mérito da pretensão recursal e o vício supostamente existente é atribuído à sentença.

No mais, sustenta que (I) o erro arguido pela autora diz respeito a fato controvertido e objeto de pronunciamento judicial expresso e inequívoco, o que afasta a rescindibilidade da decisão, consoante estabelecido pelo art. 485, inciso IX, §§ 1º e 2º, do CPC/1973; (II) inexistente qualquer erro de fato, afinal o montante de R\$ 403.717,84 (quatrocentos e três mil, setecentos e dezessete reais e oitenta e quatro centavos) constou de documento apresentado pela própria autora intitulado de “acompanhamento financeiro de contratos”, sendo inviável demonstrar o suposto erro por meio de novas provas; (III) não há *“nexo de causalidade entre o suposto erro de fato e a decisão rescindenda”*, haja vista a existência de *“fundamentos autônomos não impugnados [...] que justificam a manutenção do decisum”* e *“evidenciam a irrelevância do valor do crédito da Lemag na data em que foi proferida a ordem*

*judicial*” (fls. 779/780); (IV) não tem a mínima procedência a alegada violação do art. 499, caput e § 1º, do CPC/1973, pois, além de o mero interesse econômico não autorizar a interposição de recurso pelo terceiro interessado, a autora não demonstrou o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

Diante da falta de êxito nas tentativas de citação pelo correio (fls. 743/744, 816/717 e 821/822) e por oficial de justiça (fls. 860/861), a ré Lemag Industrial Ltda foi citada por edital (fls. 871/873 e 876/877), sendo-lhe nomeado curador especial (fls. 897/898) que, a despeito de aceitar o encargo (fls. 901/902), deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar resposta.

Sobreveio réplica às fls. 924/938 e, em atenção ao despacho de fl. 940, a ré Lemag Industrial Ltda informou não ter interesse na produção de provas (fl. 966), inexistindo qualquer manifestação da autora e da ré Schweitzer Engineering Laboratories Comercial Ltda, consoante certificado à fl. 968.

Na sequência, foram apresentadas razões finais pela autora (fls. 972/978) e pela ré Schweitzer Engineering Laboratories Comercial Ltda (fls. 979/992), não tendo havido manifestação da ré Lemag Industrial Ltda (fl. 993).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Mário Luiz de Melo (fl. 998).

Este é o relatório.

## II – VOTO

1 – Inicialmente, cumpre registrar que, em relação aos requisitos extrínsecos de admissibilidade, além de ter sido efetuado o depósito de 5% do valor da causa (fls. 28 e 867), em atenção ao disposto no art. 488,

inciso II, do CPC/1973, foi devidamente observado o prazo decadencial de 2 (dois) anos previsto no art. 495 do CPC/1973, já que o acórdão rescindendo transitou em julgado em 14-7-2011 (fl. 78) e a presente lide foi proposta em 12-7-2013 (fl. 2).

Ademais, considerando que a ré Lemag Industrial Ltda dispensou a dilação probatória (fl. 966) e a autora e a ré Schweitzer Engineering Laboratories Comercial Ltda silenciaram quanto ao assunto (fl. 968), passa-se ao julgamento antecipado do pedido, consoante autorizado pelo art. 355 do CPC/2015.

Trata-se de ação rescisória proposta com o fito de desconstituir o acórdão proferido nos autos da Apelação Cível n. 2009.026628-9, no qual a eg. Terceira Câmara de Direito Comercial não conheceu do recurso interposto, bem como obter novo julgamento da ação ordinária n. 023.06.361238-3 no tocante à ordem de bloqueio de valor referente a crédito da ré Lemag Industrial Ltda junto à autora.

Da insuficiência do depósito previsto no art. 488, inciso II, do CPC/1973:

A preliminar aventada pela ré Schweitzer Engineering Laboratories Comercial Ltda encontra-se prejudicada, tendo em vista que, sob o mesmo fundamento, foi apresentada impugnação ao valor da causa, cujo acolhimento parcial (fls. 28/32 dos autos n. 0175802- 18.2013.8.24.0000) redundou no recolhimento de valores complementares (fl. 867).

Do não cabimento da ação rescisória:

A outra preliminar suscitada pela ré Schweitzer Engineering Laboratories Comercial Ltda merece acolhimento.

Com efeito, a teor do disposto no art. 512 do CPC/1973, vigente à época do ajuizamento da ação, *“o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto do recurso”*.

Não custa enfatizar que tal eficácia substitutiva somente se opera nos casos em que o recurso é conhecido. Logo, se a apelação interposta contra a sentença não for conhecida, não haverá substituição, prevalecendo a decisão de primeiro grau em seus exatos termos.

Na situação vertente, a apelação interposta pela ora autora – contra o comando sentencial que determinou o bloqueio do saldo de crédito da ré Lemag Industrial Ltda – não foi conhecida, ante a ausência de legitimidade e interesse. Destarte, como nada foi resolvido acerca do mérito recursal, não se operou qualquer efeito substitutivo.

Não se pode olvidar, contudo, que o art. 485 do CPC/1973, correspondente ao art. 966 do CPC/2015, é expresso ao dispor que só a sentença “de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida”, ou seja, apenas a decisão definitiva, e não terminativa, pode ser desconstituída por meio de ação rescisória.

A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

**RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA EM FACE DE ACÓRDÃO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO DE APELAÇÃO POR INTEMPESTIVIDADE. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO DE MÉRITO. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.**

**1. Não é cabível ação rescisória de acórdão que não conheceu de apelação por intempestividade.**

**2. Somente os acórdãos que enfrentam o mérito da questão são sujeitos a rescisão, na forma do art. 485, caput, do CPC. Nesse caso, o pronunciamento do órgão *ad quem* substitui a sentença contra a qual foi manejada o recurso. Porém, tal não ocorre quando o tribunal competente para o julgamento do apelo, dele não conhece. Nesse caso, não havendo substituição da sentença hostilizada, somente essa poderá dá ensejo ao ajuizamento de ação rescisória, mas não o acórdão.**

[...]

**4. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.** (REsp 474.022/RS, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 28-4-2009, sublinhou-se).

PROCESSUAL CIVIL. DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO QUE CONSIDEROU INTEMPESTIVO UM RECURSO. DECISÃO DE CUNHO MERAMENTE TERMINATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. DESCABIMENTO.

1. Não se admite a propositura de ação rescisória com o escopo de desconstituir acórdão que se restringiu a declarar a intempestividade de um recurso – ou seja, decisão de cunho meramente terminativo –, haja vista que se faz indispensável o enfrentamento do mérito da demanda, o que não ocorre no caso vertente. Precedentes.

2. Recurso especial não provido. (REsp 1.186.638/RJ, Segunda Turma, rel. Min. Castro Meira, j. em 27-4-2010).

E, de outros Tribunais pátrios, colhe-se:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO QUE NÃO CONHECEU DO AGRAVO DE INSTRUMENTO POR DESERTO. INADMISSIBILIDADE.

Conforme estabelece o caput do art. 485 do Código de Processo Civil, é possível rescindir a “sentença de mérito, transitada em julgado”. Impossível, nesses termos, rescindir acórdão proferido em agravo de instrumento, que deixa de conhecer do recurso por falta de recolhimento de custas, porque aí não há decisão quanto ao mérito. Indeferimento da inicial que se impõe. (TJSP, Ação Rescisória n. 0081791-40.2013.8.26.0000, Décimo Quarto Grupo de Câmaras da Seção de Direito Privado, de Araraquara, rel. Des. Gilberto Leme, j. em 13-8-2013).

AÇÃO RESCISÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DO VALE-REFEIÇÃO. ACÓRDÃO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO. AUSENTE EXAME DE MÉRITO. INADMISSIBILIDADE.

É inadmissível a ação rescisória visando rescindir acórdão que não conheceu da apelação e, portanto, não apreciou o mérito da controvérsia julgada definitivamente em primeira instância.

AÇÃO RESCISÓRIA EXTINTA, SEM RESOLUÇÃO DE

MÉRITO. (TJRS, Ação Rescisória n. 70049710908, Segundo Grupo Cível, de Porto Alegre, rel. Des. Eduardo Uhlein, j. em 14-12-2012).

Com base em tais premissas, forçoso é reconhecer que falta à autora interesse processual e, por conseguinte, a petição inicial deve ser indeferida, julgando-se extinto o processo, sem resolução de mérito, consoante prevê o CPC/2015:

Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:

[...]

III - o autor carecer de interesse processual;

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

[...]

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

Art. 968. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 319, devendo o autor:

I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento do processo;

II - depositar a importância de cinco por cento sobre o valor da causa, que se converterá em multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.

[...]

§ 3º Além dos casos previstos no art. 330, a petição inicial será indeferida quando não efetuado o depósito exigido pelo inciso II do caput deste artigo.

Sobre o tema, confira-se:

Deve preferir-se utilizar o termo da lei ao equívoco “interesse de agir”, eivado de falta de técnica e precisão, além de constituir-se em velharia do sistema CPC de 1939. [...] Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e,



ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Verifica-se o interesse processual quando o direito tiver sido ameaçado ou efetivamente violado [...]. **De outra parte, se o autor mover a ação errada ou utilizar-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual.** (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1113, grifou-se).

Por fim, salienta-se que se afigura manifesta in casu a inadequação da via processual eleita pela autora. Assim se afirma porque a propalada violação literal de disposição de lei pelo julgado, ou a circunstância de que se encontra supostamente fundado em erro de fato, deveria ter sido objeto de recurso próprio, não se prestando a via rescisória para tal fim.

Tanto é que, mesmo que se pudesse afastar o óbice mencionado alhures em relação à pretensão de desconstituição da decisão por estar fundada em erro de fato – admitindo-se, desta forma, que a ação em apreço foi proposta contra a sentença, e não o acórdão –, melhor sorte não assistiria à autora.

Isso porque a lide originária promovida pela ré Schweitzer Engineering Laboratories Comercial Ltda em face da ré Lemag Industrial Ltda e da autora, objetivando a devolução dos bens dados em comodato à ré Lemag Industrial Ltda, bem como a condenação ao pagamento de aluguel pelo seu uso indevido ou, alternativamente, a conversão da obrigação em perdas e danos, resultou na prolação de sentença que (I) reconheceu a ilegitimidade passiva da ora autora, julgando extinto o processo em relação a ela; (II) acolheu o pedido alternativo formulado pela ré Schweitzer Engineering Laboratories Comercial Ltda, condenando a ré Lemag Industrial Ltda ao pagamento de indenização por perdas e danos no valor de R\$ 272.646,51 (duzentos e setenta e dois mil, seiscentos e quarenta e seis reais e cinquenta e um centavos) e (III) deferiu a medida

de urgência postulada para determinar o bloqueio do saldo de créditos a que tem direito a ré Lemag Industrial Ltda, ordenando a intimação da ora autora para depositar em juízo a quantia de R\$ 403.717,84 (quatrocentos e três mil, setecentos e dezessete reais e oitenta e quatro centavos).

Outrossim, em razão da medida de urgência concedida na sentença, a ora autora interpôs apelação, recurso que não foi conhecido neste Tribunal e cujo acórdão transitou em julgado em 14- 7-2011 (fl. 78).

No ponto, é importante ressaltar que, diante da impugnação parcial da sentença pela ora autora, transitaram em julgado os capítulos sentenciados atinentes ao reconhecimento de sua ilegitimidade passiva e à condenação da ré Lemag Industrial Ltda ao pagamento de indenização por perdas e danos no valor de R\$ 272.646,51 (duzentos e setenta e dois mil, seiscentos e quarenta e seis reais e cinquenta e um centavos), não tendo sido proposta ação rescisória a esse respeito.

O único capítulo sentencial impugnado pela via rescisória é aquele concernente ao deferimento da medida de urgência para determinar o bloqueio do saldo de créditos a que tem direito a ré Lemag Industrial Ltda, com a consequente intimação da ora autora para depositar em juízo a quantia de R\$ 403.717,84 (quatrocentos e três mil, setecentos e dezessete reais e oitenta e quatro centavos). Ocorre que tal capítulo da sentença não pode ser objeto de ação rescisória, por não constituir o mérito da causa, tratando-se de medida acautelatória concedida com a finalidade de assegurar a eficácia da condenação.

Do que se viu, a relação de direito material debatida na causa originária estava adstrita somente ao negócio jurídico entabulado entre as rés Schweitzer Engineering Laboratories Comercial Ltda e Lemag Industrial Ltda. Apesar disso, a autora intenta debater, o fazendo desde a apelação, matéria que não integrou o mérito do litígio, qual seja, o crédito/débito que a ré Lemag Industrial Ltda. possuía em decorrência da relação entre elas mantida.

Não é possível, entretanto, propor ação rescisória contra capítulos da sentença ou do acórdão que não cuidaram do mérito, afinal, como já dito, é a sentença de mérito, transitada em julgado, que pode ser rescindida.

Desta forma, se a via rescisória não é hábil para desconstituir um comando sentencial que não seja de mérito, outra solução não há senão imputar à autora a falta de interesse processual.

#### Dos ônus sucumbenciais:

Diante da extinção da presente demanda, sem resolução de mérito, condena-se a autora ao pagamento dos encargos decorrentes da sucumbência, devendo arcar, portanto, com as custas judiciais e demais despesas processuais, inclusive honorários advocatícios devidos aos patronos dos réus, em atenção aos arts. 82 e 85, *caput*, do CPC/2015.

No que se refere à verba honorária, considerando o disposto no art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC/2015, fixa-se o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em favor dos procuradores da ré Schweitzer Engineering Laboratories Comercial Ltda., e, à curadora especial nomeada à ré Lemag Industrial Ltda., R\$ 700,00 (setecentos reais), atentando-se especialmente à singularidade do procedimento.

O valor do depósito previsto nos arts. 488, inciso II, do CPC/1973 e 968, inciso II, do CPC/2015, deve ser revertido aos réus, na forma estabelecida no art. 974, parágrafo único, do CPC/2015.

2 – Ante o exposto, voto no sentido de julgar extinta a presente ação rescisória, sem resolução de mérito, com fulcro nos arts. 330, inciso III, 485, incisos I e VI, do CPC/2015; condenar a autora ao pagamento dos ônus sucumbenciais, e determinar a reversão, em favor dos réus, do depósito prévio realizado, consoante supra explicitado.

Este é o voto.

## **Ação Rescisória n. 4015919-59.2016.8.24.0000, da Capital**

Relator Designado: Desembargador Guilherme Nunes Born

AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO PARTICULAR DE CESSÃO DE QUOTAS DE SOCIEDADE COMERCIAL. VIOLAÇÃO MANIFESTA A NORMA JURÍDICA. ERRO DE FATO. DOCUMENTO NOVO. VÍCIOS INOCORRENTES. PRETENSÃO DE VESTIR A AÇÃO RESCISÓRIA EM RECURSO. REDISCUSSÃO DOS FATOS E DA VALORAÇÃO DAS PROVA. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1) Violação norma jurídica. *“Violação manifesta, referida pelo art. 966, V, do novo Código exprime bem a que se apresenta frontal e evidente à norma, e não a que decorre apenas de sua interpretação diante da incidência, sobre determinado quadro fático.”* (Humberto Theodoro Júnior). A interpretação contida na decisão rescindenda de que o instrumento particular de compra e venda é válido e eficaz porquanto firmado pelas partes com firma reconhecida, não haver o respectivo distrato, deve ser mantida, porquanto também recepciona os dispositivos legais reclamados: arts. 110, 112, 113, 422 e 472, todos do Código Civil.

2) Erro de fato. *“Trata-se, enfim, de uma suposição inexata, de um erro de percepção ou de uma falha que escapou à vista do juiz, ao compulsar os autos do processo, relativo a um ponto incontroverso. O erro de fato constitui um erro de percepção, e não de um critério interpretativo do juiz”.* (Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro). 2.1) Na época da sentença e do acórdão rescindendos, não constava nos autos a informação referente o fim do contrato de locação, em que a ordem mandamental se restringiu a substituir os fiadores, deixando de se admitir como erro de fato. Até porque, se de conhecimento do julgador, tempestivamente, não era capaz de alterar o pronunciamento judicial em razão de inexistir relação com o mérito da causa: eficácia do *contrato de cessão de quotas societárias*. 2.2) Não se pode dizer, que o fato de a parte autora não ter interesse em persistir com os vínculos empregatícios existente na época da empresa Sobar Alimentos, a qual adquirira as quotas, era devido pelos réus esta obrigação, porque não foi o pactuado, o delimitado no instrumento

particular devidamente assinado.

3) Documento novo. *“O documento novo, apto a aparelhar a ação rescisória, deve ser preexistente ao julgado rescindendo, de existência ignorada ou de que não pode a parte fazer uso, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável.”* (Min. Ricardo Villas Boas). No caso, trata-se de mera informação, vinda após a sentença, que estava ao alcance das partes, da extinção do contrato de locação, onde estava estabelecida a sociedade comercial em que suas cotas eram objeto do contrato em litígio. Esta informação é inservível para assegurar à autora da ação rescisória uma decisão favorável por não dizer respeito ao mérito da causa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 4015919-59.2016.8.24.0000, da comarca da Capital 6ª Vara Cível em que é/são Requerente(s) MK Marketing e Franchising Ltda e Requerido(s) Nelson Jose Karam Althoff e outro.

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por maioria de votos, julgar improcedente a presente ação rescisória, vencido o Exmo Desembargador Newton Varella Júnior. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos Desembargador Newton Varella Júnior, Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira, Desembargador Guilherme Nunes Born, Desembargador Luiz Zanelato, Desembargador Jaime Machado Junior, Desembargador Dinart Francisco Machado, Desembargador Cláudio Barreto Dutra, Desembargador Altamiro de Oliveira, Desembargador Salim Schead dos Santos, Desembargador José Carlos Carstens Köhler, Desembargadora Rejane Andersen, Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, Desembargador Jânio Machado, Desembargadora Soraya Nunes Lins, Desembargador Tulio Pinheiro e Desembargador Robson Luz Varella.

Florianópolis, 14 de março de 2018.

Desembargador Guilherme Nunes Born  
Relator Designado

## RELATÓRIO

### 1.1) Inicial da ação rescisória

MK Marketing e Franchising Ltda., ingressou com Ação Rescisória para desconstituir acórdão da Segunda Câmara de Direito Comercial, relativo a apelação n. 2014.027876-1 (005206-48.2009.24.0023), em que figuramram como parte adversa Nelson José Karan Althoff e Suzana Goulart Karan Althoff, aduzindo:

- AA é detentora da marca “Mini Kalzone” e firmou contrato de franquia com Sobar Alimentos Ltda., representados pelos seus sócios, ora requeridos, em 2005;

- os RR propuseram ao AA a compra das cotas da sociedade franqueada, que estava estabelecida no Itajaí Shopping, firmando o interesse desde que fosse feito o desligamento dos funcionários previamente;

- formalizado o instrumento em abril/2009, ficou estabelecido que a loja seria adquirida por R\$ 165.000,00, e fixaram demais obrigações;

- firmou o documento para adquirir apenas as cotas sociais e o estabelecimento empresarial de uma empresa;

- na véspera de assumir a empresa, Sr. Murilo informou que não garantiria a estabilidade da sociedade “Sobar” e o réu Nelson informou que não demitiria e que por isso, a partir de 14.04.09, não havia contrato por ausência de vontade das partes;

- não houve manifestação dos RR porque AA não assumiu a sociedade negociada, tendo continuado a pedir produtos (mini kalzones), ficando a situação como era antes do contrato;

- em 19.06.09 um dos sócios da AA foi notificado para receber o instrumento de contrato e cumpri-lo;

- a decisão se apegou ao instrumento de contrato; ignoraram o fato de não conter mais encontro de vontades e houve concretização das natimortas obrigações;

- os RR propuseram ação judicial objetivando alteração do contrato social; dos fiadores no contrato de locação, sob pena de multa e ao pagamento das parcelas vencidas. A sentença é de procedência e o recurso de apelação cível de parcial provimento para admitir a exigência da multa; ocorrência de ultra petita.

- após o julgamento do acórdão objeto desta ação, a administração do Shopping Itajaí informou que não havia mais nenhum estabelecimento da Sobar Alimentos, tendo ficado até 31.12.2010;

- em 17.10.16 os RR pediram o cumprimento de sentença, postulando R\$ 1.008.832,18, incluída multa diária até a data do efetivo pagamento do valor (execução provisória);

- foi protocolado pedido de desistência em recursos para STJ e STF, estando a decisão transitada em julgado;

- pugnaram pela medida cautelar antecedente, com o deferimento de liminar para não pagamento e suspensão da execução, ante a provável desconstituição do acordo e demais requisitos legais: receio de dano irreparável e probabilidade do direito.

- erro de fato: sustenta ter havido decisão fundada em erro pelo ‘acórdão’, pois não houve encontro de vontades, e o que consta no instrumento é distinto do desejado pelas partes. Em detalhe, a entrega do negócio com a demissão dos funcionários.

- fato incontroverso não depende de prova: o acórdão rescindendo fala que não há prova do contato telefônico, não sendo capaz de demonstrar a ruptura negocial. A autora aponta que houve desencontro de vontades e este é fato incontroverso. É desnecessário a comprovação da ligação telefônica ocorrida dia 14.04.2009. Pelo fundamento da ausência

de prova da ruptura negocial o acórdão violou o art. 334 do CPC/73. (redação do art. 374 do atual CPC).

- violação da boa fé contratual: o CC em seu art. 113 e 422, exige que os negócios sejam tratados a partir da boa fé subjetiva ou objetiva, devendo os contratantes, durante e depois da celebração do contrato, agirem de forma leal.

- AA negociou com os RR as quotas e estabelecimento comercial, jamais obrigações trabalhistas, exigindo o desligamento dos funcionários e portanto, sem esta condição não assinaria o contrato. Assim, primeiro deveria ser corrigida esta divergência entre as partes. Situação que ficou conhecida antes da assinatura do instrumento (item 78).

- o acórdão rescindendo não considerou o descumprimento das expectativas geradas nas tratativas negociais; foi forçado ao cumprimento do instrumento que não traduziu um acordo de vontades; não considerou o tempo decorrido de dois meses sem qualquer manifestação dos réus, violando os arts. 113 e 422 do CC.

- reserva mental conhecida: o acordo de vontades pode ter diferença entre a vontade manifestada e a vontade interna do agente, em que aquela prevalece em face da segurança jurídica;

- na forma do art. 110 do CC, pela consciência da reserva mental o negócio inexistiu, ante a ausência da volição necessária, porque os RR sabiam que a vontade mental da AA não era adquirir exclusivamente as cotas sociais, mas o estabelecimento comercial de uma sociedade livre de vínculo empregatício: rescisão dos funcionários para que assumisse o negócio;

- o acórdão rescindendo não considerou este fato, que apenas reconheceu a existência de um contrato entre as partes e não a vontade de adquirir apenas as cotas sociais e o estabelecimento, sem vínculo empregatício, violando o art. 110 do CC.



- efetiva vontade deve prevalecer em relação o sentido literal da linguagem: na forma do art. 112 do CC, as declarações de vontade devem se ater a intenção, e como não há vontade de assumir o vínculo empregatício, fato não descrito no acórdão rescindendo, deve ser analisado;

- distrato se existir um trato a distratar: reconhecida que a vontade das partes não convergiram, não há contrato a ser distratado, impondo a comprovação do distrato;

- falsa percepção da realidade do negócio: mesmo que se admitisse a existência de um negócio entre as partes, este seria inválido por vício de consentimento, art. 138 do CC;

- autora jamais teve a intenção de adquirir cotas da sociedade com vínculo de empregados e como tal, o distrato não exige forma, pode ser verbal ou tácito;

- pela ligação telefônica do dia 14.04.09, se houve algum contrato, ele foi distratado, pela discordância da AA, e a esta foi levado a crer que no dia 15.04.09 todos os funcionários seriam demitidos;

- houve erro essencial em relação aos encargos trabalhistas, ocorrendo que a autora firmou contrato com falsa percepção da realidade (erro essencial);

- o acórdão rescindendo violou o art. 138 do CC;

- obtenção de prova nova; decisão fundada em erro de fato verificável no exame dos autos: o contrato não tem objeto ou o mesmo foi reduzido;

- O acórdão rescindendo tem a seguinte condenação: (i) determinar que a Autora entregue aos Réus a alteração do contrato social com a assinatura, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), procedendo-se também o registro na

JUCESC; (ii) Determinar que a Autora providencie a substituição dos fiadores do contrato de locação, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais); (iii) condenar a Autora ao pagamento das parcelas vencidas do contrato, incluindo sobre cada parcela a multa de 50% (cinquenta por cento), além dos juros de mora a partir da citação e correção monetária a contar do vencimento de cada prestação; (iv) condenar a Autora ao pagamento de multa de 1% do valor do contrato referente ao não cumprimento da cláusula segunda; e (v) condenar a Autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

- após este julgamento ficou sabendo junto à administração do Itajaí Shopping, que os RR ficaram na loja até 31.12.2010 entregando o ponto comercial e desde 2011 não havia contrato de locação, sendo que o acórdão foi julgado em 15.12.2015, tendo sido esvaziado o negócio pelos réus;

- os réus pedem o cumprimento do contrato, mas não existe mais a contraprestação: situação de fato inexistente porque não havia mais a loja, situação que dá ensejo enriquecimento ilícito.

- também há incidência juros de mora de forma irregular, levando a considerar como lucro cessante, de forma análoga, o que é vedado;

- não instalações para a utilização da sociedade e inexistente contraprestação as parcelas vendidas;

- também não há que substituir fiadores pelo fim do contrato de locação, impossível obrigação imposta no acórdão rescindendo, em especial a multa.

Pediu a tutela de urgência para suspender a execução da sentença e a procedência da ação rescisória, nestes termos:

*“d) no mérito, a procedência da presente Ação Rescisória, em razão da violação manifesta a diversas normas jurídicas (artigos 113,*

422, 110, 112, 472, 138, 884 e 885 do Código Civil e 334 do CPC de 1973) conforme o inciso V do artigo 966 do Código de Processo Civil e/ou em razão do erro de fato verificável do exame dos autos (itens 3.1 e 3.8 desta peça) conforme o inciso VIII do artigo 966 do Código de Processo Civil e/ou em razão da prova nova obtida após o acórdão rescindendo (itens 3.8 e 3.9 desta peça) conforme o inciso VII do art. 966 do Código de Processo Civil, rescindindo o acórdão proferido nos autos do processo nº 0052026-48.2009.8.24.0023, que tramitou na Segunda Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina;

e) por celeridade e economia processual, que este Grupo de Câmaras de Direito Comercial profira novo julgamento da apelação n. 2014.027876-1, adotando os justos critérios e a correta interpretação dos fatos e aplicação do direito, a fim de julgar improcedente a ação ajuizada por Nelson José Karam Althoff e Suzana Goulart Karam Althoff contra MK Marketing e Franchising Ltda. (Autos n. 0052026-48.2009.8.24.0023), conforme os fundamentos expostos nesta petição;

f) alternativamente, que seja determinado que a Colenda Segunda Câmara de Direito Comercial profira novo julgamento da Apelação n. 2014.027876-1;” (fls. 792/793)

### 1.2) Da resposta

Contestação apresentada as fls. 843/854, em conjunto pelos réus Nelson e Suzana, arrazoando:

- ação rescisória não pode ser obstáculo para rediscutir fatos analisados na sentença e acórdão;

- na inicial, a autora disse que nunca houve acordo de vontade, o que não é correto, pois então sequer teria sido redigido o contrato que, inclusive foi assinado por todas as partes;

- as alegações da AA são destituídas de prova, e permitir a rediscussão, é permitir a insegurança jurídica;

- contrato tem data de 13.04.2009, assinados pela AA. A ré assinou em 14.04.09, um dia depois. O réu em 16.04.09, dois dias depois.

- prova do distrato seriam supostas ligações, o que já fora rechaçado pelos juízos, e a autora desistiu de ouvir testemunhas arrolado por ela;

- não pode AA, na ação rescisória, fazer prova do alegado distrato;

- o contrato deveria ser distratado por escrito e não verbalmente, de forma ardilosa. Na inicial consta a preocupação da autora pelo valor da rescisão e diz ainda que não seria assumido os funcionários;

- se a dispensa dos funcionários tivesse sido ajustada, estaria prevista no instrumento;

- a premissa da autora já foi analisada pelos dois graus de jurisdição;

- no contrato nada foi dito que os réus assumiram a dispensa dos funcionários;

- não arguiu o disposto no art. 110 CC na ação e no recurso e, agora na rescisória, não pode abrir discussão nova;

- os réus agiram com boa fé, inclusive na notificação judicial;

- o interregno entre o contrato e a notificação judicial foi de mais de um mês, não podendo ser levantada a má-fé, como fez na inicial, item 72 e74;

- os RR entraram com ação cominatória para cumprimento do contrato e a autora fala em descumprimento deste;

- não é correta a alegações dos réus em querer fazer o distrato, pois não teriam ajuizado a cominatória;

- a autora faz na rescisória nova narrativa dos fatos, procurando dar nova interpretação para obter novo julgado;

- o valor atingiu a vultuosa monta por culpa exclusiva da autora,

que incorreu em multas, cumprindo parte da decisão rescidenda ao efetuar alteração contratual na junta comercial;

- só de custas o AA pagou R\$ 40.000,00, podendo ter cumprido o acordo;

- o cerne da questão está na suposta continuidade das atividades comerciais;

- permaneceram no contrato para a continuidade das atividades, demonstrando a boa fé objetiva;

- cabia à autora os embargos de declaração se houvesse omissão na sentença;

- custas às fls. 486 do acórdão a validade do contrato e que o distrato só poderia ter sido feito na mesma forma, escrito.

Discorreu sobre a liminar deferida e pediu a improcedência da demanda.

### 1.3) Do processado

A autora juntou documentos: petição inicial da tutela cautelar de antecedentes (fls. 01/41), procuração e docs. societários (fls. 42/48), custas processuais (fls. 49/52), cópias do processo e da

Apelação com os docs. (fls. 53/739 há nestes documentos o contrato de franquia e cópia do processo de cumprimento provisório da sentença), cópia da decisão de extinção da petição de tutela cautelar antecedente (fls. 746/752); certidão do STJ relativo a desistência de recursos (fls. 794/795); relatório SAJ de movimentação da AC (fls. 796/799); e da execução provisória (fls. 800/801).

Petição de emenda da inicial (fls. 802/804), em que a autora pediu a alteração do valor atribuído à causa (R\$ 719.865,49) para coincidir com o do cumprimento de sentença (R\$ 1.008.832,18).

Pela decisão de fls. 810/815, o e. Des. Newton Varella Júnior declarou a perda de objeto dos embargos de declaração, deferiu a conversão da tutela cautelar antecedente em ação rescisória; admitiu a retificação do valor da causa e suspendeu o cumprimento da decisão rescindendo em sede liminar, e ainda, determinou a citação dos réus.

As fls. 827, novo despacho determinando a citação em endereço fornecido.

Certidão de citação dos réus (fls. 840/841), por mandado.

As fls. 856/861, foi ofertado o relatório pelo e. Des. Relator, determinando a redistribuição.

Em apenso está os autos n. 4015919- 59.2016.8.24.0000/50000, embargos de declaração proposto pela autora em desfavor da decisão que julgou extinta, sem resolução de mérito, a Tutela Cautelar Antecedente à ação rescisória. Decisão considerada prejudicada pelo e. Relator por ter sido deferida a conversão da tutela antecedente em ação rescisória.

Também está em apenso os autos n. 4015919- 59.2016.8.24.0000/50001, agravo interno interpostos pelos réus em face da decisão liminar na ação rescisória.

#### 1.4) Do voto do E. Des. Newton Varella Júnior

Após debates, o e. Desembargador Relator deu provimento ao recurso, conforme a certidão de julgamento de fls. 866/867, para:

a) na forma do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGAR PROCEDENTE, com resolução de mérito, o pedido rescisório formulado para, por consequência, JULGAR IMPROCEDENTES os pedidos formulados na demanda rescindenda, mantendo-se incólume a medida liminar de suspensão da execução; b) à luz do princípio da causalidade, dividir as despesas processuais pro rata, em 50% para a Autora e Réus, fixando-se os honorários, com fulcro no art. 85, § 2, do Diploma Processual, em 10% sobre o valor da causa, fracionando-se igualmente em 50% em favor do causídico da Demandante e procurador

dos Demandados, estando vedada a compensação; c) diante da perda de objeto, declarar prejudicado o Agravo Interno; d) com amparo no art. 974, caput, do Digesto Adjetivo, determinar a devolução do depósito obrigatório à Autora; e do voto divergente do Exmo Desembargador Altamiro de Oliveira (sessão do dia 11/10)

No seu judicioso voto, o e. Des. Relator manifestou-se:

1.) Admissibilidade: pelo seu conhecimento por presentes os pressupostos para tanto.

2) Juízo rescidendo, teceu as considerações iniciais e delineamento da *ratio decidendi*; violação manifesta de norma jurídica (art. 966, inciso V do CPC); obtenção de prova nova (art. 966, inciso VII do CPC); erro de fato (art. 966, inciso VIII, do CPC):

3) Juízo rescisório.

4) ônus sucumbencial.

A conclusão de sua Excelência passou por análise de fatos (considerações iniciais e delineamento da *ratio decidendi*); afastou a obtenção de prova nova, art. 966, inciso VII, do CPC; mas reconheceu a existência de *erro de fato*, porquanto a informação de que não havia mais o imóvel locado para transferência da sociedade, só veio em contrarrazões do apelo, passando despercebida em Segundo Grau, figurando-se como fato superveniente e fundamental para o deslinde da causa.

#### 1.6) Do pedido de vista

Com a vênia possível, pedi vistas dos autos para melhor análise, pelo que passo a expor meu posicionamento.

## II – VOTO

### 2.1) Do objeto

Pretende a autora MK Marketing e Franchising Ltda a rescisão do acórdão da Segunda Câmara de Direito Comercial, autos da apelação cível n. 2014.027876-1, com o fundamento de houve distrato do “contrato particular de promessa de cessão definitiva de quotas de sociedade limitada” e a situação de decisão impossível de ser cumprida. E, por quanto, houve no julgado rescindendo ofensa ao texto legal, Lei Processual Civil:

- art. 966, VIII – decisão fundado em erro de fato verificável/inexistência de fato efetivamente ocorrido (fls. 765):

- art. 966, V – fato incontroverso não depende de prova (fls. 767);

- art. 966, V – violação a norma jurídica disposta nos art. 113 e 422 do CC (fls. 769):

- art. 966, V - violação a norma jurídica disposta nos art. 110 do CC (fls. 777);

- art. 966, V - violação a norma jurídica disposta nos art. 112 do CC (fls. 780);

- art. 966, V - violação a norma jurídica disposta nos art. 472 do CC (fls. 782);

- art. 966, V - violação a norma jurídica disposta nos art. 112 do CC (fls. 784);

- art. 966, V - obtenção de prova nova/decisão impossível de cumprir (fls. 788).

## 2.2) Do fundamento

MK Marketing e Franchising Ltda., ingressou com a presente ação rescisória em face do acórdão lavrado na apelação cível n. 2014.027876-1, proposta a seu desfavor por Nelson José Karam Althoff e Suzana Karam Althoff., em que vislumbra dois fatos jurídicos propriamente ditos:



► a existência de distrato, porquanto era sabido que a autora não tinha intenção em assumir qualquer vínculo com os empregados, ficando limitado o contrato a aquisição das cotas sociais e transpasse do ponto comercial;

► objeto juridicamente impossível de cumprimento, porquanto antes de tal situação, os réus haviam entregue a loja objeto da locação da sociedade empresarial.

Inicialmente, destaca-se que o objeto do contrato (fls. 77/83) foi *“a integralidade das quotas da sociedade ‘SOBAR ALIMENTOS LTDA’ ... Situada à rua Samoel Neusi 234, s35, Shopping Itajaí, loja MÍNI KALZONE, bem como as instalações e equipamentos que permitam a utilização plena do fim comercial destinado, conforme anexo descritivo dos bens. “( fls. 77).*

Os réus desta ação, Nelson e Suzana, propuseram ação ordinária objetivando:

- a alteração contratual para efetivar a transferência das cotas da empresa negociada, com estipulação de multa cominatória;
- determinação para JUSCESC proceder alteração contratual;
- alteração dos fiadores no contrato de locação da loja, sob pena de multa diária;
- pagamento das parcelas vencidas em 15/04/09, 15/05/09, 15/06/09, total de R\$ 16.500,00 com cláusula penal de 50%, indo para R\$ 27.750,00 individual, total de R\$ 99.000,00;
- pagamento dobrado da cláusula penal por ter incidido em duas infrações, R\$ 3.300,00. (fls. 67/69).

Por seu turno, a autora da rescisória contestou na ação ordinária (fls. 117/126), alegando ilegitimidade passiva da empresa Capitão Gourmet Indústria e Comércio de Alimentos Ltda.; exceção de contrato

não cumprido e má fé processual por não ter chegado a relação negocial a ser concretizada e a inexecução do contrato era vantagem para Nelson e Suzana, observando as multas eleitas.

A sentença na ação ordinária (fls. 385/389 e 421/423), reconhecendo a validade do negócio jurídico, julgou procedente o pedido impondo a MK Marketing e Franchising Ltda., a:

- entregar aos autores a alteração do contrato social com a assinatura, sob pena de multa diária R\$ 500,00 e na junta comercial;
- substituição dos fiadores no contrato de local, também sob pena de multa diária de r\$ 500,00;
- ao pagamento das parcelas vencidas com a incidência da multa contratual de 50%;
- condenar ao pagamento da multa de 10% prevista na cláusula quinta;
- honorários sucumbenciais de 15%. Insatisfeita, a MK ingressou com apelação cível (fls. 394/406 e 430/440) insistindo que o contrato não se perfectibilizou, não produzindo os efeitos, deixando os apelados de cumprir com suas obrigações. Negativa da prestação jurisdicional. Excesso de multas e nulidades das disposições contratuais.

Contrarrazões (fls. 411/413 e 441/444) sustenta validade e eficácia do contrato.

A e. Segunda Câmara de Direito Comercial, decidiu da seguinte forma (fls. 475/496):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER  
E PAGAR QUANTIA. CONTRATO DE PROMESSA DE CESSÃO  
DE QUOTAS DE SOCIEDADE LIMITADA. SENTENÇA DE  
PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ.

AVENTADA NULIDADE DA SENTENÇA POR

FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRONUNCIAMENTO QUE INDICA DE MODO CLARO E PRECISO AS RAZÕES DE CONVENCIMENTO DA MAGISTRADA DE PRIMEIRO GRAU.

AUSÊNCIA DE CONCRETIZAÇÃO DO CONTRATO. REJEIÇÃO. EFETIVA FORMAÇÃO DO AJUSTE. EXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DOS CONTRATANTES, A PARTIR DA ASSINATURA COM FIRMA RECONHECIDA NO INSTRUMENTO CONTRATUAL. VÍNCULO OBRIGACIONAL ESTABELECIDO.

ACEITAÇÃO TARDIA DA PROPOSTA. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRATO ASSINADO IMEDIATAMENTE APÓS A REMESSA AOS CONTRATANTES. ACEITAÇÃO IMEDIATA DOS TERMOS DA AVENÇA.

TESE DE DESFAZIMENTO DO CONTATO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. DOCUMENTOS QUE COMPROVAM APENAS A EXISTÊNCIA DE CONTATO TELEFÔNICO ENTRE OS CONTRATANTES, MAS NÃO O CONTEÚDO DA COMUNICAÇÃO. NECESSIDADE, ADEMAIS, DA FORMALIZAÇÃO POR ESCRITO DO DISTRATO DO CONTRATO. EXEGESE DO ART. 472 DO CÓDIGO CIVIL.

EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. ART. 476 DO CC. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEVERES SIMULTÂNEOS. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS. PRESTAÇÃO INICIAL QUE DEPENDIA DA APELANTE.

CLÁUSULA PENAL. PREVISÃO LEGAL E DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE AUTORIZA A EXIGÊNCIA. EXEGESE DOS ART.S 408 E 409 DO CÓDIGO CIVIL. DESCUMPRIMENTO DO PACTO DEVIDAMENTE COMPROVADO. MULTA DEVIDA. AUSÊNCIA DE DUPLA PENALIZAÇÃO.

CONSTAÇÃO DE DECISÃO *ULTRA PETITA*. PEDIDO REFERENTE À CONDENAÇÃO DE PAGAMENTO DE MULTA NO IMPORTE DE DEZ POR CENTO SOBRE O VALOR DO CONTATO NÃO DEDUZIDO NA PEÇA INICIAL. ANULAÇÃO.

*EX OFFÍCIO*, DA RESPECTIVA PARTE DO *DECISUM*.

SENTENÇA QUE DEIXA DE APRECIAR A TOTALIDADE DOS PEDIDOS QUE COMPUSERAM O PLEITO INAUGURAL. INFRAÇÃO AO ART. 5º, INC. XXXV, DA CRFB/88. JULGAMENTO *CITRA PETITA*. APLICAÇÃO DO § 1º SOBRE O VALOR DA VENDA. AUTORIZAÇÃO LEGAL. PREVISÃO CONTRATUAL. DESCUMPRIMENTO EVIDENCIADO. MULTA DEVIDA.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. PERCENTUAIS FIXADO EM CONFORMIDADE COM OS PADRÕES ÍNSITOS NO ART. 20, § 3º, A,B, E C, DO CPC. MANUTENÇÃO.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A conclusão assim restou:

“Do exposto, reconhece-se a ocorrência de sentença *citra petita e, com base* no art. 515, § 1º, do CPC, julga-se parcialmente procedente o pedido inicial para admitir a exigência da multa no equivalente a 1% sobre o valor do contrato, em razão do descumprimento da cláusula segunda do pacto em questão; reconhece-se a ocorrência da sentença *extra petita* e anula-se a parte do *decisum referente à condenação da ré ao pagamento da ultra de dez por cento sobre o valor do contrato; e conhece-se do recurso e negase-lhe provimento.*” (fls. 495)

Desafiada a decisão com a interposição de recurso especial (fls. 499/509) pela MK Marketing, e recurso extraordinário (fls. 515/525). Aquele teve admissibilidade negada pela decisão de fls. 589/595. Este pela decisão de fls. 596/599. O agravo em face da decisão que não admitiu o recurso especial, restou desistido pela parte e devidamente homologado (fls. 666). Pedido de desistência do agravo em Recurso Extraordinário as fls. 668.

Percebe-se que a ação rescisória não está calcada nos requisitos do art. 966 do CPC, porquanto visa a rediscussão com remodelagem de teses já apreciadas e analisadas na decisão rescidenda (acórdão).

Estabelece o art. 966 e seu § 1º do CPC:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

**V - violar manifestamente norma jurídica;**

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

**VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.**

§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

A inicial da rescisória fixou ponto no art. 966, V e VIII, do CPC. Recordando:

- art. 966, VIII – decisão fundada em erro de fato verificável/inexistência de fato efetivamente ocorrido (fls. 764):

- art. 966, V – fato incontroverso não depende de prova (fls. 767);

- art. 966, V – violação a norma jurídica disposta nos art. 113 e 422

do CC (fls. 769):

- art. 966, V - violação a norma jurídica disposta nos art. 110 do CC (fls. 777);

- art. 966, V - violação a norma jurídica disposta nos art. 112 do CC (fls. 780);

- art. 966, V - violação a norma jurídica disposta nos art. 472 do CC (fls. 782);

- art. 966, V - violação a norma jurídica disposta nos art. 112 do CC (fls. 784);

- art. 966, V - obtenção de prova nova/decisão impossível de cumprir (fls. 788).

Inexistiu, em qualquer momento, a violação de norma na decisão rescindenda, porquanto, como visto, já na sua ementa, restaram sobejamente esclarecidos os fundamentos jurídicos da conclusão.

A respeito, então, da validade do negócio jurídico, o acórdão rescindendo deu por eficaz, não reconhecendo a existência de vício de consentimento e do aludido distrato, transpassando de forma clara e precisa as razões da conclusão judicial em sede de apelação cível.

Relembra-se, o contrato escrito é de compra e venda da “*integralidade das quotas da sociedade ‘SOBAR ALIMENTOS LTDA’ ... Situada à rua Samoel Neusi 234, s35, Shopping Itajaí, loja MÍNI KALZONE, bem como as instalações e equipamentos que permitam a utilização plena do fim comercial destinado, conforme anexo descritivo dos bens.*”

Em sua redação (cláusula sexta, parágrafo primeiro – fl. 80), não existe descritivo referente a vínculos empregatícios de forma específica e sim, que até a data de 15/04/2009, os ônus existentes, na empresa SOBAR ALIMENTOS LTDA., ficaram a cargo dos vendedores, ora

rúis e, a partir daí, dia 16/04/2009, passava à autora, compradora das quotas sociais.

Ora, o que a autora pretende fazer na ação rescisória é vedado, porque não há fato contrário e manifesto à texto de lei, mas insurgência ao enquadramento jurídico, fundamentado e aplicável a espécie.

A pretensão discussão de artigos do Código Civil:

Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.

Todas estas questões estão presentes na decisão rescindenda e agora, se apresenta como nova estruturação para fugir da vedação legal, porquanto a ação rescisória não é o meio admitido para rediscussão das matérias.

O contrato está redigido sem a reserva legal, fora assinado (e posto seu aceite) sem ressalva pela autora. Previu inclusive, as obrigações trabalhistas dentre outras, imposta no tempo.

Aliás, o contrato firmado entre as partes estabeleceu na cláusula sexta, parágrafo primeiro, nos seguintes termos:

“Ficam os PROMITENTES VENDEDORES responsáveis por eventuais obrigações fiscais, previdenciárias e reclamatórias trabalhistas

até o dia 15 de abril de 2009, movidas por seus empregados, desde que comprovadamente tenham sidas suas Carteiras de Trabalho e Previdência Social firmadas quando da gestão dos antigos sócios ora PROMITENTES VENDEDORES.

Os pontos especificados pela autora estão todos dentro da discussão de validade do negócio jurídico, e como já anotado na ementa, qualquer distrato deve se dar na forma do ajuste certo, ou seja, por escrito.

Estas matérias foram retratadas no acórdão rescindendo, de forma clara e específica inclusive a partir da ementa, bem como na sua fundamentação, afirmando a vontade das partes em relação a promessa de compra e venda das cotas sociais; transferência do contrato de locação, além de objetos e utensílios que comportavam o estabelecimento comercial. Vejamos:

Diga-se, ainda, que consta da cláusula terceira do pacto que “o presente contrato de venda tem prazo de 300 (trezentos) dias, a contar da data deste contrato e será pago [...]”. Assim, como observado na sentença vergastada, o contrato passou a fazer lei entre as partes a partir das assinaturas nele apostas, não dependendo de qualquer outra condição para a sua eficácia.

Ademais, verificada, mediante as firmas apostas no ajuste, a aceitação imediata dos termos pactuados, não há se falar em aplicação do contido no art. 431 do Código Civil.

Por outro lado, alega a apelante que o contrato não se perfectibilizou por culpa exclusiva dos autores, uma vez que as vias do pacto lhes foram entregues, no dia 13-4-2009, para assinatura e reconhecimento de firma, e não foram prontamente devolvidas, pois o autor, Sr. Nelson, fez contato telefônico com o sócio da ré, Sr. Murilo Napolini, por volta das vinte e uma horas do dia 14-4-2009, no qual demonstrou a intenção de desfazer ou repactuar os termos do ajuste, já que nele não havia disposição acerca da continuidade ou rescisão do contrato de trabalho dos funcionários do estabelecimento.

A fim de comprovar a assertiva, a recorrente amparase nas contas



telefônicas acostadas aos autos (fls. 246-255), nas quais alega que se verificam diversas ligações oriundas do número do apelado para o telefone do sócio da ré (n. 48- 8822-8538).

Da análise de referidas contas telefônicas, constata-se que no dia 14-4-2009 foram realizadas duas chamadas para o número acima referido, contudo nenhuma delas ocorreu por volta das vinte e uma horas, e sim às 13:40 e 18:48 horas (fl. 251), o que, portanto, não comprova a assertiva da recorrente.

Além disso, ainda que se aceitasse como um engano o horário referido pela apelante, verifica-se que a demonstração da existência de contato telefônico efetivado entre as partes não é capaz de comprovar a alegada ruptura negocial do ora apelado, porquanto não há nos autos prova do teor das ligações, o que demonstra a fragilidade do argumento utilizado com o intuito de ver derruído o pedido inicial. Frise-se que a apelante, quando da fase de instrução processual, se limitou a postular a oitiva de uma única testemunha e, mesmo sem ser realizado o ato, não se manifestou a respeito, permitindo o julgamento do feito.

Do mesmo modo, o fato de os apelados terem entregue cópia do contrato objeto do litígio somente em 14- 7-2009 e mediante notificação judicial não tem força probante suficiente para desconstituir o quanto pactuado e devidamente firmado pela sociedade empresária ré, que, em caso de não recebimento do contrato com as devidas assinaturas dos vendedores e sabedora das obrigações nele assumidas, deveria ter tomado as medidas judiciais cabíveis, a fim de se desincumbir do quanto pactuado, uma vez que o distrato deve ser efetivado nos mesmos moldes da contratação, qual seja, mediante contrato escrito. (fls. 485/486)

É de bom alvitre observar que a autora, durante todo o processado da ação ordinária em que figurou como ré, não arguiu as questões que apresenta nesta ação rescisória, em especial dando vestes diversas para sua tese.

Portanto, quer por rediscussão ou por inovação de fato previamente conhecido, o qual deveria ter sido arguido na sua resposta na demanda

que pretende rescindir o acórdão, e ação rescisória, mas pode ser usada para formatar o julgamento como se fosse revisional-recursal nada apropriado.

Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

Sabemos que a ação rescisória é instrumento pelo qual visa resguardar a “lisura, honestidade e legalidade da sentença”, por tal, razão é vedada sua utilização para discutir possível injustiça ocorrida.

Forçoso é afirmar que ação rescisória não é recurso, sendo defeso discutir novamente a questão de mérito, pela concordância ou não da decisão transitada em julgado. Só se admite quando efetivamente ocorreu a formação da coisa julgada com ilicitude (art. 966, incs. I e II), desonestidade, (Art. 966, inc. III, VI) e ilegalidade (art. 966, incs. IV, VI), pressupostos elencados no art. 966 do Código de Processo Civil. Além dos casos de prova nova, conseguida após o trânsito em julgado (art. 966, VII) e erro de fato injustificável (art. 966, VIII).

No caso vertente, a autora entende ter ocorrido manifestação contrária a legislação, elencando os casos já transcritos em detalhes supra, por entender que fora descumprido as normas jurídicos de artigos do Código Civil, que se referem a manifestação de vontade do contratante: Arts. 110, 112, 113 e 422, além do art. 472, que se destina ao distrato.

Nenhuma norma restou afrontada pelo v. acórdão rescindendo e pela sentença por ele revista. O que ocorreu foi interpretação de texto de lei de forma clara e fundamentada, afastando qualquer ilegalidade que possa dar azo a ação rescisória (art. 966, CPC).

A discussão procurada pela autora é de insurgência do comando mandamental por mera discordância. Visa a análise subjetiva do que é justo e injusto, depois de esgotado o procedimento cabível, formada a coisa julgada, sem estar dentro do seu agrado.

A respeito, lição de **Humberto Theodoro Júnior**:

“*Violação manifesta*, referida pelo art. 966, V, do novo Código exprime bem a que se apresenta *frontal e evidente* à norma, e não a que decorre apenas de sua interpretação diante da incidência, sobre determinado quadro fático.” (Curso de Direito Processual Civil, Forense, vol. III, ed. 2016, p. 857).

**Luiz Guilherme Marioni, Sérgio Cruz Arenharty e Daniel Mitidiero** doutrinam no mesmo sentido:

“A ação rescisória constitui remédio extremo e assim não pode ser confundida com *mero recurso*. Em outras palavras: a sentença que possui interpretação divergente daquela que é estabelecida pela doutrina e pelos tribunais, *exatamente pelo fato de que interpretações diversas são plenamente viáveis e lícitas enquanto inexistente precedente constitucional ou federal firme sobre a questão*, não abre ensejo para a ação rescisória. A ação rescisória somente é cabível nos casos de ofensa manifesta à norma jurídica. Esse requisito de indiscutibilidade vale, desde a origem do instituto, para *qualquer espécie de norma jurídica*.” (Curso de Processo Civil – Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum, 2ª ed. RT, vol. 2, p. 622).

**José Jangiê Bezerra Diniz** cita *Sérgio Sachione Fadel*. Vejamos:

“Por outro lado, Sérgio Sachione Fadel vaticina que:

“No caso não se discute a justiça ou injustiça da sentença, nem se tergiversa sobre a melhor ou mais adequada interpretação. Há que se configurar violação expressa da norma legal, e mesmo assim não em função de interesse particular ou privado da parte, mas em atenção à defesa de uma norma de interesse público.” (Ação rescisórias nos julgados, Atlas, 2ªed., 87).

Visa a autora discutir a interpretação de um instrumento contratual, acordo de vontades de cada parte ao subscrevê-lo, a forma de desfazer e ainda, a subjetividade na interpretação das aludidas provas. Isto é, tem-se que o objeto do contrato é descrito no instrumento: quotas sociais e utensílios.

## Outro não é o pensar de **Fredie Didier Jr** e **Leonardo José Carneiro da Cunha**:

A ação rescisória não é recurso, por não atender ao princípio da taxatividade, ou seja, por não estar prevista em lei como recurso. Ademais, os recursos não formam novos processos, nem inauguram uma nova relação jurídica processual, ao passo que as ações autônomas de impugnação assim se caracterizam por gerarem a formação de nova relação jurídica processual, instaurando-se um processo novo. Eis por que a ação rescisória ostenta a natureza jurídica de uma *ação autônoma de impugnação*: seu ajuizamento provoca a instauração de um novo processo, com nova relação jurídica processual.

A ação rescisão serve ao desfazimento da coisa julgada material, quer por motivos de invalidade (art. 485, II e IV, P. EX.), quer por motivos de injustiça (art. 485, VI e IX, P. EX.) Não se deve, pois estabelecer uma relação necessária entre os defeitos processuais e a ação rescisória, pois esta tem espectro mais amplo. (Curso de Direito Processual Civil – Meios de Impugnações às decisões judiciais e processo nos Tribunais – ed. Podivm, 7ª ed. Vol. 3, p. 361)

Cristiano Imhof comenta o Código de Processo Civil, art. 966, ação rescisória:

“... Trata-se de media excepcionalíssima, admissível apenas nos casos taxativamente expressos, não sendo passível de interpretação extensiva quando expressos, não sendo passível de interpretação extensiva quanto às hipóteses de cabimento, justamente por se contrapor a uma garantia constitucional de fundamental relevância para a segurança jurídica: a imutabilidade da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI da CRFB/1988).” (Código de Processo Civil Comentado, Booklaw, 2ª ed., p. 1416)

**Pontes de Miranda** aponta os pressupostos objetivos para ação rescisória, mesmo que na interpretação da anterior Legislação Processual, aplicável à espécie:

Qualquer dos pressupostos objetivos basta para a rescisão. Derivam eles: a) de fatos relativos à pessoa do Juiz; tais são os referentes a pressupostos

subjetivos da ação cuja sentença se quer rescindir: insuficiência de juízes prolores ou incompetência absoluta deles, ou do único juiz ue proferiu a sentença rescindenda; impedimento, ou prevaricação, ou concussão, ou corrupção; b) de fatos de direito objetivo puro: violação ao direito “literal disposição de lei”, isto é, sentença rescindenda acoimada de ser contra *ius in thesi*; c) de fato jurisdicional contraditório com outro fato jurisdicional: coisa julgada; d) de fatos processuais, ou extraprocessuais, mas levados ao processo como base de deliberação judicial para a sentença (falsa prova), se a falsidade foi apurada em processo criminal, ou se provada na própria ação rescisória; e) de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; f) de, após a sentença, ter o autor ob tido documento novo, isto é, não-constante dos autos, cuja existência ignorava, ou de que não há podido usar, se tal documento seria bastante para, só por si, ser-lhe favorável a sentença ou o acórdão; g) de haver fundamento para se considerar nula, ou ineficaz, a confissão, a desistência ou a transação, em que se baseou a sentença, ou o acórdão; h) de ter havido erro na sentença, ou do acórdão, quando a algum fato, se o erro resultou de ato ou atos, ou de documento, ou de documentos, constantes da causa. Quanto a h), o erro pode ter consistido em admissão de fato que não ocorreu (“fato inexistente”), ou da inexistência de fato que havia ocorrido. (Tratado das Ações, Boodseller, Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, 1999, tomo 4, p. 502/5030.

Portanto, não há falar em “violação manifesta de norma jurídica” pelo fato do acórdão rescindendo entender que estava perfeita a manifestação de vontade entre as partes, com a aposição da firma (assinaturas) dos contratantes; que seu distrato só pudesse ter sido realizado de forma válida e eficaz da mesma forma que o foi o ‘trato’; e que o objeto fora a aquisição quotas da sociedade empresarial e utensílios; com pretensão de sustentar o pressuposto objetivo para ação rescisória, elencado no art. 966, inc. V, do Código de Processo Civil.

**Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:**

Violação manifesta de norma jurídica em um sistema de

precedentes. Em um sistema lógico-argumentativo pautado por precedentes (arts. 102, III, e 105, III, CF, e 926 e 927, CPC), é natural que exista em um dado espaço de tempo diferentes interpretações de um dado dispositivo constitucional ou legal. Como inexistente uma única resposta correta para os problemas interpretativos, é preciso considerar legítima a decisão que, na falta de precedente constitucional ou de precedente federal, confira determinada interpretação que posteriormente não foi sufragada pelas Cortes Supremas. Justamente para proteger o espaço de desacordo interpretativo inerente a um sistema de precedentes, não cabe ação rescisória para desconstituição da coisa julgada quando ao tempo da sua formação havia controvérsia na jurisprudência sobre a questão enfrentada (súmula 343, STF). Pouco importa a índole constitucional ou federal do debate: em ambas as hipóteses a ação rescisória não é cabível (STF, Pleno, RE 590.809/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.10.2014, DJe 21.11.2014, e STJ, 1ª Turma, REsp 1.458.607/SC, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23.10.2014, DJe 03.11.2014). Vale dizer: quem narra, a título de violação manifesta da ordem jurídica, hipótese em que havia controvérsia jurisprudencial à época da formação da coisa julgada, não narra na realidade hipótese de manifesta violação da ordem jurídica: é por essa razão que a rescisória é incabível, porque o demandante nesse caso sequer chega a narrar uma de suas hipóteses típicas de cabimento. Não cabe a ação rescisória por manifesta violação de norma jurídica, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (súmula 343, STF), ainda que posteriormente tenha se fixado interpretação favorável ao pedido do demandante (súmula 134, TFR). (Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 903).

Esta Corte já se manifestou:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. JUSTIÇA GRATUITA. PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA. CF, ART. 5º, LXXIV E XXXV. REQUISITOS AUTORIZADORES DO BENEPLÁCITO PRESENTES. DEFERIMENTO. MÉRITO. PRETENDIDA A DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO PROFERIDO EM AÇÃO DE RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL SECURITÁRIA NA QUAL SE RECONHECEU A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DO AUTOR. RESCISÓRIA

QUE BUSCA A REDISSCUSSÃO DE MATÉRIAS JÁ VENTILADAS E AMPLAMENTE DEBATIDAS NA DECISÃO JUDICIAL ATACADA. IMPOSSIBILIDADE. SUSTENTADA A OCORRÊNCIA DE ERRO DE FATO NO QUE TANGE AO TERMO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. MATÉRIA, EM VERDADE, DE DIREITO. SITUAÇÃO QUE NÃO SE AMOLDA AO INCISO VIII DO ARTIGO 966 DO CPC. AVENTADA TAMBÉM A VIOLAÇÃO AO ART. 206, § 1º, II, B, DO CÓDIGO CIVIL, O QUAL DISPÕE QUE A PRETENSÃO DO SEGURADO CONTRA O SEGURADOR NASCE A PARTIR DA CIÊNCIA DO FATO GERADOR DA PRETENSÃO. EXISTÊNCIA DE ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS DIVERGENTES SOBRE A QUESTÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 343 DO STF. HIPÓTESE DO INCISO V DO ARTIGO 966 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. PRESSUPOSTOS PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA NÃO CONFIGURADOS. INICIAL INDEFERIDA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. EXEGESE DO ART. 485, I, DO CPC.

**Na ação rescisória, é inadmissível a repetição de matérias já decididas em ocasião anterior, sob pena de transformar este instituto processual em inaceitável via ordinária de reexame de decisões, o que, por vias oblíquas, comprometeria a seriedade da função dos Tribunais, bem como atentaria contra a coisa julgada.** (Processo: 4019727-38.2017.8.24.0000 (Acórdão) Relator: Marcus Tulio Sartorato Origem: Lages Órgão Julgador: Grupo de Câmaras de Direito Civil Julgado em: 08/11/2017 – grifei)

E também

A ação rescisória não é o meio apropriado para analisar o acerto ou desacerto da interpretação dada aos fatos pelo julgador; tampouco presta-se ao reexame da prova produzida ou à sua complementação. Assim, ausente qualquer das hipóteses autorizadoras da desconstituição do julgado, entre as previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil, impõe-se a improcedência do pedido rescisório” (Ação Rescisória n. 2011.074594-0, de São Bento do Sul, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. 12-12-2013).

Em recente decisão a e. Desa. Maria do Roccio Luz Santa Rita ementou:

ACÇÃO RESCISÓRIA. PRETENZA DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA PROLATADA EM ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR PELO FATO DE PRODUTO. DIREITO DO CONSUMIDOR. ALEGADA VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMAS JURÍDICAS (ART. 966, V DO CPC/2015). INSURGÊNCIA CONTRA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA OPE LEGIS. ARTS. 333 E 471 DO CPC/1973, ARTS. 6º E 14 DO CDC C/C ART. 5º, LIV E LV DA CFRB. ADEMAIS, INVOCADO JULGAMENTO EXTRA PETITA. ARTS. 128 E 460 DO CPC/1973. INOCORRÊNCIA. REQUERIMENTOS INCLINADOS À COMPLEMENTAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E REDISCUSSÃO DA QUAESTIO. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. PEDIDO RESCISÓRIO IMPROCEDENTE.

A ação rescisória é instrumento processual técnico. Surge como ação autônoma e não como recurso. Não diz, essencialmente, com a justiça ou a injustiça (mérito) da decisão rescindenda, já envolta pela coisa julgada material, limitando-se a avaliar a ocorrência ou não de um dos pressupostos de rescindibilidade (art. 966 e incisos do CPC/2015), sem os quais resulta a improcedência do pedido desconstitutivo.

Para efeito de violação a normas jurídicas (art. 966, V do CPC/2015), é mister que as disposições tidas por malferidas o sejam em sua literalidade, existindo verdadeiro erro contra litteram, com a violação ao direito posto em tese. O pressuposto não se configura caso, não havendo violação objetiva, se pretenda melhor interpretação de norma jurídica. (Processo: 0020413-35.2016.8.24.0000 (Acórdão) Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta Origem: Brusque Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil Julgado em: 31/01/2017)

Assim, contendo a única pretensão rediscutir o julgador em caráter de revisão, ou seja, dando nova interpretação aos fatos, se sustentando em pontos subjetivos e não objetivos, alterando o enfoque emprestado a legislação e a jurisprudência, é evidente que a solução é de afastar a



existência de violação manifesta de norma jurídica.

Para este fim, no caso, é defeso à ação rescisória, porquanto o acórdão rescindendo, alcançou as interpretações dos arts. 110, 112, 113, 422 e 472, todos do Código Civil, provocados na petição inicial desta.

O Superior Tribunal de Justiça consubstancia este entendimento:

(...)

2. A jurisprudência do STJ possui o entendimento de que a Ação Rescisória não é o meio adequado para a correção de suposta injustiça da Sentença, apreciação de má interpretação dos fatos ou de reexame de provas produzidas, tampouco para complementá-la. Para justificar a procedência da demanda rescisória, a violação à lei deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua Literalidade. (REsp 1691712 / SP RECURSO ESPECIAL 2017/0201756-1 Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 16/11/2017)

Mesmo, se fosse possível entender que a versão da autora consta com respaldo na prova dos autos, de forma interpretativa, não cabe ação rescisória pela ausência de vício, preservando a questão que a injustiça não é admitida como pressuposto do art. 966, do CPC, pela evidente ofensa ao princípio da segurança jurídica calcada na coisa julgada.

Da lavra do e. **Ministro Herman Benjamin**:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EDUCAÇÃO. JUBILAMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. DESCABIMENTO. ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI NÃO CONFIGURADOS. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Rescisória, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por Cícero Silva Reis, visando desconstituir acórdão de mérito proferido na Ação Ordinária 5052317-58.2012.404.7100/RS, que julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade do ato de jubramento do autor.

2. A jurisprudência do STJ possui o entendimento de que a Ação Rescisória não é o meio adequado para a correção de suposta injustiça da Sentença, apreciação de má interpretação dos fatos ou de reexame de provas produzidas, tampouco para complementá-la. Para justificar a procedência da demanda rescisória, a violação à lei deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade.

3. In casu, a análise da pretensão recursal, no sentido de verificar a ocorrência de violação de lei e erro de fato a fim de determinar a procedência do pedido deduzido na Ação Rescisória, modificando o entendimento exposto pelo Tribunal a quo, exige o reexame de matéria fático-probatória, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

4. Ademais, o recorrente deixou de indicar, de forma inequívoca, os incisos do artigo 485 do CPC de 1973 supostamente violados pelo v. acórdão impugnado, o que caracteriza deficiência na fundamentação recursal, conforme a Súmula 284 do STF, in verbis: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

5. Recurso Especial não conhecido. (REsp 1702281 / RS RECURSO ESPECIAL 2017/0221267-6 Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 05/12/2017)

Sob o rótulo *violação manifesta da norma jurídica* se exige, de certo modo, a decisão tenha se encaminhado para uma solução que se denomina teratológica, sem que haja respaldo em texto legal e nos julgados do Tribunal e dos Tribunais Superiores.

*In casu*, inexistente a hipótese aventada, pois ao firmarem o contrato, como apontou o v. acórdão rescindendo, os pactuantes alcançaram um denominador comum, com objeto certo e lícito: venda de quotas sociais da empresa Sobar Alimentos Ltda., e seus utensílios. As condições do pacto restaram sopesadas pelos órgãos julgadores (singular e colegiado: sentença e acórdão), e a conclusão foi da validade e eficácia, persistindo as obrigações assumidas no instrumento particular.

Portanto, no dizer da autora, o que ocorreu foi injustiça na conclusão do julgado, o que não é motivo para justificar a ação rescisória, eis que imerece o conceito de vício, no encaminhamento do art. 966 do CPC.

Fulcra-se ainda:

PETIÇÃO RECEBIDA COMO AGRAVO INTERNO - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE - APLICABILIDADE - AÇÃO RESCISÓRIA - UTILIZAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE - ESCÓLIO JURISPRUDENCIAL - DELIBERAÇÃO MONOCRÁTICA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO RESCISÓRIO. INSURGÊNCIA DO AUTOR.

**1. Não é possível a utilização de ação rescisória como sucedâneo recursal na hipótese em que a pretensão deduzida se refere à revisão de interpretação jurídica adotada pelo STJ, porque a ação rescisória somente é cabível em eventual vício de formação da coisa julgada.** Precedentes: AR 4.176/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/06/2015, DJe 01/07/2015; AR 5655 / PA, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 22/08/2017; AgInt na AR 5791/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 02/03/2017; AR 4.000/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Terceira Seção, DJe 2/10/2015; AgRg na AR 3.867/PE, desta Relatoria, Segunda Seção, DJe 19/11/2014; AgRg na AR 5.159/RS, Rel. Ministra Nancy Andrihghi, Segunda Seção, DJe 19/8/2014. 2. Agravo interno desprovido. (PET na AR 4707 / MG PETIÇÃO NA AÇÃO RESCISÓRIA 2011/0126822-1 Relator(a) Ministro MARCO BUZZI (1149) Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO Data do Julgamento 22/11/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 28/11/2017)

Nestes dizeres, acompanha-se o voto do e. Des. Relator, porquanto entende-se não ter havido qualquer situação de afronto a texto ou norma jurídica, e sim, houve análise de prova e conclusão jurídica diversa dos interesses da autora, o que veda a rediscussão em sede de ação rescisória, ou até mesmo inovação de questões que deveriam ter sido apresentadas

na fase de resposta para proporcionar um pronunciamento judicial objetivo. (art. 336, CPC).

*Erro de fato: divergência*

Contudo, em relação a existência de erro de fato, suscitado na petição inicial, com a definição de decisão fundada em erro de fato verificável/inexistência de fato efetivamente ocorrido, relativo ao encerramento do contrato de locação, parte do objeto da promessa de compra e venda, ousou divergir.

Narra a exordial:

3.1 Art. 966, VIII, do Código de Processo Civil Decisão fundada em erro de fato verificável do exame dos autos acórdão rescindendo considera inexistente fato efetivamente ocorrido e existente fato que não ocorreu

E justifica em seu petítório:

40. Conforme ficou incontroverso nos autos da ação que deu origem ao acórdão rescindendo, nunca houve convergência entre a vontade da Autora que firmou o documento porque acreditava que os funcionários da Sobar Alimentos Ltda. Seriam previamente demitidos e a vontade dos Réus que tinham a intenção de não demitir os empregados da Sobar Alimentos Ltda. Essa divergência se tornou explícita em 14.04.2009, apesar de já existir desde o início das negociações. Isso é incontroverso, porque admitido pelos ora Réus na petição inicial apresentada na ação que deu origem ao acórdão rescindendo.

(...)

44. Assim, ficou ali incontroverso o fato de que nunca houve convergência de vontades entre as partes, fato esse completamente evidenciado na conversa por telefone realizada no dia 14.04.2009. Também é incontroverso o fato de que essa dissonância não foi sanada (as premissas foram admitidas na petição inicial da ação que deu origem ao acórdão rescindendo).

45. Nada obstante essa incontroversa ausência de convergência de vontades, o acórdão rescindendo julgou a lide com base na premissa de

que com a assinatura do pacto e o reconhecimento das assinaturas nele apostas, as quais foram certificadas pelos cartórios competentes em 14-4-2009 e 16-04-2009 [...], demonstrada está a válida manifestação expressa da vontade dos contratantes e, conseqüentemente, o estabelecimento do vínculo obrigacional entre as partes (fl. 485). Ao assim proceder, o acórdão que será objeto de ação rescisória fundamentou-se em erro de fato, que segundo o entendimento do STJ ocorre quando o órgão julgador imagina ou supõe que um fato existiu, sem nunca ter ocorrido ou quando simplesmente ignora fato existente, não se pronunciando sobre o mesmo (AgRg na AR n. 4.367, Primeira Seção, rel. Min. Castro Meira). Isso porque o acórdão rescindendo (a) supôs que houve convergência de vontades entre as partes, sendo que ela jamais existiu; e (b) simplesmente ignorou a incontroversa divergência de vontades entre as partes, não se pronunciando sobre esse fato. Destaca-se, por oportuno, que esses erros de fato influenciaram sobremaneira no julgamento cuja rescisão é ora pleiteada.

46. Assim, data venia, o acórdão em questão deve ser rescindido, nos termos do art. 966, VIII, do Código de Processo Civil, pois a decisão está fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

E ainda, 3.8 Art. 966, V, VII e VIII, do Código de Processo Civil Violação manifesta à norma jurídica disposta no art. 884 e 885 do Código Civil (vedação ao enriquecimento ilícito); Obtenção de prova nova; Decisão fundada em erro de fato verificável do exame dos autos (contrato que não tem mais objeto ou que, ao menos, teve o seu objeto reduzido a conteúdo insignificante) (fls. 784)

E narrou:

113. Ocorre que após o julgamento do acórdão rescindendo a Autora foi buscar informações junto à administração do Itajaí Shopping para averiguar a situação da loja cuja aquisição lhe estava sendo imposta. Para a sua surpresa, soube que não mais havia qualquer estabelecimento comercial da Sobar Alimentos Ltda. lá instalado. Os Réus permaneceram com a loja até 31/12/2010, data em que entregaram o ponto comercial ao Itajaí Shopping (fl. 650). Assim, desde 2011 (portanto antes da sentença e do acórdão rescindendo, julgado em 15.12.2015) já não perdurava mais o contrato de aluguel de loja celebrado entre a Sobar Alimentos

Ltda., por meio dos seus representantes (ora réus), e o Madeshopping Investimentos e Participações Ltda. Ou seja, os réus simplesmente esvaziaram o conteúdo econômico da contraprestação que deveriam oferecer em troca das prestações que estavam exigindo na ação, pois a loja que estaria sendo negociada simplesmente fechou suas portas, isso mais de 4 (quatro) anos antes de ser proferido o acórdão que será objeto de ação rescisória. Ou seja, exigem obrigação da Autora sem nem sequer haver possível contraprestação.

Ora, não há erro verificável na análise dos fundamentos jurídicos e dos fatos na ação de obrigação de fazer, por parte da e. Segunda Câmara de Direito Comercial.

Isto porque, o fato pretérito de ter encerrado o contrato de locação, e por isso, não haver mais obrigação da parte autora em substituir os fiadores, não esvazia a causa, apenas leva a discussão a ser realizada em outra seara judicial, que não a ação rescisória.

A ordem judicial encampada pela E. Segunda Câmara de Direito Comercial, mantendo a sentença no sentido de substituir os fiadores, sob pena de multa diária, reverte a questão a ser analisada na fase de cumprimento de sentença e não tem a natureza e o condão suficientes para anular ou nulificar o contrato de compra e venda de quotas societárias da empresa limitada.

Aliás, o acórdão rescindendo apontou, como obrigação sucessiva, a validade e eficácia do negócio jurídico reconhecido como hígido.

Portanto, esta discussão deve ser feita nos autos de cumprimento ou impugnação ao cumprimento de sentença e estaria limitada à existência de objeto da decisão mandamental, seu perecimento ou não e a *respectiva responsabilidade civil*.

Pelo documento de fls. 650, expediente eletrônico, houve informação do Shopping Itajaí dando conta que o contrato de locação se encerrou em 31/12/2010. Este expediente é datado em 22.11.2016. A

sentença é datada de 07/01/2014. Logo, se não existe contrato de locação, apenas inexiste parte do comando judicial, persistindo a declaração de validade do negócio jurídico (o principal) e a necessidade de transferência na Junta Comercial para a devida alteração do contrato social para os novos sócios adquirentes (consequência acessória).

Destaca-se que em ata de audiência (fls. 317) a autora (MK) informou o Juízo que a empresa “Sobar Alimentos” estava ativa, porquanto vem emitindo notas fiscais e fornecendo mercadorias. Ora, se havia ou não responsabilidade dos réus em continuar a sociedade nesta data e naquele local, ante o inadimplemento contratual da autora, é questão relativa e, como retro dito, deve ser objeto de análise no momento do cumprimento ou impugnação ao cumprimento da sentença, atendendo ao contraditório e a ampla defesa. Não pode ser reconhecido como matéria atinente a erro verificável, que trata o art. 966 do CPC, VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

A formação da decisão de mérito na ação obrigacional, qual seja, a validade do contrato de promessa de compra e venda de quotas de empresa limitada, além de seus utensílios, guarda distância olímpica do que se reconhece como *erro de fato* ao exame da prova.

Claro que uma empresa, pessoa jurídica de direito privado, não se encerra com o fechamento das portas, juridicamente falando. Exige-se atos muitos mais complexos. Além do que, o acórdão rescindendo atribuiu a culpa à autora ao reconhecer seu inadimplemento contratual por não ter praticados os atos necessários, deixando a parte contrária a sua mercê.

O contrato foi declarado válido e impunha a autora adotar todas as providências em prazos pré-estabelecidos para as transferências das quotas sociais (alteração contratual e registro na Junta Comercial) e substituição de fiadores no contrato de locação (onde estava estabelecida a empresa adquirida pela autora). Não o fez, agora lhe compete discutir

as consequências apenas no cumprimento de sentença e impugnação ao seu cumprimento, e jamais dar conotação de erro verificável ao exame da prova, pela simples extinção do contrato de locação.

Como dito pela própria autora, em novembro de 2016, quando foi dar cumprimento a ordem judicial de substituição de fiadores no contrato de locação, tomou ciência da extinção da avença de locação em 31.12.2010. Não havia nos autos, quer na época da sentença ou do acórdão rescindendo, a dita informação, configurando como mera situação de cumprimento da ordem e não a questão principal, o mérito da causa: validade e eficácia do contrato de compra e venda de quotas sociais.

A autora é titular da empresa Sobar Alimentos Ltda., com ou sem interesse em permanecer com ela (não é a discussão desta ação rescisória), até porque não há cláusula contratual neste sentido. Não assumiu a titularidade da sociedade conforme avençado nas peças processuais; e por sua conta e risco, devendo então restringir esta rescisória a validade do negócio jurídico, dada a impossibilidade de discutir a justeza da decisão rescindenda. E como não há vício, persiste a validade e eficácia, pelo princípio da segurança jurídica, da coisa julgada já estabelecida dentro da ampla defesa e do devido processo legal.

A elucidação do ‘erro de fato’ para justificar a pretensão rescisória, estaria dentro do que fosse entendido, se efetivamente existisse, ter o condão de modificar a decisão do Juiz/Câmara. Não é o caso dos autos.

Não se pode dizer que o fato da parte autora não ter interesse em persistir com os vínculos empregatícios existentes na época da transação da empresa Sobar Alimentos era responsabilidade dos réus, visto que não foi o delimitado no instrumento particular devidamente celebrado pelas partes.

A questão de não mais existir a sala locada no Itajaí Shopping para a autora manter a sede da Sobar Alimentos Ltda., pode ser reconhecida



como esvaziamento do objeto da ação obrigacional proposta pelos réus em face da ora autora. Até porque a situação é alheia ao principal objeto do pactuado: *“cessão de cotas comerciais como as instalações e equipamentos que permitam a utilização plena do fim comercial destinado”* (fls. 77).

As cotas da sociedade ainda existem e podem ser transferidos para a autora a qualquer tempo. Utensílios e estabelecimento ainda podem ser entregues à autora e, em caso negativo, podem ser convertidos em perdas e danos.

Destaca-se, por respeito, que as partes não negociaram o ponto comercial, porquanto este, como é da essência tem como titular o locador. Não há nos autos documento algum que informe a impossibilidade de reativar a locação de uma sala neste empreendimento comercial, e, mesmo que houvesse, a impossibilidade de cumprimento também se resolve com a conversão em perdas e danos.

Enfim, o objeto do contrato firmado entre as partes existe e está válido e eficaz. Qualquer impossibilidade de cumprimento, o legislador permite que a solução seja convertida por perdas e danos, a ser debatida em processo próprio: de cumprimento ou impugnação de sentença (continuação do processo propriamente dito) ou por ação autônoma.

Tanto é verdade que consta nos autos às fls. 652/654, valores referentes a tabela de preços do Itajaí Shopping, cessão de uso de lojas, dando como possível a locação ser reativada, e às fls. 655/656, os valores de montagem da loja. Esses documentos instruíram a petição da autora.

Observa-se que, quando da sentença (fls. 421/426), data de 07.01.2014, não havia a informação suscitada pela autora, aquela de fl. 650, acerca do encerramento do contrato de locação, eis que se trata de um e-mail datado de 22/11/2016, enviado do Itajaí Shopping para a advogada da autora.

A autora não se interessou em saber a situação da sede da empresa

cujas quotas sociais havia adquirido em abril de 2009, tendo sido notificada para cumprimento do contrato também em abril de 2009 e sofrido ação de obrigação de fazer neste mesmo ano. Somente em 2016 foi que se interessou, depois de ter a ciência da sentença e do v. Acórdão da Segunda Câmara de Direito Comercial – julgada em 02/02/2016 (fls. 475/495) e que fora publicado DJE em 15.02.2016 (fls. 496).

**Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha**, observam:

“que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente;” (ob. Cit., p. 423)

A informação é precária em relação ao objeto do contrato, e estava a disposição das partes, que não informaram o juízo a tempo e modo. Mesmo assim, não é situação de considerar erro de fato, como dito, pois ainda é possível verificar a existência do objeto do contrato - a transferência das quotas sociais e, a formação de contrato de locação – novo – junto ao Itajaí Shopping, porquanto não demonstrada de forma efetiva esta impossibilidade. Repete-se, no mais, que a matéria deve ser revisada em sede de cumprimento ou impugnação ao cumprimento de sentença, sendo possível a análise da conversão em perdas e danos.

Ainda a doutrina de **Fredie Didier Jr e Leonardo José Carneiro**:

“Trata-se, enfim, de uma suposição inexata, de um erro de percepção ou de uma falha que escapou à vista do juiz, ao compulsar os autos do processo, relativo a um ponto incontroverso. O erro de fato constitui um erro de percepção, e não de um critério interpretativo do juiz.

“Em suma, “dá-se o erro de fato quando a decisão for fundada na suposição de um fato inexistente, ou quando a decisão for fundada na suposição de um fato inexistente, ou quando considerar inexistente

um fato efetivamente ocorrido. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato, e que o erro se evidencie dos autos ou de documentos da causa (art. 485, IX, §§ 1º e 2º, do Código)” {ob. Cit. Pág. 425}

A ação de obrigação de fazer foi julgada com base num instrumento particular subscrito pelas partes (e com firmas reconhecidas), considerando a inexistência de prova do distrato e a única possibilidade de se fazer por escrito.

**Cristiano Imhof**, citando *Pontes de Miranda*, ao comentar o art. 955, inc. VIII, do CPC, escreve:

“For fundada em erro de fato verificável do exame dos autos – segundo Pontes de Miranda, ‘o que se revela com o erro de fato é a falta de coincidência entre a ideia e o estado verdadeiro da coisa ou do fato. O erro ou é erro em senso estreito (ideia falsa, em lugar de ideia verdadeira), ou falta de ideia ( o erro apenas é ignorância). Mesmo em caso de ideia errônea, não deixa de existir a manifestação de vontade. Sem o erro de fato a manifestação de vontade seria outra; mas houve, e pois existe. (...) O juiz pode ter ignorado a existência do fato como pode ter dito que existiu ou existe o que não existia ou não existe” (tratado de Ação Rescisória, 2ª edição. Ed. Bookseller, 2003, p. 342/343). Por expressa disposição do parágrafo 1º, há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado. “ (ob. Cit. P. 1419).

Não constitui em erro, dentro do conceito instituído pelo legislador, para justificar a ação rescisória, no inciso VIII, art. 966 do CPC, diante de que, nos autos, quer a época da sentença, quer a época do acórdão, inexistia a informação do encerramento do contrato de locação, em que a obrigação pactuada entre as partes, e reconhecida na ação obrigacional, era tão só de substituir os fiadores. O informe trazido, como já visto, veio após a decisão rescindenda, em que ambas partes detinham a

possibilidade de informar o juízo.

Em suma, a decisão rescindenda não admitiu fato inexistente, limitou-se ao contrato firmado entre as partes por instrumento particular, e, muito menos deixou de se basear em fato existente. Este por sinal, se tivesse a informação vindo a tempo e modo (encerramento do contrato de locação), não alteraria a conclusão do julgado, talvez a forma de cumprimento da obrigação, v.g., em vez de astreinte para substituição dos fiadores, a conversão por perdas e danos ou a formação de novo contrato de locação.

Ressalta-se, não há informe por parte da autora, da impossibilidade de celebrar novo contrato de locação junto ao Itajaí Shopping, deixando mais uma vez o juízo sem informação que lhe competia - questão adstrita à fase de cumprimento de sentença.

Alerta o mestre **Humberto Theodoro Júnior**, ao comentar “erro de fato” contido no art. 966, VIII do CPC:

Deve-se pois, por isso, interpretar restritivamente a permissão de rescindir a decisão por erro de fato e sempre tendo **em vista que a rescisória não é remédio próprio para verificação do acerto ou da injustiça da decisão judicial, nem tampouco meio de reconstituição de fatos ou provas deficientemente expostos e apreciados em processo vindo.** (Ob. Cit. P. 866)

Prossegue o renomado Doutrinador:

“São os seguintes os requisitos para que o erro de fato dê lugar à rescindibilidade:

- (a) o erro deve ser a causa da conclusão a que chegou a decisão:
- (b) o erro há de ser apurável mediante simples exame das peças do processo, “não se admitindo, de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz ou que ocorreria o fato por ele considerado inexistente,
- (c) não pode ter havido controvérsia entre as partes, nem

pronunciamento judicial no processo anterior sobre o fato. “ (ob. Cit. P. 867).

Então, como base nestas premissas, temos que, a decisão quer da sentença, quer do acórdão (rescindendo) não teve como base a falta da informação do encerramento do contrato de locação e sim, na existência de um contrato de compra e venda de quotas comerciais e na ausência de distrato deste.

Nos autos da ação obrigacional, não era possível verificar a existência do fato: *extinção de vínculo dos contratos de trabalhos da Sobar Alimentos por obrigação dos réus da rescisória e, o fim do contrato de locação onde estava estabelecida a Sobar Alimentos, pela ausência de informação dos litigantes ao juízo*. Falta também o segundo pressuposto.

Citado por **Barbosa Moreira** refere:

“Deve ser concluir, com *Humberto Theodoro Júnior*, que ‘o pensamento da lei é o de que só se justifica a abertura de via para rescisão quando seja razoável presumir que, se houvesse atentado na prova, o juiz não teria julgado no sentido de que julgou. Não, porém, quando haja ele julgado

em tal ou qual sentido, por ter apreciado mal a prova em que atentou.” (ob. Cit. P. 867)

No mesmo pensar, **José Janguê Bezerra Diniz**:

“O erro relevante, no caso, é o que passou despercebido pelo juiz, o qual deu como existente um fato que não existiu, ou vice-versa. “ (ob. Cit., p. 118)

Também reproduz os pressupostos para o reconhecimento, no andar de **Humberto Theodoro Júnior** (ob e p. cit), mister colacionar o seguinte:

“O erro de fato deve surgir de forma clara e incontestável. O erro é de percepção, jamais de interpretação. O julgador percebe algo que não existe no mundo real, ou deixa de perceber o que realmente existe. Na

interpretação, existe uma apreciação prévia da matéria, não se podendo falar em erro de fato, mas sim, quando muito, em má apreciação da prova.

“O erro de fato tem que ser demonstrado pelo melhor exame das provas constantes nos autos, e não por meio de novas provas.” (ob. E p. Cit.)

Destacam **Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero**, que o erro de fato verificável na ação rescisória:

“é preciso que exista nexó de causalidade entre ele e a sentença rescindenda. É necessária, em outras palavras, que um erro de fato tenha determinado o resultado da sentença.” (ob. Cit. P. 624)

Não custa repetir, a decisão rescindenda se baseou na existência do instrumento particular de compra e venda, em que as partes assumiram as obrigações ali descritas. No caso da autora, a compra de quotas de empresa com utensílios, devendo promover atos da alteração do contrato social e substituição de fiadores no contrato de locação, afasta a questão do distrato ‘verbal’ (via telefone) e da pendência da obrigação da parte contrária em face aos vínculos trabalhistas com os colaboradores da Sobar Alimentos Ltda. Não há nulidade ou vício em relação ao término do contrato de locação noticiado a destempo pela parte autora. Ou seja, não há eficácia para alterar o resultado da ação obrigacional – a sentença mandamental propriamente dita. A autora foi reconhecida inadimplente de uma obrigação declarada válida e eficaz mediante instrumento particular com firmas reconhecidas.

Esclarece **Pontes de Miranda** ao tratar de erro de fato para ação rescisória:

**“Se o juiz, na sentença, disse que constam dos autos documentos ou outra prova que não existe, ou que deles não consta documento ou prova que foi produzida, há, evidente, erro de fato. Idem, se, na sentença, cita trecho de documento que nele não está ou que é diferente (cf Francesco Severio Gargiulo, II Códice di Procedura**

Civile, III, 367); ou se a sentença ser funda em ter havido perícia ou testemunho, que não foi feito, ou em ser pai ou mãe da parte a pessoa a que não permitiu o depoimento. “ (ob. Cit. P. 654/655).

Efetivamente não ocorreu na decisão rescindenda a afirmação da existência de fato não reconhecido pelas partes. A controvérsia foi existente em relação ao contrato de compra e venda de quotas de empresa limitada, na forma do instrumento elaborado e firmado pelas partes, com firma reconhecida. A apreciação da eficácia e ineficácia deste, se baseou nos ditames do Código Civil pela Câmara Julgadora.

**Leonardo Grecco** escreve sobre erro de fato:

“Há erro de fato quanto a sentença admitir fato inexistente, ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido. Ou seja, a sentença baseou-se em fatos ou na inexistência deles, o que não corresponde à verdade. Houve erro quanto à verdade fática. É preciso que a falsa percepção da realidade revelada na sentença tenha sido decisiva para o julgamento da causa, não tendo relevância o erro que não tenha influenciado substancialmente no julgamento da causa. A conclusão da sentença a respeito do suporte fática sobre o qual fez incidir a norma de direito deve ter sido contrário à realidade, afetando diretamente essa incidência. “ (Instituições de Processo Civil, Forense, 2015, vol. III, p. 349)

O v. Acórdão - decisão rescindenda - baseou-se no instrumento particular de cessão de quotas da sociedade comercial, que repousa nos autos e a ele se ateve, dentro da interpretação de normas jurídicas cabíveis a espécie. Ficou estritamente ligado com a verdade dos fatos.

A pretensão colida na exordial se mostra como remédio de revisão de decisão puramente simples, o que é vedado pelo legislador, porquanto impõe pressupostos determinados, taxativos, para a ação rescisória, ante o princípio da segurança jurídica inerente à coisa julgada.

A respeito, precedentes desta Corte de Julgamento:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - SENTENÇA

- REINTEGRAÇÃO DE POSSE - CPC/1973, ART. 485, V E IX - DOCUMENTO NOVO - AUSÊNCIA - ERRO DE FATO - INOCORRÊNCIA

1 Documento novo é aquele ignorado pela parte na demanda originária, seja porque não sabia de sua existência, seja porque não era possível dela fazer uso durante o trâmite dessa ação. Não configura essa condição legal a prova que a parte deixou de apresentar porque revel.

**2 Inexiste erro de fato - aquele que decorre de uma suposição inexistente, de um equívoco de percepção ou de uma falha que escapou à vista do juiz - quando a sentença rescindenda obteve conclusão com lastro nos elementos colhidos nos autos, mormente na presunção de veracidade decorrente da revelia.** (Processo: 0150143-36.2015.8.24.0000 (Acórdão) Relator: Luiz César Medeiros Origem: Capital Orgão Julgador: Quinta Câmara de Direito Civil Julgado em: 10/10/2016 Classe: Ação Rescisória)

E,

AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE COBRANÇA. COMISSÃO DE CORRETAGEM. ALEGAÇÃO DE ERRO DE FATO ACERCA DO VALOR TOTAL DO NEGÓCIO CONSIDERADO COMO BASE PARA O CÁLCULO DA COMISSÃO, O QUE TERIA TAMBÉM INFLUENCIADO NA DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. VÍCIO DO INCISO IX DO ART. 485 DO CPC/1973 NÃO VERIFICADO. POSSÍVEL ERRO MATERIAL QUE PODERIA TER SIDO CORRIGIDO POR MEIO DE RECURSO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DO JULGADO. AÇÃO QUE NÃO PODE SER UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

O erro capaz de ensejar pretensão rescisória consiste na admissão de um fato inexistente ou na desconsideração da existência de um fato efetivamente ocorrido (art. 485, § 1.º, do Código de Processo Civil de 1973) e, por sua vez, não açambarca a análise sobre a correta interpretação do magistrado sobre os fatos trazidos à tona pelas partes e sobre as provas produzidas, além do que essa hipótese somente pode ser aventada caso não tenha havido na demanda originária controvérsia



e pronunciamento judicial sobre o ponto litigioso (art. 485, § 2º, da mesma Lei Instrumental).

Assinale-se, pois, não servir a ação rescisória como sucedâneo recursal, ainda que o julgado rescindendo contivesse erro material, que poderia ter sido corrigido, a seu tempo, pela parte interessada, por meio do recurso cabível. Ressalta-se que tal circunstância, por si só, não é capaz de dar azo à desconstituição da sentença sob a alegação de existência de erro de fato. (Processo: 0079397- 56.2009.8.24.0000 (Acórdão) Relator: Joel Figueira Júnior Origem: Canoinhas Órgão Julgador: Grupo de Câmaras de Direito Civil Julgado em: 10/08/2016)

No corpo do d. Acórdão, o e. **Des. Joel Dias Figueira Júnior** doutrina:

É cediço que o erro rescisório consiste na admissão de um fato inexistente ou na desconsideração da existência de um fato efetivamente ocorrido (art. 485, § 1º, do Código de Processo Civil/1973). Além disso, é necessário que o erro de fato que autoriza a ação rescisória não tenha sido objeto da dialética processual e, precipuamente, não tenha havido qualquer pronunciamento jurisdicional acerca da controvérsia.

Acerca dos pressupostos para configuração do erro de fato, leciona José Carlos Barbosa Moreira:

a) que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem o erro de fato a conclusão do juiz houvesse de ser diferente;

b) que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorra o fato por ele considerado inexistente;

c) Que “não tenha havido controvérsia” sobre o fato (§ 2º);

d) Que sobre ele tampouco tenha havido “pronunciamento judicial” (§ 2º). (Comentários ao Código de Processo Civil. Vol V.: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: forense, 2008. p. 149-150).

Ainda, o ilustre doutrinador, sobre o vício em comento,

complementa:

Em outras palavras: a hipótese não é a de que o órgão judicial tenha chegado à conclusão a que chegou por meio de raciocínio, exposto na motivação, em cujas premissas figure expressamente a afirmação do fato não ocorrido ou a negação do fato ocorrido. O que precisa haver é incompatibilidade lógica entre a conclusão enunciada no dispositivo da sentença e a existência ou inexistência do fato, uma ou outra provada nos autos mas porventura não colhida pela percepção do juiz, que, ao decidir, pura e simplesmente saltou por sobre o ponto sem feri-lo. Se, ao contrário, o órgão judicial, errando na apreciação da prova, disse que decidia como decidiu porque o fato ocorrera (apesar de provada nos autos a não-ocorrência), ou porque o fato não ocorrera (apesar de provada a ocorrência), não se configura o caso do inciso IX. A sentença, conquanto injusta, não será rescindível (Op. cit., p. 152).

De qualquer sorte, o erro rescisório não açambarca a análise sobre a correta interpretação do Magistrado sobre os fatos trazidos à tona pelas partes e sobre as provas produzidas, sob pena de estar-se admitindo a possibilidade de desconstituição da decisão em qualquer situação de inconformismo do litigante vencido, que poderia sempre apontar um equívoco do julgador capaz de dar azo à ação rescisória e, assim, comprometer sobremaneira a tão decantada coisa julgada.

O e. Superior Tribunal de Justiça em decisão da lavra do e. **Min. Marco Buzzi**, disse:

“O erro de fato, a autorizar o manejo da ação rescisória (art. 485, IX, do CPC/73, equivalente ao art. 966, §1º, do CPC/15), é somente aquele verificado por situação provada nos autos e ignorada pelo julgador, não sendo cabível a rediscussão de matéria devidamente enfrentada e dirimida em decisão judicial transitada em julgado.”(STJ, AgInt no AREsp 371.917/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017).

A alegação do ‘distrato por via de telefonema’ já foi ventilada nos autos, e a do fim do encerramento do contrato de locação, por imprudência de ambas as partes, veio aos autos após a decisão rescindenda, contudo,

sem o condão de alterar o julgado e se constituir como matéria da fase de cumprimento de sentença, pois não adstrito ao mérito propriamente dito.

O **Ministro Paulo de Tarso Sanseverino** ementou:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA MULTITUDINÁRIA. SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA POR CONSÓRCIO NACIONAL FORD LTDA COM O OBJETIVO DE RESCINDIR ACÓRDÃO QUE O CONDENOU À RESTITUIÇÃO DAS COTAS DE CONSORCIADOS DESISTENTES. COMARCA DE PARANAÍ. ERRO DE FATO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVA DO ERRO QUE NÃO CONSTA DOS AUTOS DO PROCESSO ORIGINÁRIO. MICROFILMES DE CHEQUES NOMINAIS. DOCUMENTOS NOVOS. ART. 485, VII, DO CPC. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO. VERIFICAÇÃO DA REGULARIDADE DOS DOCUMENTOS EM FACE DA LEI N. 5.433/68 E DO DECRETO 1.799/96 E ANÁLISE DA CONFIGURAÇÃO DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ POR PARTE DOS REÚS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Recurso especial representativo de controvérsia multitudinária, considerando o ajuizamento de mais de duas mil ações na Comarca de Paranaíba/PR, por meio das quais consorciados desistentes residentes em diversos Estados da Federação e representados pelos mesmos advogados buscavam a restituição das cotas pagas ao Consórcio Nacional Ford.

2. Ação rescisória ajuizada pelo Consórcio Nacional Ford com o objetivo de rescindir o acórdão que o condenou à restituição das cotas pagas, com fundamento em erro de fato e em documento novo.

**3. Não configuração do erro de fato, pois a prova do erro não constou dos autos do processo originário, conforme determina o art. 485, IX, do CPC, tendo sido apresentada apenas na ação rescisória.**

(...) (REsp 1135563 / PR RECURSO ESPECIAL 2009/0069958-1 Relator(a) Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO (1144)

Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO Data do Julgamento 12/06/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 17/06/2013) (grifei)

E,

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA AÇÃO RESCISÓRIA. INDEFERIMENTO LIMINAR DA PETIÇÃO INICIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. ERRO DE FATO (ART. 966, VIII, § 1º, DO CPC/2015). INEXISTÊNCIA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL ANTERIOR. DECISÃO MANTIDA.

1. O pedido de rescisão de julgado fundado em erro de fato pressupõe que o erro, apurável mediante simples exame das provas constantes dos autos da ação originária, seja relevante para o julgamento da causa e que a questão não tenha sido objeto de controvérsia nem de pronunciamento judicial.

2. No caso concreto, o autor alega que, apesar de o fato efetivamente existir, foi considerado inexistente pelo julgado rescindendo. Entretanto, tal matéria fática foi objeto de discussão no acórdão rescindendo, o que impede a apreciação do pedido de rescisão do julgado com fundamento no art. 966, VIII, § 1º, do CPC/2015.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt na AR 5959 / CE AGRAVO INTERNO NA AÇÃO RESCISÓRIA 2016/0338126-1 Relator(a) Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA (1146) Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO Data do Julgamento 22/11/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 04/12/2017)

Da lavra do **Min. Herman Benjamin**, temos:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ANISTIA POLÍTICA. MILITAR LICENCIADO DA AERONÁUTICA. INGRESSO POSTERIOR À PORTARIA 1.104/GM3-64. MOTIVAÇÃO POLÍTICA NÃO EVIDENCIADA. ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI NÃO CONFIGURADOS. REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. SÚMULA 07/STJ

1. Cuida-se, na origem, de Ação Rescisória ajuizada por Decio

Tadeu Bertagnoli e outros, com base no art. 485, V e IX, do CPC, visando desconstituir julgado proferido nos autos de Ação Declaratória de condição de anistiado político.

2. A jurisprudência do STJ possui o entendimento de que a Ação Rescisória não é o meio adequado para a correção de suposta injustiça da Sentença, apreciação de má interpretação dos fatos ou de reexame de provas produzidas, tampouco para complementá-la. Para justificar a procedência da demanda rescisória, a violação à lei deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade.

3. In casu, a análise da pretensão recursal, no sentido de verificar a ocorrência de violação de lei e erro de fato a fim de determinar a procedência do pedido deduzido na Ação Rescisória, modificando o entendimento exposto pelo Tribunal a quo, exige reexame de matéria fático-probatória, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

4. Ademais, impende ressaltar que o acórdão rescindendo decidiu a controvérsia em conformidade com a jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, “os ex-cabos que ingressaram na Aeronáutica posteriormente à vigência da Portaria 1.104/GM3-64 tinham prévia ciência da impossibilidade de engajamento ou reengajamento, após 8 (oito) anos de serviço ativo, não determinando a possibilidade do reconhecimento da condição de anistiado político” (AgRg no Ag 967.379/PE, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 9/12/08). 5. Recurso Especial não conhecido. (REsp 1691712 / SP RECURSO ESPECIAL 2017/0201756-1 Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 16/11/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2017)

Mais,

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO AO ART. 485, V DO CPC/1973. A AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO INCISO V DO ART. 485 DA LEI PROCESSUAL, EXIGE QUE A VIOLAÇÃO DE LEI SEJA LITERAL, DIRETA, EVIDENTE, DISPENSANDO O REEXAME DOS FATOS DA

CAUSA. A OFENSA A PRECEITO NORMATIVO, POR SI SÓ, NÃO SE CARACTERIZA COM O MERO INCONFORMISMO COM O DESLINDE DA QUESTÃO E NÃO AUTORIZA A DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA. DESCABIMENTO DA RESCISÃO DA SENTENÇA POR ERRO DE FATO SE O ALEGADO FATO FOI OBJETO DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. AGRAVO INTERNO DO SEGURADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O cabimento da Ação Rescisória com base em violação literal a disposição de lei somente se justifica quando a ofensa se mostre aberrante, cristalina, observada primo oculi, consubstanciada no desprezo do sistema jurídico (normas e princípios) pelo julgado rescindendo.

2. No caso dos autos, contudo, a alegação do segurado não evidencia que o acórdão rescindendo haja ofendido a literalidade dos dispositivos legais invocados. Na verdade, pretende rediscutir a matéria já decidida, traduzindo-se em mero inconformismo com o deslinde da questão, o que entretanto, não autoriza a desconstituição da coisa julgada com base no art. 485, V do CPC.

3. É firme a orientação desta Corte de que o erro de fato que justificaria a propositura da Ação Rescisória, não é aquele que resulta da má apreciação da prova, mas sim o que decorre da ignorância de determinada prova, face à desatenção nas apreciações dos autos, o que não se verifica na hipótese em exame. (AgInt no REsp 1412343 / RS AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2013/0343991-3 Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 17/10/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 31/10/2017)

Com propriedade, o **Min. Og Fernandes** observa:

(...)

**2. A ação rescisória é medida excepcional, cabível nos limites das hipóteses taxativas de rescindibilidade previstas no art. 485 do CPC/1973 (vigente na data da publicação do provimento jurisdicional impugnado), em razão da proteção constitucional à coisa julgada e do princípio da segurança jurídica.** (...) (REsp 1435859)

/ PE RECURSO ESPECIAL 2014/0031521-0 Relator(a) Ministro OG FERNANDES (1139) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 21/09/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 28/09/2017)

Neste quesito, concludo, S.M.J., a absoluta ausência de erro de fato verificável ao exame da prova no julgado rescindendo da e. Segunda Câmara de Direito Comercial desta Corte decorrente da discussão jurisdicional efetiva em relação à validade e eficácia do instrumento particular de compra e venda de quotas da empresa Sobar Alimentos Ltda.

Destarte, está vedada a pretensão desta ação rescisória, por ser indevido o uso para substituir ou suplementar o que já fora analisado e decidido por órgão jurisdicional, prevalecendo a coisa julgada e a segurança jurídica.

#### Prova nova – informação encerramento contrato de locação

A questão da parte autora ter trazido informação da extinção do contrato de locação onde estava sediada a Sobar Alimentos, ocorrido este em 31.12.2010, tendo de forma imprudente informado o juízo apenas após a decisão da apelação cível perante a Segunda Câmara de Direito Comercial, está desvinculada de mérito da ação obrigacional: validade, eficácia e cumprimento das obrigações contratuais. Não enseja o acolhimento desta.

Ainda, permito-me discorrer sobre a questão de documento novo para ação rescisória, para evitar dúvidas futuras e talvez, embargos de declaração, isto em relação ao e-mail de fls. 650, referente a informação nele contida:

“O contrato de locação em questão encerrou-se na data de 31 de dezembro de 2010”

Este expediente eletrônico, como já visto, é datado de 22.11.2016, às 15h39min, e se trata de resposta data pelo jurídico do Itajaí Shopping

a pedido da d. Advogada da autora, formulado em data de 22/11/2016, às 10h46min.

Pois bem,

As partes firmaram o contrato em 14 e 16/09/2009 e as firmas reconhecidas (77/83). A autora foi notificada judicialmente pelos réus para cumprimento das obrigações contratuais inadimplidas em 19.06.2009 (certidão oficial de justiça – fls. 94). Apresentou contestação nos autos da ação de obrigação de fazer (fls. 116/126) em data de 05.10.2009. Sentença de 07.01.2014 publicada no DJE de 14.02.14 (fls. 385/389). Interposta a Apelação pela MK, em 28.02.14 (fls. 394/406). Acórdão da apelação de 02.02.2016 (fls. 475/495). E somente após a decisão rescindenda, transcorridos mais de nove meses, que se preocupou em informar o juízo o estado atual da sua empresa adquirida por quotas sociais, Sobar Alimentos Ltda..

É evidente que não pode ser considerado documento novo, mediante a informação nele contida, porquanto estava a disposição das partes, dentre elas a autora. Por imprudência deixaram autora e réus de informar o juízo, de tal sorte que este fato não altera o julgado rescidendo, mantendo-se a coisa julgada e a segurança jurídica.

Dispõe o texto de lei, art. 966, do CPC:

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, **prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;**

O documento não era novo, estava a seu dispor, porque nenhuma informação veio da negativa do Itajaí Shopping em prestar tal informação. Daí, não há que se falar em 'ignorância' ou impossibilidade de fazer uso.

Também, forçoso é reconhecer que tal prova, como já debatido retro, não é capaz de alterar o pronunciamento judicial a seu favor. No máximo, altera o comando judicial a favor ou contra. Veja-se.



A favor, impor que a parte adversa ‘pague uma multa ou uma indenização por perdas e danos’; adversa, que dispõe que a parte autora faça novo contrato de locação direto com o Itajaí Shopping, locador.

Então, não se trata de documento, e sim, mera informação, porquanto, na espécie, o que merecia a atenção do juízo é declaração de vontade das partes, o encontro de interesses que levou a formação do instrumento particular de compra e venda de quotas da sociedade Sobar Alimentos Ltda..

O que se tem, no referido documento, é apenas uma informação, que, passado tempo após, o contrato de locação se encerrou.

Esta “prova nova”, informação do Itajaí Shopping que a locação se encerrou em 31.12.2010, ofertada somente em 22.11.2016, não constitui ao seu mérito fato novo capaz de alterar a solução dada na ação obrigacional, quanto a causa de mérito. empresa.

Adverte **Pontes de Miranda**:

“O documento tem que ser capaz de, por si só, assegurar pronunciamento favorável. “por si só. “ Está, aí, em vez de ‘bastante’, ‘suficiente’. (não quer dizer isso) que não se possa propor ação rescisória se era ignorado a existência de dois ou mais documentos, que depois da sentença se obtiveram, se eles bastam (+são capazes) para assegurar pronunciamento favorável sobre todos os pontos da sentença. Ou um ou dois ou mais sobre um ponto, ou um ou dois ou mais sobre outro ponto ou sobre outros pontos. Um documento, por exemplo, pode ser quanto à interrupção da prescrição; e o outro ser sobre a dívida. O que se exige é que o documento ou os documentos apresentados sejam suficientes para o pronunciamento favorável. SE havia as provas *a*, *b*, e *c*, que o juiz reputou insuficientes, e o documento *d*, que se invoca e se apresenta na ação rescisória, tem de levar o juiz favoravelmente o rescisório, por serem *a*, *b*, *c* e *d* bastantes, a ação rescisória é de propor-se.” (ob. Cit. P. 635).

Perfil o entendimento de que o expediente eletrônico, no contexto da prova dos autos, não serve como “*prova nova*”, *documento*

*novo*, não passando de simples informação que estava no alcance das partes, bastante ambas serem meidanamente diligentes, ou seja, deixaram de acompanhar os fatos e trazer a informação ao juízo a tempo e modo. Ademais, o que consta no expediente de fl. 650 não tem vínculo algum com a questão meritória da causa.

E prossegue **Pontes de Miranda**:

O documento que se obteve, sem que dele tivesse notícia ou não tivesse podido usar o autor da ação rescisória, que foi vencido na ação em que se proferiu a sentença rescindenda, tem de ser bastante para que se julgasse procedente a ação. Ser bastante, aí, é ser necessário, mas não é de exigir-se que só ele bastasse, excluído outro ou excluído outros que foram apresentados. O que se exige é que sozinho ou ao lado de outros, que constaram dos autos, seja suficiente. (ob. Cit. P. 637).

Com a informação de que não havia mais o contrato de locação, persistiria, por certo, a conclusão na decisão rescindenda quanto a eficácia e validade do contrato de compra e venda de quotas comerciais, além de afastada a interpretação no sentido da inexistência de um distrato.

Aliás, não há que se dizer em documento novo, agora na nova legislação processual, capaz de alterar a conclusão do julgador na ação ordinária de obrigação de fazer, por si só.

Destaca **Humberto Theodoro Júnior**:

“... Logo, não será lícito pretender completar a força de convencimento do documento novo com outras provas cuja produção se intente realizar, originariamente, nos autos da rescisória.

Note-se que apenas a prova (documento) é que deve ser nova, não os fatos probandos. Não é lícito, portanto, ao vencido, a pretexto de exibição de documento novo, inovar a *causa petendi* em que se baseou a decisão. “ (ob. Cit. P. 864)

A autora trouxe como ‘prova nova’ a correspondência eletrônica dando ciência do encerramento do contrato de locação, assim dito:

“O contrato de locação em questão encerrou-se na data de 31 de dezembro de 2010.” (fls. 650)

Isto, ao meu sentir, vem informar um fato novo, periférico - solução em outro meio processual como foi expresso - e que não atinge o mérito da questão debatida na ação ordinária de obrigação de fazer, e por isso é insuficiente para alterar a conclusão do julgado rescindendo.

Esta mesma informação não esclareceu o motivo que se encerrou o contrato locação: por interesse dos réus, do locador, da autora, etc.

Destaca o e. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DOCUMENTO NOVO. CONCEITO. PRECEDENTES. DOLO DA PARTE VENCEDORA EM DETRIMENTO DA PARTE VENCIDA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

**2. O documento novo, apto a aparelhar a ação rescisória, deve ser preexistente ao julgado rescindendo, de existência ignorada ou de que não pode a parte fazer uso, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável.**

3. O conhecimento do presente especial, no que se refere à alegação de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, demandaria nova incursão fático-probatória, inviável tendo em vista a incidência da Súmula nº 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido. ( AgRg no Ag 1265966 / RJ AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2010/0003147-1 Relator(a) Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA (1147) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 04/10/2011, Data da Publicação/Fonte DJe 10/10/2011)

Bem, por um lado, não temos documento novo, ou melhor, prova nova, mas tão somente uma informação de fato não essencial a solução da lide. Ademais, esta informação estava acessível à parte que, quer por imprudência ou negligência, deixou de levar ao conhecimento do juízo.

Desta corte:

AÇÃO RESCISÓRIA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PROVA TESTEMUNHAL - DOCUMENTO NOVO - PROVA INCAPAZ DE TRAZER PRONUNCIAMENTO FAVORÁVEL À AUTORA - CONTRARIEDADE AO ART. 485, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - IMPROCEDÊNCIA

“O documento novo deve ser de tal ordem que, sozinho, seja capaz de alterar o resultado da sentença rescindenda, favorecendo o autor da rescisória, sob pena de não ser idôneo para o decreto de rescisão” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery). {Processo: 2007.004727-4 (Acórdão) Relator: Luiz Carlos Freyesleben Origem: Criciúma Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Civil Julgado em: 12/11/2009 Juiz Prolator: Nao Informado Classe: Ação Rescisória)

Elucida o e. Des. Alcides Aguiar

AÇÃO RESCISÓRIA - AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO - ART. 485, VII E IX DO CPC - ERRO DE FATO E DOCUMENTO NOVO - CONCEITOS - PRESSUPOSTOS NÃO CONFIGURADOS - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Configura-se erro a teor do art. 485, IX §§1º e 2º do CPC quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido; sendo, ainda, indispensável que sobre eles não tenha havido controvérsia ou pronunciamento judicial

De qualquer modo se a decisão enfrentou os fatos e as provas, mas deu interpretação diversa da pretendida pela demandante, não há que se falar em erro, pois a rescisória não se presta para apreciar a boa ou má apreciação dos fatos, ao reexame da prova produzida ou a sua complementação.

**Deve-se entender por documento novo aquele que**

**embora contemporâneo à prolação da sentença, a parte não tinha conhecimento de sua existência, ou se o tivesse, não possuiu condições de usá-lo, e se usado fosse asseguraria ao autor pronunciamento judicial favorável.**

Refere-se o dispositivo à obtenção de documento, não à descoberta, pelo interessado, de fato cuja existência ignorasse; pois somente a prova (documento) é que deve ser nova e não os fatos probandos. (Processo: 2004.010146-5 (Acórdão) Relator: Alcides Aguiar Origem: Bom Retiro Orgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Comercial Julgado em: 13/10/2005 Juiz Prolator: Mário Bianchini Filho Classe: Ação Rescisória) (grifei)

Para a interpretação de ‘prova nova’ se impõe os seguintes pressupostos: 1º) ignorância da parte de sua existência; 2º) ser ao tempo da decisão rescindenda; 3º) se de conhecimento da parte, tenha demonstrado a impossibilidade de usá-lo, e, 4º) capaz de alterar o julgamento .

A informação de que o contrato de locação se encerrou estava na posse do locador, após 31/12/2010, ou seja, ao fácil e pleno alcance da autora. É mera informação e não fato ao tempo do julgado. Inexiste qualquer alegação de impossibilidade da autora em ter acesso a referida informação. Não era capaz de alterar o julgamento a seu favor, eis que não afeta o mérito da questão na ação ordinária de obrigação de fazer.

#### Outros argumentos

Para evitar possível embargos aclaratórios e ainda, objetivando exaurir as discussões, passo a análise de alguns argumentos que entendo importantes.

No dizer da validade e do erro de fato, constou na petição inicial desta demanda:

4. Os sócios da sociedade franqueada redigiram, então, o CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE CESSÃO DEFINITIVA DE QUOTAS DE SOCIEDADE LIMITADA (fls. 77/85), o qual foi entregue aos sócios da sociedade franqueadora. Estes

o assinaram e reconheceram firma em 13 de abril de 2009 (fls. 82/85). O instrumento de contrato foi devolvido aos promitentes vendedores ainda no dia 13.04.2009 para que eles o assinassem e o devolvessem aos promitentes compradores em 48 horas (conforme a cláusula segunda, parágrafo único fl. 78). (fls. 755).

A autora teve o contrato em mãos, ficou em posse do mesmo e tomou a ciência e consciência do seu objeto e dos seus direitos e obrigações. Nele, não estava prescrito o fim do vínculo

trabalhista dos empregados. Logo, o acórdão rescindendo interpretou como sendo aquela a vontade persistente entre as partes.

Ora, também, não tratou o instrumento particular de promessa de compra e venda a questão do ponto comercial.

Não se pode confundir: distrato com arrependimento. Se a autora se arrependeu, é permitido admitir. Mais, forçoso é reconhecer a ausência de distrato e por consequência qualquer vício na formação de vontade até subscrever o pacto e reconhecer suas assinaturas.

Salienta-se que na peça exordial, no item '16' (fls. 756), a autora admite que seu sócio fora notificado para cumprimento das cláusulas do contrato, em data de 19.06.2009, formando a ciência inequívoca da intenção da parte adversa em cumprir o acordado e subscrito pelas partes. Figura-se daí, despropositada a alegação de que, vencidos três meses, a requerida deixou de adquirir produtos da requerente, sem que não houvesse ocorrido comunicação.

Esta notificação serviu para constituir a autora em mora das obrigações assumidas, não sendo crível que nada tenha feito, quer para cumprir o acordo (ação de cumprimento da obrigação sofrida pela autora ajuizada em 21.07.2009), quer com medidas para desnaturalizar as obrigações.

Agora, pretende que, pelo fato de que, em 31.12.2010, o contrato

de locação tenha se encerrado, responsabilizar os requeridos pelo descumprimento das obrigações, com viés de ausência de objeto do contrato de cessão de quotas empresarias, impondo-lhes os ônus que já não tinham mais, pela existência do negócio jurídico válido e eficaz. {{ Esta discussão da responsabilidade é matéria a ser adentrado com afinco em momento oportuno, bem verdade, não o é na ação rescisória }}

É de conhecimento, que as quotas sociais se transferem com a devida anotação na Junta Comercial, após pactuado pelas partes como fora no presente caso.

Aqui, impõe observar a existência da empresa Sobar Alimentos Ltda., inexistindo qualquer circunstâncias legal para a sua extinção. Indevida é a conclusão de que, com o ‘possível’ desfazimento do negócio do contrato de locação, se extinguiu a pessoa jurídica Sobar Alimentos Ltda. Sua existência é higida no mundo jurídico, porque se quer foi agitada a questão.

O fato de os réus não pedirem mais mercadorias para a autora após o contrato de cessão de quotas (três meses depois), não leva a possibilidade de ser reconhecida como encerrada a atividade empresarial da Sobar Alimentos Ltda.

A Sobar Alimentos Ltda está apta ao exercício das atividades, ante as normas jurídicas aplicáveis à espécie. Se de fato não está com atuação, não leva ao reconhecimento de sua extinção.

Quem adquire as quotas de uma sociedade comercial, detém a responsabilidade de adotar as providências para o exercício regular de suas atividades ou do seu encerramento.

Afirmou a autora que os réus, na petição da ação ordinária, admitiram e confessaram, formando fato incontroverso, que a decisão rescindenda não respeitou a questão do aviso prévio. Ledo engano.

O que ocorreu, foi que, após formar o contrato, dia 14.09.2009,

a autora passou a criar imposições e que não restaram pactuados, prevalecendo o que já estava pactuado, sem adendos. Veja-se:

“Dia 14 de abril de 2009, véspera de assumir a loja e com contrato assinado, o réu por seu sócio Murilo Napolini informou que espera pelo aviso prévio indenizado dos funcionários e que ele não garantiria a estabilidade de funcionário nenhum.

“Após isso foram infrutíferas as tentativas de composição, inclusive sendo necessária a notificação judicial (045.09.004705-7) junto a Comarca de Palhoça, que surtiu efeito de reiniciar as tratativas mas que se encerraram sem que o Réu manifestasse o cumprimento dos ditames contratuais. “ (fls. 59)

Da simples leitura, percebe-se que não houve acertos após a contratação formada, de forma eficaz e válida, não sendo motivo para autorizar a parte autora a se desvincular das obrigações assumidas formalmente. Esta foi a conclusão da decisão rescindenda.

Vedado pois, com base em interpretação jurídica diversa da decisão rescindenda, fazer uso da ação rescisória pararevisitar a matéria debatida, vestindo-a de um ‘novo recurso’.

Por fim, mister citar o enunciado de súmula 343 do e. Supremo Tribunal Federal:

*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.*

O **Min. Marco Aurélio** da Suprema Corte, ementa:

(...) AÇÃO RESCISÓRIA – ERRO DE FATO – INADEQUAÇÃO DA RESCISÓRIA. Erro de fato pressupõe não ter havido controvérsia nem pronunciamento judicial a respeito, considerada a decisão rescindenda. (AR 1176 / GO - GOIÁS AÇÃO RESCISÓRIA Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Revisor(a): Min. MIN. GILMAR MENDES Julgamento: 03/08/2017 Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Aliado está este voto, no pensar do e. Supremo Tribunal Federal,



em acórdão do e. **Min. Luiz Fux**:

AGRAVO INTERNO NA AÇÃO RESCISÓRIA. PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DO QUE DECIDIDO NO MS 30.839. ART. 102, I, J, DA CRFB/88. ART. 966 DO CPC/2015. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE NORMA JURÍDICA, SURGIMENTO DE PROVA NOVA E ERRO DE FATO. REQUISITOS DA AÇÃO RESCISÓRIA NÃO CARACTERIZADOS. ARGUMENTOS JÁ ANALISADOS E AFASTADOS PELA PRÓPRIA DECISÃO RESCINDENDA. MERA REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ APRECIADA POR ESTE TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DESTA VIA PROCESSUAL PARA TAL FIM. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

**1. A ação rescisória é via processual inadequada à mera rediscussão de questões já expressa e fundamentadamente enfrentadas no julgamento rescindendo. 2. In casu, as alegações de violação a dispositivo de norma jurídica, surgimento de prova nova e erro de fato (art. 966, V, VII e VIII, do CPC/2015), não restaram demonstradas. 3. Agravo interno desprovido. (AR 2594 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NA AÇÃO RESCISÓRIA Relator(a): Min. LUIZ FUX Revisor(a): Min. MIN. ROSA WEBER Julgamento: 19/05/2017 Órgão Julgador: Tribunal Pleno))**

O princípio da segurança jurídica também é selecionado para dar respaldo a conclusão que ora se adota, recepcionado pelo e. Superior Tribunal de Justiça:

**(...) 2. A ação rescisória é medida excepcional, cabível nos limites das hipóteses taxativas de rescindibilidade previstas no art. 485 do CPC/73 (vigente na data da publicação do provimento jurisdicional impugnado), em razão da proteção constitucional à coisa julgada e do princípio da segurança jurídica. (...)** (AR 4232 / SC AÇÃO RESCISÓRIA 2009/0062849-3 Relator(a) Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (1182) Ministro JOEL ILAN PACIORNIK (1183) Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 27/09/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 11/10/2017)

A relativização da coisa julgada não pode ser pulverizada. O

legislador a previu em situações excepcionalíssimas. No caso em tela, deve-se observância ao princípio da segurança jurídica, em que o Estado procura a harmonização do conflito, pondo-se ao encerramento do processo, sem haver a possibilidade de reabrir a discussão por meio da ação rescisória.

O E. **Des. Newton Trisotto** desta Corte de Justiça, elucida:

Conforme Sebastián Soler, “sem segurança jurídica não se pode viver”. Adverte Alberto Xavier: “O direito é por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras estão as pessoas que têm certeza de que o direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado e dos demais cidadãos dele não discreparão. Há segurança jurídica - noção muito mais fecunda, ampla e sadia que o conceito de segurança nacional - onde haja ‘rigorosa delimitação das esferas jurídicas e, sobretudo no campo do Direito Público, como uma estrita testada dos direitos subjetivos privados - liberdade e propriedade - ela não poderia deixar de se apoiar num princípio que conferisse estabilidade às esferas assim delimitadas, subtraindo a atividade dos cidadãos das áreas do contingente e do arbitrário’”. Para o Ministro Carlos Ayres Brito, é “projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito” (MS n. 24.448). (AC n. 2011.013694-5)

E ao arremate, o e. **Des. Pedro Manoel Abreu**, servível ao caso concreto:

*O julgamento da ação rescisória, por seu efeito extremo de mutação da coisa julgada, exige demasiada cautela, não se afigurando possível revisar decisão trânsita pela simples reiteração dos argumentos expendidos na ação original sem apontamento específico sobre no que se pautou a violação.*

*Em observância ao instituto da coisa julgada e, por conseguinte, ao princípio da segurança jurídica, que se refere à busca da necessária estabilidade das relações jurídicas, o autor da ação rescisória deve demonstrar erro de extrema gravidade no acórdão rescindendo, hábil a desconstituí-*

*lo. Mero inconformismo da parte ou a simples pretensão de rediscutir a causa não dão ensejo a esse tipo de ação. As hipóteses de cabimento da ação rescisória estão expressamente previstas no art. 485 do Código de Processo Civil, sendo incabível seu ajuizamento tendo como causa de pedir qualquer outra motivação. (AR 1.905/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 12.12.2007) {Processo: 2008.015283-9 (Acórdão) Relator: Pedro Manoel Abreu Origem: Concórdia Orgão Julgador: Grupo de Câmaras de Direito Público Julgado em: 13/10/2010 Classe: Ação Rescisória}*

Nestas linhas, não vislumbro o sucesso perpetrado.

### III - CONCLUSÃO

Por esses motivos, datíssima vênia, voto divergente ao e. Desembargador Relator, para:

3.1) JULGAR IMPROCEDENTE a presente ação rescisória proposto por MK Marketing e Franchising Ltda. em face de Nelson José Karan Althoff, para manter hígida a decisão da e. Segunda Câmara de Direito Comercial desta Corte, nos autos da apelação cível n. 2014.027876-1 (autos na origem 0052026-48.2009.8.24.0023)

3.2) e por conseguinte, condeno a parte autora em custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor atribuído à causa (R\$ 1.008.832,18 – fls. 802), o que faço com fulcro no art. 85, § 2º, e incisos, do CPC.

Salienta-se que a verba honorária sucumbencial está atendendo a emenda da inicial de fls. 802, e fixado em respeito ao grau de zelo, lugar da prestação, natureza e importância da causa e do trabalho realizado.

3.3) com o julgamento da ação rescisória, tida principal, declara-se prejudicado o agravo interno n. 4015919- 59.2016.8.24.0000/50001 (acessória), pela perda de objeto, em que são agravantes os réus da ação rescisória.

3.4) em atendimento ao art. 974, parágrafo único do CPC <sup>1</sup>, os depósitos exigidos pelo art. 968, inc. II, do CPC, equivalente a 5% (cinco por cento sobre o valor da causa), residentes as fls. 800 e 804 (807), **NÃO** se reverterá em favor dos réus, porquanto a decisão foi por ‘maioria de votos’.

3.5) o pagamento das custas processuais foi apenas sobre R\$ 719.865,49, desconsiderando a emenda da inicial (fls. 802) que alterou o valor da causa para R\$ R\$1.088.832,18. Assim, as custas devem ser recalculadas sobre este valor, inclusive apurando-se diferenças.

3.6) proceda-se a comunicação ao MM. Juízo de origem.

É como voto.

---

<sup>1</sup> Art. 974. Julgando procedente o pedido, o tribunal rescindirá a decisão, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito a que se refere o inciso II do art. 968. Parágrafo único. Considerando, por unanimidade, inadmissível ou improcedente o pedido, o tribunal determinará a reversão, em favor do réu, da importância do depósito, sem prejuízo do disposto no § 2o do art. 82.

**Ação Rescisória n. 4015919-59.2016.8.24.0000 da Capital**

Relator designado: Des. Guilherme Nunes Born

*Declaração de Voto Vencido do Desembargador Newton Varella Júnior*

AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E PAGAR QUANTIA. CONTRATO DE PROMESSA DE CESSÃO DE QUOTAS DE SOCIEDADE LIMITADA. PARTES QUE MANTINHAM RELAÇÃO DE FRANQUIA E TRANSACIONARAM A AQUISIÇÃO DO ESTABELECIMENTO E DA RESPECTIVA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. ACÓRDÃO EM SEGUNDO GRAU QUE MANTEVE A CONDENAÇÃO DA PROMITENTE COMPRADORA, ORA AUTORA, A CUMPRIR OS TERMOS ACORDADOS.

**CASO CONCRETO.** DECISÃO RESCINDENDA QUE MANTEVE A HIGIDEZ DO CONTRATO ENTABULADO E IMPUTOU O INADIMPLENTO À DEMANDANTE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA (ART. 966, INCISO V, DO CPC), OBTENÇÃO DE PROVA NOVA (ART. 966, INCISO VII, DO CPC) E ERRO DE FATO (ART. 966, INCISO VIII).

**JUÍZO RESCINDENTE.** REJEIÇÃO DO VÍCIO DE VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE DISSONÂNCIA NORMATIVA NA DECISÃO IMPUGNADA. PRETENSÃO DE REDISSCUSSÃO DE TESES DEFENSIVAS. INCIDÊNCIA DA EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA. OBSERVÂNCIA DO ART. 508 DO NOVO DIPLOMA

PROCESSUAL. AFASTAMENTO DE OBTENÇÃO DE PROVA NOVA. PREVISÃO QUE NÃO SE CONFUNDE COM ALEGAÇÃO DE FATO NOVO. LITIGANTES QUE NÃO NOTICIARAM NOS AUTOS O ENCERRAMENTO

DA PARCERIA DE FRANQUIA, COM A DEVOLUÇÃO DO PONTO COMERCIAL E CONSEQUENTE EXTINÇÃO DA LOCAÇÃO NELE ESTABELECIDO. INFORMAÇÃO QUE SOMENTE APORTOU A *LATERE* NAS CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO DOS DEMANDADOS. MATÉRIA QUE NÃO FORA PONTO CONTROVERTIDO ASSIM COMO OBJETO DE PRONUNCIAMENTO PELO JUÍZO *A QUO* OU CORTE *AD QUEM*. CONFIGURAÇÃO DE SUPERVENIENTE IMPOSSIBILIDADE DO OBJETO. COGNIÇÃO DA CRISE DE DIREITO MATERIAL QUE IMPRESCINDIA DA VALORAÇÃO DA QUESTÃO FÁTICA OMITIDA, INCLUSIVE DE OFÍCIO. HIPÓTESE TÍPICA DE ERRO DE FATO. INTELIGÊNCIA DO ART. 966, INCISO VIII, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

“Em outras palavras: a hipótese não é a de que o órgão judicial tenha chegado à conclusão a que chegou por meio de raciocínio, exposto na motivação, em cujas premissas figure expressamente a afirmação do fato não ocorrido ou a negação do fato ocorrido. O que precisa haver é a incompatibilidade lógica entre a conclusão enunciada no dispositivo da sentença e a existência ou a inexistência do fato, uma ou outra provada nos autos mas porventura não colhida pela percepção do juiz, que, ao decidir, pura e simplesmente saltou por sobre o ponto sem feri-lo. Se, ao contrário, o órgão judicial, errando na apreciação da prova, disse que decidia como decidiu porque o fato ocorrera (apesar de provada nos autos a nãoocorrência), ou porque o fato não ocorrera (apesar de provada a ocorrência), não se configura o caso do inciso IX. A sentença, conquanto injusta, não será rescindível” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 5, p. 152, grifou-se).

PROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCINDENTE POR ERRO DE FATO QUE SE IMPÕE.

**JUÍZO RESCISÓRIO.** EXAURIMENTO DA FINALIDADE SOCIOECONÔMICA DO CONTRATO.

CAUSA DO NEGÓCIO JURÍDICO FUNDADA NO APROVEITAMENTO LUCRATIVO DO PONTO COMERCIAL OBJETO DE TRANSPASSE. BASE OBJETIVA DO CONTRATO PREJUDICADA. *FATTISPECIE* CARACTERIZADA PELA IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DA OBRIGAÇÃO DE AQUISIÇÃO DO ESTABELECIMENTO, BEM COMO PERDA DE UTILIDADE DA OBRIGAÇÃO REMANESCENTE DE COMPRA DA RESPECTIVA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. HIPÓTESE DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. INVIABILIDADE DA CONTRAPRESTAÇÃO DE PAGAMENTO EXIGIDA PELOS RÉUS. DEMANDA ORIGINÁRIA PROPOSTA COM A ESTRITA FINALIDADE DE CUMPRIMENTO DO CONTRATO. DISCUSSÃO DA CULPA PELA INEXECUÇÃO DESINFLUENTE NO CASO. DEBATE PERTINENTE À EVENTUAL DEMANDA RESOLUTÓRIA. PEDIDOS CONDENATÓRIOS JULGADOS IMPROCEDENTES.

**ÔNUS SUCUMBENCIAIS.** APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. LITIGANTES QUE DERAM IGUALMENTE CAUSA À RESCISÓRIA. DESPESAS PROCESSUAIS DIVIDIDAS PRO RATA, EM 50% PARA CADA QUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 10% SOBRE O VALOR DA CAUSA. FRACIONAMENTO TAMBÉM PROPORCIONAL EM 50% EM FAVOR DOS RESPECTIVOS CAUSÍDICOS.

**DEPÓSITO OBRIGATÓRIO.** PROCEDÊNCIA DA RESCISÓRIA QUE IMPÕE A DEVOLUÇÃO EM FAVOR DA AUTORA. APLICAÇÃO DO ART. 974, *CAPUT*, DO DIGESTO ADJETIVO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

## RELATÓRIO

Trata-se de Ação Rescisória proposta por MK Marketing e Franchising Ltda. (pp. 753-800), por meio da qual objetiva a rescisão da decisão proferida nos autos da ação ordinária de cumprimento de obrigação de fazer e pagar n. 0052026-48.2009.8.24.0023 (Apelação Cível n. 2014.027876-1), ajuizada por Nelson José Karam Althoff e Suzana Karam Althoff.

Em suas razões, em suma, iniciando pelo relato histórico, aduziu que: 1) sendo detentora da marca Mini Kalzone, celebrou, em 2005, contrato de franquia com os Réus, os quais, depois insatisfeitos, procuraram-lhe para que comprasse as cotas da Sobar Alimentos Ltda., bem como o respectivo estabelecimento comercial localizado no Itajaí Shopping; 2) mostrou interesse no negócio, desde que os funcionários fossem previamente demitidos; 3) os sócios da sociedade franqueada redigiram o contrato, o qual foi assinado e entregue para que o assinassem e devolvessem; 4) somente firmou os termos do negócio por acreditar que todos os funcionários teriam seus contratos de trabalho rescindidos, redigindo cláusula específica nesse sentido; 5) antes dos Demandados assinarem o contrato, em 14-4-2009, foi comunicada por telefone que não seriam apresentados os avisos prévios indenizados, porque não os demitiria, resultando infrutíferas as tentativas de composição; 6) ficou incontroversa a manifesta inexistência de encontro de vontades entre as partes; 7) a ausência de acordo foi confirmada diante da ausência de contrariedade ao fato de não ter assumido as atividades da Sobar Alimentos Ltda., pois os Acionados continuaram a solicitar periodicamente os bens de consumo como franqueados, além de não ter havido a devolução do contrato; 8) ocorre que os Requeridos, maliciosamente, procederam à assinatura do contrato, sendo notificada extrajudicialmente para receber o instrumento; 9) na sequência, estes ajuizaram a demanda ora discutida, julgada procedente; 10) inconformada, interpôs Apelação, ficando



mantidos os comandos principais; 11) após o julgamento final, descobriu que não havia mais qualquer estabelecimento, pois os Réus entregaram o ponto comercial em 21-12-2010; 12) diante do cumprimento provisório da sentença por parte dos Demandados, inexistindo ainda a certificação do trânsito em julgado, manejou tutela cautelar antecedente à ação rescisória, a qual foi extinta monocraticamente pela inadequação da via eleita; 13) opôs Embargos de Declaração para reverter a decisão terminativa, esclarecendo a desistência dos Recursos Especial e Extraordinários interpostos, tendo sido determinada a intimação dos Réus para apresentarem contrarrazões; e 14) como foi certificado o trânsito em julgado, peticionou requerendo a conversão do procedimento para a presente ação rescisória.

Na sequência, ingressando na causa de pedir, sustentou que: 15) a decisão está fundada em erro de fato (art. 966, inciso VIII, do CPC), uma vez que inexistiu convergência de vontades entre as partes, inexistindo também mais contraprestação possível por parte dos Réus; 16) houve manifesta violação à norma jurídica (art. 966, inciso V, do CPC): 16.1) do art. 334 do CPC, pois era desnecessário comprovar o conteúdo da conversa mantida entre as partes, sendo incontroverso o desencontro de vontades; 16.2) do art. 113 e 422 do CC, na medida em que os Réus ofenderam a boa-fé objetiva, seja porque era conhecida a condição de que comprariam apenas as quotas sociais e o estabelecimento, sem assumir vínculos empregatícios prévios, seja porque forçaram posteriormente o cumprimento do contrato, mesmo após ter transcorrido mais de dois meses sem qualquer manifestação; 16.3) art. 110 do CC, visto que era de conhecimento dos Demandados sua reserva mental de adquirir somente as cotas sociais e o estabelecimento sem qualquer vinculação aos funcionários previamente empregados; 16.4) do art. 112 do CC, haja vista que o negócio deve ser interpretado conforme a intenção das partes, sobretudo quando os termos do contrato foram redigidos pelos Acionados; 16.5) do art. 472 do CC, pois que não havia contrato

a distratar, bem como poderia este ser verbal ou tácito; 16.6) do art. 138 do CC, porquanto ficou caracterizado erro substancial diante da ausência de intenção de adquirir as cotas de uma sociedade com os vínculos laborais mantidos; 16.7) do art. 884 e 885 do CC, porque foi esvaziado o conteúdo econômico do contrato com a entrega do ponto comercial e encerramento da locação, sendo também indevida a cobrança de juros moratórios pela continuidade da atividade empresarial por parte dos Requeridos; e 17) houve obtenção de prova nova, conforme autoriza o art. 966, inciso VII, do CPC, uma vez que, diante da superveniente inexistência do estabelecimento, é impossível o cumprimento da obrigação de alteração dos fiadores do contrato de locação.

Pugnou, assim: a) a conversão do processo cautelar para ação rescisória; b) a concessão da tutela de urgência, suspendendo-se a execução do acórdão rescindendo; c) a procedência dos pedidos formulados, a fim de rescindir o acórdão proferido; d) o re julgamento da Apelação então interposta, julgando-se improcedente a demanda originária, ou, subsidiariamente, que a Câmara anterior profira novo julgamento do Recurso; e d) a condenação dos Réus nos ônus da sucumbência.

Em decisão monocrática (pp. 810-815), determinou-se: I) a conversão da tutela cautelar antecedente em ação rescisória; II) a alteração do valor da causa, devendo ser proporcionalmente integralizado o depósito obrigatório; III) a concessão da medida liminar pleiteada, suspendendo-se o cumprimento da decisão rescindenda; e IV) a citação da parte contrária para apresentar resposta.

Atendendo ao comando inicial, corrigiu-se o valor da causa e completou-se o depósito obrigatório (pp. 605-607).

Inconformados, os Demandandos interpuseram Agravo Interno contra a decisão liminar (pp. 1-7 do dependente de final 50001), apresentando a Demandante suas contrarrazões para manutenção do interlocutório (pp. 11-16).

Devidamente citados, os Réus ofereceram contestação (pp. 843-854), na qual, também em resumo, sustentaram que: 1) caso não tivesse havido convergência de vontades, o contrato sequer teria sido redigido, inexistindo prova do alegado; 2) adentrar na rediscussão de tal ponto seria permitir uma interminável insegurança jurídica; 3) o distrato por meio das supostas ligações foi rechaçado pelos juízos atacados, bem como a Autora desistiu de ouvir a testemunha que ela mesmo havia arrolado; 4) o contrato deveria ser distratado por escrito; 5) se tivesse sido ajustado entre as partes a dispensa dos funcionários, tal situação estaria prevista no instrumento; 6) a Demandante busca reanalisar tudo que o Judiciário já apreciou em dois graus de jurisdição; 7) na cláusula discutida consta a responsabilidade dos vendedores pelas obrigações, mas nada consta que seriam efetuadas dispensas de funcionários; 8) se para os sócios da Acionante o contrato estava omissivo ou ambíguo, mas mesmo assim assinaram e não contestaram, é porque estavam de acordo com as condições estabelecidas; 9) na sua contestação na demanda, a Autora não alegou que não tinha interesse na devolução do contrato; 10) a sua boa-fé restou demonstrada durante o feito e até mesmo antes do ajuizamento da lide com a notificação judicial; 11) o interregno entre a data do contrato até a notificação foi de pouco mais de um mês, inexistindo má-fé ou desinteresse em não cumprir o estabelecido; 12) considerando que a demanda objeto da rescisória trata de ação cominatória, não é possível entender que não tinham a intenção de cumprir o contrato, do contrário não teriam buscado judicialmente seu cumprimento; 13) o contrato prevê sua duração por trezentos dias, devendo ser respeitado; 14) caso tivessem a intenção de distratar, não teriam ajuizado ação cominatória, senão deixado fluir o prazo; 15) a Requerente deveria ter manifestado sua intenção de distrato, quedando-se inerte na produção de prova testemunhal nesse sentido; 16) o que deixou de haver foi a assunção pela Autora de sua responsabilidade, impondo a obrigação de continuidade do contrato de franquia; 17) a Acionante limitou-se a fazer “nova narrativa” dos fatos, tentando dar nova interpretação e buscando novo julgado;

18) a execução só atingiu vultosa monta por culpa exclusiva da parte contrária; 19) a Demandante cumpriu parte do mandamento sentencial, tendo efetivado a alteração contratual perante a Junta Comercial; 20) foi a Acionante quem deixou de opor Embargos de declaração, levantando somente em rescisória a omissão noticiada; 21) a continuidade da avença ocorreu para que não houvesse alegação de descumprimento do contrato de franquia, não se tratando de distrato tácito, mas de boa-fé objetiva; e 22) fizeram uso da exceção do contrato não cumprido.

Pleitearam, assim, a improcedência do pedido formulado, bem como a condenação da Autora nos ônus sucumbenciais.

É o bosquejo do necessário.

## VOTO

Em primeiro lugar, para melhor visualização do julgamento, registro que o voto vai estruturado em tópicos, apreciando-se detidamente os três juízos a que podem dar azo à ação rescisória: 1) o pertinente à cognoscibilidade da *actio*, em que se aprecia sua admissibilidade em geral; 2) o consistente no *iudicium rescindens*, isto é, no juízo rescindente da decisão acobertada pela coisa julgada, em que se avaliam os vícios de rescindibilidade alegados na exordial; e 3) mas somente se for caso, o *iudicium rescissorium*, vale dizer, o juízo rescisório ou de rejuízo da causa originária.

### **A) Juízo de admissibilidade.**

No plano do conhecimento, consoante previamente destacado na decisão inaugural (pp. 810-811), encontram-se presentes a exposição e pedidos típicos inerentes à pretensão deduzida, revelando-se igualmente evidenciados a legitimidade e interesse processual na rescisão objetivada, tendo sido retificado o valor da causa para corresponder ao proveito

perseguido no cumprimento de sentença (pp. 605-607).

Ademais, impende pontuar que a procuradora ostenta capacidade postulatória específica para o ajuizamento (p. 42), estando também devidamente certificado o último trânsito em julgado 13-12-2016 (pp. 794-799), de modo que a rescisória proposta em 16-02-2017 (pp. 753-793) foi tempestivamente movida dentro do prazo bienal previsto no art. 975, *caput*, do Código de Processo Civil.

Por último, versando a causa somente sobre direitos individuais disponíveis, a teor do art. 967, parágrafo único, do Diploma Adjetivo, afigura-se desnecessária a intervenção do Ministério Público ou da Procuradoria de Justiça para atuarem como fiscais da ordem jurídica.

#### **A) Juízo rescindente.**

##### **a.1) Considerações iniciais e delineamento da *ratio decidendi*.**

Passo, agora, ao juízo de rescisão da decisão impugnada que condenou a Autora, como promitente compradora, a cumprir as obrigações entabuladas no “Contrato Particular de Promessa de Cessão Definitiva de Quotas de Sociedade Limitada” (pp. 77-84), do qual os Réus constaram como promitentes vendedores.

A fim de facilitar a visualização dos comandos revestidos da coisa julgada, transcrevo primeiro o dispositivo da sentença (pp. 385-389), proferida pela Magistrada Cleni Serly Rauen Vieira, na qual foi confirmada a existência, validade e eficácia do contrato, assim como a inexecução por parte da Demandante, *in verbis*:

Ante o exposto, com fulcro no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados por Nelson José Karam Althoff e Suzana Goulart Karam Althoff para:

a) determinar que a ré entregue aos autores a alteração do contrato social com a assinatura, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), procedendo-se também o

registro na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina (JUCESC);

b) determinar que os réus providenciem a substituição dos fiadores do contrato de locação, no prazo de 30 (quinze) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais);

c) condenar a ré ao pagamento das parcelas vencidas do contrato, incidindo sobre cada parcela a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista no parágrafo único da cláusula terceira, além de juros de mora a partir da citação e correção monetária a contar do vencimento da cada prestação;

d) condenar a ré ao pagamento de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato, nos termos da cláusula quinta. Condene a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, a teor do art. 20, §3º, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitada e cumprida, arquivem-se, com as baixas de estilo.

(pp. 388-389).

Diante da Apelação interposta pela Acionante, colaciono também o dispositivo do julgamento efetuado pela Segunda Câmara de Direito Comercial (pp. 474-495), de que foi Relator o Exmo. Des. Altamiro de Oliveira, em que foi confirmada a integridade da avença e inexecução da Acionante, retificando-se apenas os encargos acessórios (ponto não atacado, embora decorrente), *verbatim*:

Decisão: por votação unânime, reconhecer a ocorrência de sentença *citra petita* e, com base no art. 515, § 1º, do CPC, julgar parcialmente procedente o pedido inicial para admitir a exigência da multa no equivalente a 1% sobre o valor do contrato, em razão do descumprimento da cláusula segunda do pacto em questão; reconhecer a ocorrência de sentença *ultra petita* e anular a parte do decisum referente à condenação da ré ao pagamento da multa de dez por cento sobre o valor do contrato; e conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais. (p. 476).

Pois bem.

Antes de mais nada, salta aos olhos que a crise de direito material somente chegou ao ponto ora conturbado diante de uma flagrante omissão no decorrer do processado primevo.

De fato, não era admissível que os Litigantes, que mantinham uma relação de franquia, não noticiassem nos autos em que controvertiam que encerraram a parceria comercial, sobretudo, o que tem toda a importância no caso, que houve a devolução do ponto comercial do estabelecimento, com a consequente extinção da locação nele estabelecido, isso ainda em 21-12-2010 (p. 650)!

Vale memorar, por este ângulo, que a sentença somente foi prolatada depois de três anos, em 7-1-2014 (p. 389), ao passo que o julgamento da Apelação é datado de 2-2-2016 (p. 477), após mais dois anos, sendo que o único ensejo em que a informação aportou nos autos ocorreu nas contrarrazões dos Demandados (p. 442), mas unicamente a *latere*, sem qualquer destaque e sem extrair dela as consequências que seriam próprias, passando despercebida aos juízos cognitivos então realizados.

Nesse cenário, avulta incontestemente que a causa, tal como processada, exigia maior compromisso com a veracidade e mesmo efetividade da Jurisdição, hoje propalado como princípio da colaboração, previsto no art. 6º da nova Codificação Processual, mercê do que desvela-se impossível que essa verdadeira lacuna no julgamento, que não foi suscitada *opportuno tempore*, possa reverter em benefício ou prejuízo de um ou outro.

Enfatizo, portanto, para ser equânime, que a censura recai tanto sobre a Autora, que sabia que não existia mais o objeto contratual, quanto sobre os Réus, que igualmente sabiam que não havia mais o estabelecimento a ser objeto de transpasse, acerca do que, aliás, na contestação a esta rescisória (pp. 843-854), simplesmente silenciaram a respeito.

Vêm-me a mente, na espécie, dois brocardos de todo aplicáveis ao

caso objeto da presente, quais sejam *impossibillium nulla obligatio est* (é nula a obrigação impossível) e *nemo auditur turpitudinem allegans* (ninguém pode aproveitar-se da própria torpeza).

Por outras palavras, e aqui invoco Néelson Hungria, que se notabilizou quando ocupou uma cadeira no Supremo Tribunal Federal, rememoro a oportunidade em que denegou um pleito de intervenção federal, aforada por ausência de pagamento de precatório, assim o fazendo por carência de fundos, e não retardamento voluntário, então externando: “Onde não há, até rei perde” (IF 20, Rel. Néelson Hungria, Tribunal Pleno, j. 3-5-1954).

Na espécie, adianto que a *res iudicata*, por mais obséquo que se lhe empreste em favor da estabilidade e segurança jurídica, realmente deve ser transpassada, pois que configurada típica hipótese de erro de fato, ex vi do art. 966, inciso VIII, do Código de Processo Civil, a implicar novo rejuízo da causa.

Com efeito, o objeto da decisão rescindenda, na essência, foram dois, a saber, a integridade *lato sensu* do contrato entabulado (sua existência, validade e eficácia) e, de outro, a imputação inicial do inadimplemento a um dos Litigantes (quem teria dado causa à inexecução da avença).

Nessa configuração, como ponto nevrálgico do presente voto, assento que impressiona, dos argumentos levantados na exordial, somente a omissão quanto à superveniente impossibilidade do objeto — que, como salientei, exsurgiu ainda durante o trâmite do feito na primeira instância, sendo em momento algum apreciada, seja pelo Juízo *a quo*, seja por esta Corte *ad quem*.

O fato, porém, é que essa premissa fática efetivamente infringe, na minha avaliação, a higidez do julgamento anterior, razão de ser para a procedência do juízo rescindente.

A única maneira de reverter esse quadro seria fazer um *discrímen*



mui técnico em favor da coisa julgada, no sentido de que o julgamento anterior não debateu a matéria questionada, e por esse motivo não poderia ser impugnado sem que se incorresse em contradição com o quanto lá firmado, deslocando-se a controvérsia para a impugnação ao cumprimento de sentença por tratar-se de circunstância superveniente.

Defensável, mas não razoável, e deixo isso consignado porque é natural que a força da coisa julgada crie uma natural resistência, de que não fui menos inclinado a princípio, à reabertura de um caso julgado sob o pálio da preclusão máxima.

As razões pelas quais não adiro a semelhante intelecção serão abaixo esquadrihadas ao ensejo do acolhimento do erro de fato alegado.

Por outro quadrante, embora o fato a ser considerado somente tenha exsurgido após a estabilização da relação jurídica, impende salientar que a receptividade ao plano dos fatos é corporificada, como não poderia deixar de ser, no art. 493, do *caput*, do novo Diploma Processual (equivalente ao art. 462 do Código Buzaid), *ad litteram*:

Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

*In casu*, embora fosse admissível a consideração superveniente do fato, caso as Partes tivessem trazido a lide por inteiro para ser julgada, para fins da presente rescisória, anoto que a diferença é que a relação processual anterior encontra-se encerrada, dando azo a uma hipótese de rescindibilidade.

Mister adentrar, agora, no que foi objeto de deliberação na demanda originária, do que extraio duas consequências de relevo para o deslinde do feito: primeiro, o que implicará na efetiva rescisão, que em momento algum foi cogitado o encerramento da franquia ou da devolução do ponto comercial; e segundo, que por sua vez impedirá a

rescisão, na inviabilidade de revolver matérias de direito relacionadas ao quanto foi certificado precedentemente.

No que interessa, considerando que o acórdão do julgamento da Apelação manteve a sentença no essencial, faço expressa remissão ao corpo do voto do então Relator, a afastar qualquer dúvida nesta extensão, *ipsis litteris*:

Superada a questão, verifica-se que as partes pactuaram “Contrato Particular de Promessa de Cessão Definitiva de Quotas de Sociedade Limitada” (fls. 24-27), destinado à aquisição, pela apelante, da “integralidade das quotas da sociedade ‘Sobar Alimentos Ltda’, pessoa jurídica de direito privado [...], loja Mini Kalzone bem como as instalações e equipamentos que permitam a utilização plena do fim comercial destinado, conforme anexo descritivo de bens” (cláusula primeira, fl. 24).

Disso retira-se que, com a assinatura do pacto e o reconhecimento das assinaturas nele apostas, as quais foram certificadas pelos cartórios competentes em 14-4-2009 e 16- 4-2009 (fl. 27v.), demonstrada está a válida manifestação expressa da vontade dos contratantes e, conseqüentemente, o estabelecimento do vínculo obrigacional entre as partes.

Diga-se, ainda, que consta da cláusula terceira do pacto que “o presente contrato de venda tem prazo de 300 (trezentos) dias, a contar da data deste contrato e será pago [...]”. Assim, como observado na sentença vergastada, o contrato passou a fazer lei entre as partes a partir das assinaturas nele apostas, não dependendo de qualquer outra condição para a sua eficácia.

Ademais, verificada, mediante as firmas apostas no ajuste, a aceitação imediata dos termos pactuados, não há se falar em aplicação do contido no art. 431 do Código Civil.

(pp. 484-485).

Outrossim:

Por outro lado, alega a apelante que o contrato não se perfectibilizou

por culpa exclusiva dos autores, uma vez que as vias do pacto lhes foram entregues, no dia 13-4-2009, para assinatura e reconhecimento de firma, e não foram prontamente devolvidas, pois o autor, Sr. Nelson, fez contato telefônico com o sócio da ré, Sr. Murilo Napolini, por volta das vinte e uma horas do dia 14-4-2009, no qual demonstrou a intenção de desfazer ou repactuar os termos do ajuste, já que nele não havia disposição acerca da continuidade ou rescisão do contrato de trabalho dos funcionários do estabelecimento.

A fim de comprovar a assertiva, a recorrente amparase nas contas telefônicas acostadas aos autos (fls. 246-255), nas quais alega que se verificam diversas ligações oriundas do número do apelado para o telefone do sócio da ré (n. 48- 8822-8538).

Da análise de referidas contas telefônicas, constata-se que no dia 14-4-2009 foram realizadas duas chamadas para o número acima referido, contudo nenhuma delas ocorreu por volta das vinte e uma horas, e sim às 13:40 e 18:48 horas (fl. 251), o que, portanto, não comprova a assertiva da recorrente.

Além disso, ainda que se aceitasse como um engano o horário referido pela apelante, verifica-se que a demonstração da existência de contato telefônico efetivado entre as partes não é capaz de comprovar a alegada ruptura negocial do ora apelado, porquanto não há nos autos prova do teor das ligações, o que demonstra a fragilidade do argumento utilizado com o intuito de ver derruído o pedido inicial. Frise-se que a apelante, quando da fase de instrução processual, se limitou a postular a oitiva de uma única testemunha e, mesmo sem ser realizado o ato, não se manifestou a respeito, permitindo o julgamento do feito.

Do mesmo modo, o fato de os apelados terem entregue cópia do contrato objeto do litígio somente em 14- 7-2009 e mediante notificação judicial não tem força probante suficiente para desconstituir o quanto pactuado e devidamente firmado pela sociedade empresária ré, que, em caso de não recebimento do contrato com as devidas assinaturas dos vendedores e sabedora das obrigações nele assumidas, deveria ter tomado as medidas judiciais cabíveis, a fim de se desincumbir do quanto pactuado, uma vez que o distrato deve ser efetivado nos mesmos moldes da contratação, qual seja, mediante contrato escrito.

Quanto à alegada demonstração da continuidade da relação comercial entre franqueadora e franqueada, verificase que em nada modifica a situação posta, pois, se o contrato objeto da presente demanda não foi adimplido, independentemente de quem deu causa, o contrato de franquia necessitava ser cumprido, sob pena de os contratantes arcarem com as penas nele impostas para o caso de descumprimento.

[...]

Verifica-se, assim, que a exceção de contrato não cumprido decorre da interdependência das obrigações assumidas, onde as partes contratantes possuem direitos e deveres simultâneos ou continuados, que necessitam da realização de contraparte.

Destarte, quando as prestações não são simultâneas, mas sucessivas, não pode ser invocada a exceção pela parte à quem cabia o primeiro passo para o implemento da obrigação.

À vista do discorrido e da análise do contrato *sub judice*, tem-se que o início da efetivação do negócio firmado entre as partes dependia da alteração do contrato social e da regularização perante à Junta Comercial deste Estado, o que ficou ao encargo da compradora, ora apelante:

CLÁUSULA SEGUNDA: A PROMITENTE COMPRADORA deverá no prazo de trinta (30) dias úteis a contar da assinatura deste, providenciar, a entrada das alterações no Contrato Social e na JUCESC, sob pena de multa de 1% (Um Por Cento) do valor da venda.

Parágrafo Único: A PROMITENTE VENDEDORA compromete-se a assinar a alteração contratual no prazo de 48 (Quarenta e Oito) horas a contar da data da entrega formal deste pela PROMITENTE COMPRADORA.

Logo, ao depender da apelante o início da execução do contrato, não há como acolher pedido, por ela formulado, de exceção de contrato não cumprido.

[...]

De todo exposto, verifica-se que a apelante não se desincumbiu do ônus de provar o fato desconstitutivo do direito do autor (CPC, art.

333, II), porquanto não trouxe aos autos, tampouco requereu a produção, qualquer prova apta à desconstituir a eficácia dos termos do contrato devidamente firmado entre as partes.

Assim, a teor do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, não há provas hábeis a demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos apelados.

(pp. 485-488).

Como se vê, em síntese, deliberou-se sobre todos estes pontos: a) a validade da manifestação de vontade dos contratantes; b) o contrato não dependia de qualquer outra condição para sua eficácia; c) houve a aceitação imediata dos termos pactuados; d) não ficou comprovado qualquer reajuste por telefone; e) a Autora não insistiu na produção de prova testemunhal; f) incumbia à Demandante tomar as medidas cabíveis diante do lapso da notificação judicial; g) o distrato deve ser efetivado nos mesmos moldes da contratação; h) o contrato de franquia necessitava ser cumprido, sob pena dos Acionados arcarem com as penas nele impostas por descumprimento; i) as prestações entre as partes eram sucessivas, não podendo ser invocada a exceção do contrato não cumprido pela Requerente; e j) o início da efetivação do negócio incumbia à Acionante.

Nessa tessitura, a suposta existência do distrato, em que tanto insistiu a Autora e que consistiu, em certa medida, o ponto nuclear desta rescisória, foi indiscutivelmente objeto de cognição exauriente, a impedir a reavaliação dessa *quaestio* e daquelas a ela conexas.

Salta aos olhos, aliás, não fosse visível a mudança dos causídicos da Autora, que a extensão da rescisória (pp. 753-793), em contraposição com sua contestação originária (pp. 116-126), passando-se de dez fólios neste para quarenta naquela, que o *desideratum* é suprir a deficiência da defesa anterior, ensejo em que não foram suscitadas as inúmeras teses agora trazidas como *causa petendi* para rescindir o provimento condenatório.

Neste ponto, a impedir esse propósito, insta sobrelevar a eficácia

preclusiva da coisa julgada, que diz respeito aos seus limites objetivos, prevista agora no art. 508 do Diploma Processual (correspondente ao art. 474 do Código Buzaid), *verbatim*:

Transitada em julgado a decisão de mérito, considerarse-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

Como se vê, a bem da segurança jurídica, o preceptivo veda que qualquer dos Litigantes inovem na ação ou na defesa de seus direitos, abrangendo tanto o deduzido quanto o dedutível, ou seja, aquilo que poderiam ter alegado mas não o fizeram, sendo indiferentemente acobertado pela preclusão.

Essa diretriz processual é consagrada no anexam *tantum iudicatum quantum disputatum uel disputari debebat* (tanto foi julgado quanto foi disputado ou deveria ser disputado).

Dessa arte, não fosse a questão da devolução do ponto comercial tal essencial a ponto de alterar completamente a base objetiva do contrato, consistente nas circunstâncias necessárias para sua efetividade, sequer ela seria admissível de ser levantada e discutida.

Por postimária, uma última palavra quanto à medida liminar.

Não se pode censurar a infelicidade de uma providência prolatada com alento no conhecido poder geral de cautela, de que predicado todo julgador, decorrente daquele inalienável *imperium* imanente à atividade judicante, isso porque, não fosse por outras razões, não carece de proporcionalidade delongar a efetivação de uma execução que ultrapassa um milhão, em uma demanda que já perdurava há anos, do que deixar de apreciar alguma relevante razão de direito que uma das partes ainda poderia suscitar.

Deveras, embora excepcional, a rescisória é uma possibilidade, sendo justamente por isso, inclusive com a previsão de multa para sua

admissão, à semelhança de uma caução, que eventual litigância tende a ser exercida com escrúpulo, a reforçar que o fiel da balança tenda a deslocar-se para a cautela diante de execuções que poderiam implicar prejuízos quiza irreversíveis, máxime naquelas iminentes e que exijam celeridade na decisão.

Finalizando a presente *consideranda*, consigno que o vício por erro de fato, como será o único a ser acolhido, será o último a ser apreciado.

### **a.2) Violação manifesta de norma jurídica (art. 966, inciso V, do CPC).**

Embora indefensável, este é o ponto de maior envergadura na rescisória, aduzindo-se uma série de ofensas ao ordenamento jurídico diante da manutenção do contrato e da inexecução contratual.

Nesse sentido, eis a dicção do art. 966, inciso V, do Digesto Processual, que alterou a redação da hipótese correspondente ao art. 485, inciso V, do Código Buzaid, que restringia a violação a “literal disposição de lei”, *in verbis*:

A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

V - violar manifestamente norma jurídica;

(sublinhei).

Na verdade, quanto à modificação, fez-se aquilo que a doutrina já recomendava, porque o sentido estrito de norma, agora corrente em hermenêutica jurídica, é sua consideração como resultado da interpretação, tanto sobre os dispositivos de lei quanto sobre as circunstâncias do caso, não sendo outra a razão pela qual intérpretes diversos chegam a conclusões distintas sobre o mesmo artigo.

Repito, neste campo, o quanto externei na decisão que concedeu a

medida liminar, *ipsis verbis*:

Por outro lado, no que toca à violação manifesta da norma jurídica (segundo vício), é sabido que, dada a sua relativa vagueza, poderia igualmente ser fundamento para qualquer insurgência, motivo pelo qual, de uma maneira mais segura e restrita, entende-se que não bastaria uma ofensa qualquer ao manancial de normas do ordenamento jurídico, exigindo-se, antes, que o julgamento ultrapasse um limite razoável do que se pode denominar de “dissonância normativa”, vale dizer, a incongruência tem de ser de tal força e grau que a coexistência da coisa julgada revela-se intolerável com o demais sistema constitucional de tutela dos direitos fundamentais (neste caso, na sua eficácia horizontal entre particulares).

(p. 813, grifei).

É de ver, dessa forma, que a violação tem de ser “manifesta”, isso com a finalidade impedir a reabertura do caso por contornos ancilares ou novas interpretações que não toquem na essência da *ratio decidendi* atacada, por isso sendo exigível um grau de “dissonância normativa”, a antojar a incompatibilidade do *decisum* com o ordenamento jurídico como um todo.

A propósito, confira-se o escólio atualizado de Didier Jr. e Carneiro da Cunha :

Se a decisão rescindenda tiver conferido uma interpretação sem qualquer razoabilidade ao texto normativo, haverá manifesta violação à norma jurídica. Também há manifesta violação à norma jurídica quando se conferir uma interpretação incoerente e sem integridade com o ordenamento jurídico. Se a decisão tratou o caso de modo desigual a casos semelhantes, sem haver ou ser demonstrada qualquer distinção, haverá manifesta violação à norma jurídica. É preciso que a interpretação conferida pela decisão seja coerente.

(*Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 495, destaquei).

Aqui, duas são as declarações substanciais da decisão rescindenda



sob disquisição, que, repetindo, tange à integridade do contrato entabulado e ao inadimplemento contratual por parte da Autora.

Bem visualizada a demanda, todavia, o certo é que todas as alegações de direito, sob a mais diversas nuances de ordem processual e sobremaneira civilista, não têm o condão de violar manifestamente o teor da decisão rescindenda, na medida em que, a partir do momento em que houve certificação da higidez do contrato e sua inexecução, não há como sustentar, com manifesta contradição, ofensa a fato incontroverso (art. 334 do CPC), boa-fé objetiva (art. 113 e 422 do CC), reserva mental (art. 110 do CC), prevalência da intenção sobre o sentido literal da linguagem (art. 112 do CC), inviabilidade do distrato ou desnecessidade de observância da simetria de forma (art. 472 do CC), falsa percepção da realidade do negócio (art. 138 do CC) e vedação ao enriquecimento ilícito (art. 884 e 885 do CC).

Isso ainda mais se justifica, a propósito, conquanto prescindível o prequestionamento para esta via excepcional de impugnação, diante do não esgotamento voluntário da recorribilidade perante as Cortes Superiores, com a desistência dos Recursos Especial e Extraordinário então interpostos (pp. 666 e 667-668), ensejo em que, por ter idoneamente o condão de obstar o trânsito em julgado (efeito obstativo), ainda que inviável a alteração do quadro fático delineado no curso das instâncias ordinárias, permitiria a reavaliação jurídica sob a óptica da legislação sedizente violada, com a amplitude tencionada com a presente rescisória.

Portanto, em que pese a profusão e alcance das disposições alegadamente violadas, entendo que não há reacar dissonância normativa com densidade suficiente para a rescisão, senão mero inconformismo com o resultado do julgamento.

Repito, dada ser o principal tópico da vestibular, que o arrazoado teria sua razão de ser caso tempestivamente aduzido na demanda originária, mas não agora na sede rescisória, em que descabe o revolvimento de

teses defensivas diante da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Dessarte, tenho por bem sopear as violações deduzidas.

### **a.3) Obtenção de prova nova (art. 966, inciso VII, do CPC).**

Em segundo lugar, tem-se o vício que diz respeito à obtenção de prova, cuja conformação encontra-se traçada no art. 966, inciso VII, do Digesto de Ritos, *ad litteram*:

A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

(frisei).

Como desponta do próprio preceptivo, sua incidência depende da obtenção de prova nova “cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso”.

Não é o caso, porém.

Deveras, como tinha adiantado ao deferir a suspensão do cumprimento de sentença (p. 814), prova nova não se confunde com alegação de fato novo, valendo repisar aqui que a Demandante pretende, na verdade, sustentar uma nova defesa que não fora oportunamente levantada na demanda primeva.

Nesse fanal, dada a relação de franquia entre os Litigantes, era de conhecimento que o estabelecimento transacionado não mais existia durante o transcurso do processo, e bastava, para tanto, apresentar a declaração emanada do Shopping de que a locação encontrava-se encerrada (p. 650), o que não foi diligenciado, conquanto plenamente franqueável, como *onus probandi*.

Presente esse quadro, há de ser repelida o vício em epígrafe.

#### **a.4) Erro de fato (art. 966, inciso VIII, do CPC).**

Finalmente, chega-se à última hipótese de rescindibilidade invocada, verberada por suposto erro de fato, prevista no art. 966, inciso VIII, do Estatuto Adjetivo, *in verbis*:

A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

(sublinhei).

Esse dispositivo tem a seguinte complementação no § 1º, *verbatim*:

§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

(acentuei).

Como se vê, o *error facti* deve ser manifesto do exame dos autos, não se permitindo produção probatória para sua demonstração, tampouco que represente ponto controvertido da lide originária sobre o qual deveria haver pronunciamento, pois neste caso seria ponto invariavelmente decidido e que deveria ter sido objeto de recurso.

Da doutrina, colho o escólio exauriente de José Carlos Barbosa Moreira, que, embora exposta sob a égide do Diploma anterior, tem perfeita consonância ao atual:

Ao exigir que não tenha havido, no processo anterior, “pronunciamento judicial sobre o fato”, preexclui o Código a possibilidade de rescindir sentença em cuja fundamentação se depare a expressa (e errônea) consideração do fato como existente ou como inexistente. Deve tratar-se, pois, de uma questão não resolvida pelo juiz — ou, consoante às

vezes se diz com fórmula criticável, de uma questão apenas implicitamente resolvida. Havia nos autos elementos bastantes para convencer o juiz de que o fato ocorreria; apesar disso, revela o teor do *decisum* que não se levou em conta a respectiva existência, sem que na motivação tenha ela sido negada. Ou, inversamente: havia nos autos elementos bastantes para demonstrar que o fato não ocorreria; no entanto, a maneira como julgou evidencia que o magistrado não o reputou inexistente, embora *silenciando*, aqui também, na motivação.

Em outras palavras: a hipótese não é a de que o órgão judicial tenha chegado à conclusão a que chegou por meio de raciocínio, exposto na motivação, em cujas premissas figure expressamente a afirmação do fato não ocorrido ou a negação do fato ocorrido. O que precisa haver é a incompatibilidade lógica entre a conclusão enunciada no dispositivo da sentença e a existência ou a inexistência do fato, uma ou outra provada nos autos mas porventura não colhida pela percepção do juiz, que, ao decidir, pura e simplesmente saltou por sobre o ponto sem feri-lo. Se, ao contrário, o órgão judicial, errando na apreciação da prova, disse que decidia como decidiu porque o fato ocorreria (apesar de provada nos autos a não-ocorrência), ou porque o fato não ocorreria (apesar de provada a ocorrência), não se configura o caso do inciso IX. A sentença, conquanto injusta, não será rescindível.

O pensamento da lei é o de que só se justificava a abertura de via para a rescisão quando seja razoável presumir que, se houvesse atentado na prova, o juiz não teria julgado no sentido em que julgou. Não, porém, quando haja ele julgado em tal ou qual sentido por ter *apreciado mal* a prova em que atentou. No exemplo da ação redibitória, acima formulado, se na sentença se afirmasse o conhecimento do vício oculto pelo réu, ainda que as peças dos autos evidenciassem de modo cabal a impossibilidade desse conhecimento, a condenação em perdas e danos ficaria imune à rescisão. Esta só pode ser decretada no caso de omissão do juiz em pronunciar-se acerca do ponto. A suposição do conhecimento do vício pelo réu apenas se inferirá logicamente da conclusão a que chegou o órgão judicial, condenando-o ao pagamento das perdas e danos; não deve ter sido registrada, todavia, na motivação da sentença.

A semelhante luz torna-se até certo ponto compreensível a

observação, feita na Itália com imensa autoridade, de que a discrepância não é tanto entre o pensamento do juiz e a realidade, quanto entre o pensamento e sua expressão. Não basta, com efeito, a divergência entre a convicção judicial e a realidade provada nos autos para fundamentar a rescisão: será irrevocável a sentença se o errôneo convencimento se houver traduzido nela pela expressa afirmação do fato não ocorrido ou pela expressa negação do fato ocorrido. O reparo cabível é o de que, na verdade, nada importa que o juiz tenha *efetivamente* suposto algo diverso da realidade, tal como a espelham os autos, *deixando apenas de registrar* a suposição na sentença, ou que essa falta de registro seja simples consequência de *não haver o juiz pensando* no ponto — isto é, de *nada* haver suposto ao propósito. É irrelevante que se trate de suposição errônea não expressa ou da ausência de qualquer suposição: o erro pode ter consistido quer em captar a realidade pelo avesso, quer simplesmente em não a captar de modo algum. A indagação decisiva resume-se nisto: subsistiria a conclusão da sentença se, à luz dos elementos probatórios colhidos no processo, o fato sobre o qual não se pronunciou o órgão judicial houvesse de considerar-se existente, em vez de inexistente, ou inexistente, em vez de existente? Mas não se reclama a efetiva ocorrência de determinada suposição, no processo mental do juiz: basta que, pelo teor da conclusão, se verifique *não* ter ocorrido a suposição *contrária*, à qual, no entanto, inequivocamente conduziam as provas dos autos.

Se, por exemplo, em ação de cobrança de dívida, provado estava o pagamento — sem que tivesse havido controvérsia entre as partes acerca do ponto — e a sentença julgou procedente o pedido, silenciando também ela ao propósito, nada importa, para torná-la rescindível com lastro no inciso IX, que o órgão judicial haja suposto inexistente o fato do pagamento, ou não tenha feito, no particular, suposição alguma, deixando simplesmente de cogitar da questão. É suficiente a circunstância — deduzível do teor do *decisum* — de não haver ele suposto existente o fato, como era de esperar à vista dos autos. Se o juiz, na motivação da sentença, negou a ocorrência do pagamento, fica excluída a rescindibilidade: pode ter havido má apreciação da prova, que não basta para justificar a rescisão.

(*Comentários ao código de processo civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 5, pp. 151-154, realcei).

Assim sendo, como foram dois os erros sustentados, iniciando pela afirmação de que teria inexistido convergência de vontades, observo que esse foi explicitamente o *thema decidendum* da demanda anterior, a que tantas vezes já referi, descabendo a reavaliação deste ponto.

De outra banda, alusivamente à alegação de ausência de contraprestação possível pela devolução do ponto comercial e encerramento da locação, aqui sim, trata-se do erro de fato que merece abrigo, haja vista que a questão não foi debatida na decisão rescindenda, tendo sido simplesmente suposta sua inexistência. Do contrário, não haveria como logicamente escorar uma condenação a cumprir o que é impossível.

Nessa óptica, repito que o único momento em que a informação assomou aos autos somente o foi nas contrarrazões do Apelo que devolveu a matéria decidida na sentença ao Tribunal (p. 442), que mesmo assim passou despercebida, embora fundamental para o deslinde da causa, dado que tratava de fato superveniente que influía no desdobramento da lide, sendo admissível inclusive de ofício, como também aludi, ao ressaltar o art. 493, *caput*, do Digesto Processual.

Desse modo, é inegável que o caso versa sobre típica hipótese de erro de fato, sanável pela via excepcional da rescisória. Neste particular, cito novamente Barbosa Moreira:

Na primeira hipótese (fato não alegado), o motivo de rescindibilidade só pode configurar-se, é claro, se se tratava de fato que ao órgão judicial era lícito levar em conta *ex officio*. Assim, *v.g.*, quando os autos mostravam que já ocorrera a prescrição, mas o réu deixou de argüí-la e o juiz de decretá-la.

(*Ibidem*, p. 150, grifei).

Similarmente, especialmente ao ressaltar a inviabilidade da rediscutibilidade, Pontes de Miranda:

O art. 485, § 2º, fez indispensável, em se tratando de erro quanto

à existência ou à inexistência do fato, que não tivesse havido controvérsia entre as partes e interessados, o que teria permitido investigação suficiente, nem pronunciamento judicial sobre o erro. Tem-se de perguntar se afastaria a incidência do art. 485, inciso IX, ter havido controvérsia sem pronunciamento do juiz, ou o pronunciamento do juiz sem ter havido controvérsia. Havemos de entender que sim, porque as partes teriam de levar à decisão judicial, na primeira instância, ou em superior instância, ou na única instância, aquilo que as levara à controvérsia; e, se não houve controvérsia, mas o juiz se pronunciou, tinham as partes de exercer as pretensões recursais. O que se afasta é a rediscussão ou rediscutibilidade na ação rescisória.

(*Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 249, frisei).

Na mesma tramontana, Alexandre de Freitas Câmara:

Em primeiro lugar, então, é preciso que o fato existente que a sentença desconsiderou, ou o fato inexistente que a sentença admitiu como existente, não tenha sido matéria de controvérsia entre as partes. Assim, diante do que consta dos autos ou documentos da causa, e sendo certo que o ponto é incontroverso, o normal seria que o juiz percebesse que o fato efetivamente aconteceu (ou não aconteceu). Ocorre que, por um equívoco de percepção, o juiz não se deu conta do ponto incontroverso. Além disso, porém, é preciso que não tenha havido, no provimento judicial rescindendo, qualquer pronunciamento acerca do fato. Não se presta a ação rescisória, portanto, a impugnar sentença em que tenha havido má valoração da prova. A finalidade do remédio processual que aqui se estuda, no caso em análise, é a desconstituição de uma sentença que é fruto de uma percepção equivocada do que consta dos autos, e não da que é resultado de uma valoração equivocada da prova efetivamente percebida.

(*Ação rescisória*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 80, destaquei).

Dessarte, conluo que a decisão rescindenda verdadeiramente incide em erro de fato, razão por que, neste juízo rescindente, é de rigor a procedência do pedido para rescindir o manto da coisa julgada anteriormente formada.

## B) Juízo rescisório.

Passa-se, agora, ao rejuízo da causa, mais propriamente da Apelação que devolvera ao conhecimento deste Tribunal a matéria de fundo objeto de prévia composição em primeiro grau.

Neste ponto, de fato, não há como manter a condenação.

Com efeito, dada a superveniência da perda de objeto do contrato, consistente na inexistência do estabelecimento objeto de transpasse, afigura-se indiscutível o exaurimento da finalidade socioeconômica que inicialmente unira as Partes, que espelhava seus motivos, pois que a causa do negócio jurídico era o aproveitamento lucrativo do ponto comercial, doravante não mais existente.

Observe-se, por relevante, a cláusula primeira do instrumento, *in verbis*:

CLÁUSULA PRIMEIRA: Os PROMITENTES VENDEDORES, obrigam-se [...] a vender ao PROMITENTE COMPRADOR, a integralidade das quotas da sociedade “SOBAR ALIMENTOS LTDA” [...], Shopping Itajaí, loja MINI KALZONE, bem como as instalações e equipamentos que permitem a utilização plena do fim comercial destinado, conforme anexo descritivo dos bens.

(p. 77).

Tratava-se, portanto, de negócio tipicamente causal, para o qual é da *ratio essendi* sua manutenção incólume, sob pena de frustração suscetível de dissolver o vínculo contratual.

Neste temática, trago à baila a lição de José Carlos Moreira Alves:

Com relação a esse critério, os negócios jurídicos se classificam em *causais* (também denominados *concretos* ou *materiais*) e *abstratos* (ou *formais*).

Antes de conceituarmos um e outro, é necessário que se saiba o que é *causa*.



Tomemos, para isso, um negócio jurídico: o contrato de compra e venda. Qual a função econômico-social que o direito objetivo atribui — e, conseqüentemente, protege — a esse negócio jurídico? É a permuta da coisa (que o vendedor se obriga a entregar ao comprador) pelo preço (que o comprador se obriga a pagar ao vendedor). Essa função econômico-social — que se determina objetivamente — do contrato de compra e venda é a *causa* desse negócio jurídico.

Assim sendo, a *causa* de um negócio jurídico difere dos motivos que levaram as partes a realizá-lo. Com efeito, a causa se determina objetivamente (é a função econômico-social que o direito objetivo atribui a determinado negócio jurídico); já o motivo se apura subjetivamente (diz respeito aos fatos que induzem as partes a realizar o negócio jurídico). No contrato de compra e venda, a causa é a permuta entre a coisa e o preço (essa é a função econômico-social que lhe atribui o direito objetivo; essa é a finalidade prática a que visam, necessária e objetivamente, quaisquer que sejam os vendedores e quaisquer que sejam os compradores); os motivos podem ser infinitivos (assim, por exemplo, alguém pode comprar uma coisa para presentear com ela um amigo).

A distinção entre *causa* e *motivo* é importante porque, em regra, a ordem jurídica não leva em consideração o último.

Conhecidas essas noções, podemos conceituar os negócios jurídicos causais e abstratos. Negócio jurídico causal é aquele em que os efeitos jurídicos dele resultantes se produzem se houver a causa. Negócio jurídico abstrato é aquele em que os efeitos dele decorrentes se produzem independentemente da causa.

(*Direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1, pp. 182-183, sublinhei).

Isso também pode ser posto em termos da teoria preconizada por Karl Larenz, que divide o negócio jurídico na base subjetiva, que refere aos motivos do ajuste, e base objetiva, que alude à situação de fato necessária para o bom termo da avença, estando esta prejudicada na *fattispecie*.

Sobre o tema, veja-se o esboço de Orlando Gomes:

A *objetivação* foi tentado por Larenz. Distingue, no entanto, a base *subjetiva* da base *objetiva*. A primeira é a representação mental feita no momento da celebração do contrato, que influi, decisivamente, na formação dos motivos. A base objetiva constitui-se do conjunto de circunstâncias cuja existência, ou persistência, se considera necessária a que o propósito das partes contratantes seja atingido. Se as circunstâncias não existem, ou não perduram, a conservação do contrato não tem sentido, justificando-se, por conseguinte, sua resolução.

(*Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 101, delinee).

Cabe ter em mente, porém, que não interessa, ao menos neste caso, apurar o que levou ao desfazimento do negócio, o que torna despicienda a dilação probatória neste aspecto.

Deveras, ocorre que, de acordo com a ação proposta, o que tem curial relevância, nominada como “ação ordinária de cumprimento de obrigação de fazer e pagar”, vê-se que o intento dos Réus era simplesmente a execução do quanto fora acordado (pp. 56- 69), até mesmo porque, ao tempo da propositura, as circunstâncias negociais eram exatamente as mesmas quando da pactuação.

Assim sendo, embora o objeto do negócio fosse inicialmente possível, revelou-se supervenientemente que não mais o era, tornando-se fisicamente impossível sua *utilitas*.

Acerca do objeto dos negócios jurídicos e sua possibilidade, esclarecem José Augusto Delgado e Luiz Manoel Gomes Júnior:

O objeto do negócio jurídico necessita, ainda, ser possível. O Código Civil de 2002, na mesma linha do Código Civil de 1916, não define o que seja objeto possível. Deixou essa tarefa para a doutrina. Esta considera objeto possível o que pode realizar-se, no mundo fático, materialmente. É o que se concretiza, realmente, no círculo das forças humanas ou das forças da natureza.

O conceito de possibilidade do objeto é constituído tendo em

vista a sua impossibilidade.

A impossibilidade do objeto pode ser física ou material, e jurídica.

“Objeto fisicamente impossível”, afirma Francisco Amaral, “é o que não existe, tornando-se inviável o cumprimento da obrigação”.

O mesmo autor entende que objeto juridicamente impossível é o que não tem “viabilidade legal”. Exemplifica: “Constitui objeto juridicamente impossível a venda de coisa pública ou fora do comércio, exemplo, a gravada com a cláusula de inalienabilidade”.

A impossibilidade do objeto é classificada, também, como:

- a) absoluta, quando o objeto não pode ser realizado de modo algum;
- b) relativa, quando há obstáculo intransponível para o devedor realizar a prestação.

(*Comentários ao código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 2, p. 150, acentuei).

Igualmente, Orlando Gomes:

A regra *ad impossibilia nemo tenetur* esclarece suficientemente o requisito da possibilidade. Se o comportamento do devedor é impossível, falta objeto à obrigação.

[...]

*Impossibilidade originária* é a existente ao tempo em que se constitui a obrigação. Diz-se *superveniente* quando surge depois de formado o vínculo. Só a *impossibilidade originária* priva a obrigação de objeto. A que sobrevém modifica, ou extingue, o vínculo obrigacional.

(*Obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, pp. 46-47, frisei).

Infere-se, assim, que a impossibilidade material da prestação assumida resulta na frustração do fim último do contrato. Embora não se cuide, no caso, de uma patologia relacionada com a formação do vínculo jurídico, o certo é que a superveniência da circunstância abala o sinalagma

contratual, repercutindo na exigibilidade das obrigações primeiras. Fala-se, assim, não em invalidade, mas em resolução.

Fazendo essa distinção, na doutrina mais atual, veja-se a ensinança de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

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 do vínculo, 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.

(*Curso de direito civil*. 6. ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 590, realcei).

Aqui, como a estrita finalidade da demanda originária restringiu-se ao adimplemento do contrato, dada essa limitação da *causa petendi e petitum*, desinfiuente perquirir a culpa pela inexecução superveniente.

Essa discussão é mais pertinente a uma eventual demanda resolutória, em que a controvérsia também recairá sobre o retorno das partes ao *statu quo ante*, sobreposse diante da ausência de informações acerca dos desdobramentos do acontecimento, a não ser o alegado pelos Réus, de que a Acionante transferiu a sociedade perante a Junta Comercial – que, se o fez, ao menos afastou a multa diária imposta (p. 388), o que é certamente impossível com relação àqueloutra para alterar os fiadores do contrato de locação que não mais existe.

E se assim for feito, acrescento, parece-me que a melhor solução, sem dúvida, é que as partes sejam firmemente instadas à mediação, na

forma do art. 3º, § 3º, art. 139, inciso V, e 165, § 3º, todos do novo Diploma Processual, na medida em que a disposição conflitiva somente retardará ainda mais a busca de uma solução razoável ao caso — nem digo mais célere, porque o que está em discussão são os efeitos de uma ruptura negocial que remonta a 2009.

Para tanto, os Litigantes, auxiliados por seus causídicos, devem abdicar da perniciosa negociação com base em posição, adotando, pelo contrário, postura conforme a moderna negociação baseada em princípios, no qual são instadas a resolver o problema do desacordo comercial na sua essência e de forma objetiva, deixando-se de assumir a posição inflexível de credor ou devedor.

Sem embargo, para fins deste julgamento, basta atentar para a impossibilidade superveniente da obrigação de aquisição do estabelecimento, a refletir igualmente na perda de utilidade na obrigação remanescente de compra da respectiva sociedade empresária, de sorte a obstar a contraprestação de pagamento exigida pelos Réus, como uma efetiva *exceptio non adimpleti contractus* em proveito da Autora, a fim de resolver o contrato.

Nesse sentido, confira-se o panorama traçado por Miguel Maria de Serpa Lopes:

**A impossibilidade da prestação e a “exceptio non adimpleti contractus”.** Cumpre-nos estudar a viabilidade da exc. n. ad. cont., no caso de impossibilidade da prestação, quer absoluta, total, quer parcial.

[...]

**A) Impossibilidade da prestação do autor.** A ação do autor pode ser intentada, nada obstante a impossibilidade de ele próprio realizar a que lhe incumbe perante o réu, impossibilidade esta provinda quer de força-maior ou caso fortuito, quer de fato culposos a ele imputável. No primeiro caso, não havendo concorrido com culpa sua para essa impossibilidade, não está obrigado a perdas e danos. Todavia se, nada obstante ciente da perda da prestação, exigiu a da outra contraparte, é intuitivo ter agido

de má-fé. A **exceptio n. ad. contractus** pode ser oposta pelo réu, se ele ignorar o fato da impossibilidade da prestação não cumprida pelo autor; de outro modo, entendemos que não há espaço para uma **exceptio** e sim para uma defesa de ordem reconvenicional.

Com maioria de razão a mesma situação se caracteriza, quando a impossibilidade fôr um resultado da culpa do autor-devedor. É muito louvável, a êsse propósito, o art. 1.463 do Código Civil italiano, prescrevendo que “nos contratos com prestações correspectivas, a parte liberada pela superveniente impossibilidade da prestação devida não pode pedir a contra-prestação, e deve restituir a que já tenha recebido, consoante as normas do enriquecimento indevido”.

[...]

#### **B) Impossibilidade da prestação do réu. [...]**

**C) Impossibilidade parcial.** No caso de impossibilidade parcial, se a parte da prestação cuja execução ainda é possível carece de utilidade para o credor, a situação equipara-se à de uma impossibilidade absoluta total. Se, ao contrário, o valor não sofreu diminuição, mantém-se o direito à contraprestação total. Se finalmente a prestação permanecer possível mas proporcionando uma vantagem menor, tem-se direito a uma parte da contraprestação, proporcionada a esta utilidade.

(*Exceções substanciais*: exceção de contrato não cumprido. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, pp. 355-357, destaquei).

Da mesma forma, especificamente quando à impossibilidade parcial, reproduzo novamente Orlando Gomes:

Ocorre *impossibilidade total* quando o devedor se vê impedido de satisfazer por inteiro a prestação. Acontece, às vezes, que o obstáculo se levanta apenas contra parte da prestação. Se a *impossibilidade é parcial*, o efeito extintivo pode produzir-se em relação a toda a obrigação, ou tão somente, a uma parte. Para se conhecer sua extensão, é preciso considerar o interesse do credor. Cumpre indagar, primeiramente, se o parcelamento da prestação é possível sem seu total sacrifício. No caso afirmativo, se interessa, ou tem utilidade, para o credor, a parte possível. Interessando, ou sendo útil, a relação subsiste mutilada. Caso contrário,

haverá impossibilidade total.

(*Ibidem*, p. 179-180, grifei).

Desse modo, considerada a inviabilidade da transação a respeito do estabelecimento, assim como a perda de utilidade da aquisição da sociedade empresária, transmudando a inexecução parcial em total, é de rigor a improcedência dos pedidos formulados, com a confirmação da medida liminar de suspensão da execução.

Por consequência, a execução aforada com base na anterior condenação da Autora carece de título exequendo, devendo ser fulminada de plano.

Ainda por consectário, diante do presente julgamento de mérito, declara-se prejudicado o Agravo interno, tanto mais quanto os argumentos deduzidos restaram derruídos diante do acolhimento *in totum* da rescisória.

### **C) Ônus sucumbenciais.**

Embora a Autora tenha logrado procedência integral na presente demanda, entendo, como assentei desde o início, que ambas as Partes deram causa à presente rescisória, com igual grau de imputabilidade.

Assim sendo, e considerando que a sucumbência é meramente uma espécie do princípio maior da causalidade, que por vezes revela-se insuficiente diante de judicializações a que ambos deram causa, aplico esta última para dividir as despesas processuais *pro rata*, em 50% para a Autora e Réus, como se de sucumbência recíproca se tratasse.

Com relação aos honorários advocatícios, sopesando sobretudo o elevado montante exequendo, de acordo com o art. 85, § 2º, do Diploma Adjetivo, arbitro em 10% sobre o valor da causa, a ser fracionado igualmente em 50% em favor do causídico da Demandante e procurador dos Demandados, estando vedada a compensação, conforme impede o §

14 do mesmo dispositivo.

### **D) Devolução do depósito obrigatório.**

Diante da procedência dos pedidos formulados, *ex vi* do art. 974, *caput*, do Código de Processo Civil, é imperativa a devolução do depósito obrigatório em favor da Autora.

### **DISPOSITIVO**

Ante o exposto:

a) na forma do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, **JULGA-SEPROCEDENTE**, com resolução de mérito, o pedido rescisório formulado para, por consequência, **JULGAR IMPROCEDENTES** os pedidos formulados na demanda rescindenda, mantendo-se incólume a medida liminar de suspensão da execução;

b) à luz do princípio da causalidade, dividem-se as despesas processuais *pro rata*, em 50% para a Autora e Réus, fixando-se os honorários, com fulcro no art. 85, § 2º, do Diploma Processual, em 10% sobre o valor da causa, fracionando-se igualmente em 50% em favor do causídico da Demandante e procurador dos Demandados, estando vedada a compensação;

c) com amparo no art. 974, *caput*, do Digesto Adjetivo, determina-se a devolução do depósito obrigatório à Autora.

Essas são as razões do meu dissenso.

Newton Varella Júnior  
DESEMBARGADOR



**PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL****Agravo n. 4018846-61.2017.8.24.0000/50000, de Urussanga**

Relator: Desembargador Salim Schead dos Santos

AGRAVO INOMINADO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3 DO STJ. APLICAÇÃO. RECURSO REGIDO PELO CPC/2015.

DECISÃO MONOCRÁTICA CONFORME JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVANTE QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. OFENSA DIRETA AO § 1º DO ARTIGO 1.021 DO CPC. RAZÕES DISSOCIADAS. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo n. 4018846-61.2017.8.24.0000/50000, da comarca de Urussanga 1ª Vara em que é Agravante Oi S/A e Agravado Pedro Fernandes Demétrio.

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, não conhecer do recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Guilherme Nunes Born e Mariano do Nascimento.

*Florianópolis, 26 de julho de 2018*

Desembargador Salim Schead dos Santos  
Presidente Relator

## RELATÓRIO

*Trata-se de agravo inominado interposto pela Oi S/A contra a decisão monocrática de folhas 323 a 326.*

*Sustenta, em síntese, o excesso na execução (fls. 1 a 5 do agravo inominado).*

*Intimado, o agravado não apresentou contrarrazões.*

*É o relatório.*

## VOTO

*1 - O inciso IV do artigo 932 do Código de Processo Civil dispõe:*

Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

*O inciso V do mesmo dispositivo, por sua vez, dispõe:*

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Nessas hipóteses, portanto, o relator está autorizado a julgar o recurso monocraticamente, analisando questões que vão “desde a admissibilidade do recurso até o seu próprio mérito” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. Comentários ao código de processo civil - novo CPC - Lei n. 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.851).

Dessa decisão, conforme preceitua o caput do art. 1.021 do Código de Processo Civil, “contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal”. Em sua peça, o agravante poderá arguir a invalidade da decisão por vício formal ou, como mais frequentemente ocorre, requerer a reforma da decisão do relator.

2 - Nos termos do Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça, o processamento do presente recurso rege-se pelo Código de Processo Civil de 2015, uma vez que a decisão recorrida foi publicada na sua vigência.

3 - *O recurso não pode ser conhecido.*

*No presente caso, não há que se falar em reforma, como requer a agravante, da decisão monocrática, diante do seu caráter técnico e objetivo, porquanto proferida com base na jurisprudência dominante desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.*

*Vale citar a decisão agravada:*

2.1.1 - Inicialmente, não será analisada a alegação de ocorrência de excesso de execução, porquanto nessa parte do recurso as razões recursais são genéricas, consubstanciadas em meras remissões à impugnação ao cumprimento de sentença e, assim, também lhe falta regularidade formal nesse tópico. A esse respeito, citam-se as seguintes decisões proferidas

recentemente por esta Primeira Câmara de Direito Comercial em situações semelhantes: (Agravado de Instrumento n. 4020658- 41.2017.8.24.0000, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. em 7-12-2017; Agravado de Instrumento n. 4005991- 84.2016.8.24.0000, rel. Des. Luiz Zanelato, j. Em 19-10- 2017; Agravado de Instrumento n. 4003247- 82.2017.8.24.0000, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, j. em 27-7-2017)

Cabia à agravante desconstituir os fundamentos da decisão recorrida, apontando nela falhas, como, por exemplo, a inaplicabilidade ao caso das decisões utilizadas como paradigma. O § 1º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil é nesse sentido quando dispõe que “na petição de agravo interno, o recorrente impugnarà especificadamente os fundamentos da decisão agravada”.

Verifica-se, entretanto, que isso não ocorreu, limitando-se a recorrente a reproduzir, em seu agravo, os fundamentos do agravo de instrumento que deu origem a este recurso, sem apresentar qualquer novidade que pudesse embasar uma mudança do entendimento aplicado pelo prolator da decisão recorrida.

E tal procedimento adotado pela recorrente permite o reconhecimento das suas razões recursais como dissociadas do conteúdo decisório, conforme vem decidindo esta Primeira Câmara de Direito Comercial:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU PARCIALMENTE DOS RECURSOS E NEGOU-LHES PROVIMENTO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. MERA REPRODUÇÃO DAS RAZÕES DEDUZIDAS NO APELO. INOBSERVÂNCIA AO PRECEITO INSCULPIDO NO ART. 1.021, § 1º, DO CPC/2015. NÃO CONHECIMENTO. PRECEDENTES.

“O §1º, do art. 1.021, CPC/15, com a nítida finalidade de afastar os recursos protelatórios e assim prestigiar o princípio da celeridade processual, dispõe que ‘na petição de agravo interno, o recorrente impugnarà especificadamente os fundamentos da decisão agravada’. Trata-se de regra inédita que compõe a regularidade formal do recurso não prevista na lei revogada. A ideia é elidir a repetição de argumentos já afastados pela decisão recorrida” (FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e

supressões. Salvador: JusPODIVM, p. 668, 2015). (Agravo n. 0049397-51.2012.8.24.0038/50000, rel. Des. Subst. Paulo Ricardo Bruschi, j. em 18-5-2017).

AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU PARCIALMENTE DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA EMPRESA DE TELEFONIA E, NA PARTE CONHECIDA, NEGOU-LHE PROVIMENTO. INSURGÊNCIA DA AGRAVANTE QUE NÃO PODE SER CONHECIDA, POR NÃO ATACAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. OFENSA AO ART. 1.021, §1º, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO NÃO CONHECIDO. (Agravo n. 0156237-34.2014.8.24.0000/50000, de Blumenau, rel. Des. Mariano do Nascimento, j. em 23-2-2017).

AGRAVO INOMINADO PREVISTO NO ART. 1.021 DO CPC EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA POR RELATOR QUE NEGOU PROVIMENTO A RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA BRASIL TELECOM. INSURGÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DO CONTEÚDO DA DECISÃO MONOCRÁTICA RECORRIDA. NÃO CONHECIMENTO. (Agravo n. 0184008- 21.2013.8.24.0000/50002, rel. Des. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, j. em 28-7-2016).

*4 - Ante o exposto, meu voto é no sentido de não conhecer do recurso.*

*É o voto.*

## Apelação Cível n. 0007251-40.2008.8.24.0036, de Jaraguá do Sul

Relator: Desembargador Luiz Zanelato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA, NA VIGÊNCIA DO CPC/73.

DIREITOS RESULTANTES DO REGISTRO DE MARCAS E DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA. ATO QUE DELIBEROU PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. SUPOSTA VIOLAÇÃO AO *TRADE DRESS* OU CONJUNTO-IMAGEM DOS PRODUTOS. MATÉRIA RELATIVA AO DIREITO DE MARCA E À PRÁTICA DE ATOS DE CONCORRÊNCIA DESLEAL. QUESTÕES FÁTICAS QUE OBSTAM O EXAME DA CAUSA POR MERA PERCEPÇÃO COM BASE NA EXPERIÊNCIA COMUM DO JULGADOR. NECESSIDADE DE CONHECIMENTOS TÉCNICOS PARA TANTO. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL IMPRESCINDÍVEL.

1. Ocorre a violação ao chamado *trade dress* quando um concorrente não copia exatamente a marca ou o desenho industrial de outrem, mas imita sutilmente uma série de características do produto ou até mesmo o *modus operandi* da prestação de um serviço” (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematisado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 2016).

2. A confusão que caracteriza concorrência desleal é questão fática, sujeita a exame técnico, a fim de averiguar o mercado em que inserido o bem e serviço e o resultado da entrada de novo produto na competição, de modo a se alcançar a imprevisibilidade da conduta anticompetitiva aos olhos do

mercado. (STJ. REsp 1353451/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 28/09/2017).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA E DETERMINAR A REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0007251-40.2008.8.24.0036, da comarca de Jaraguá do Sul 1ª Vara Cível em que é Apelante Marisol S/A e Apelado Confecções Destaque Ltda.

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, apenas para desconstituir a sentença e determinar o retorno dos autos à origem. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Mariano do Nascimento.

Florianópolis, 24 de maio de 2018.

Desembargador Luiz Zanelato  
Relator

## RELATÓRIO

Marisol S/A propôs ação cominatória da obrigação de não fazer c/c indenizatória fundada na Lei de Propriedade Industrial em face de Confecções Destaque Ltda., em que requer, liminarmente, a concessão de tutela inibitória para cessação imediata do uso de marcas e personagens, ou outro sinal com eles confundíveis, em todo território nacional, e a

busca e apreensão de todos os produtos e materiais contendo as supostas imitações às suas marcas, e, ao final, a procedência dos pedidos para cessação do uso das marcas e personagens em questão, a destruição do material apreendido e a condenação da ré ao pagamento de indenização pelo uso indevido das marcas registradas da obra intelectual protegida e pelos atos de concorrência desleal. (fls. 02-26)

Recebida a petição inicial, foi diferida a análise dos pedidos liminares para depois da resposta e determinada a citação da parte demandada. (fl. 168)

Citada, a ré ofereceu contestação às fls. 177-210, na qual arguiu, em síntese, que (a) a autora tenta induzir o juízo em erro, por se tratar de marca mista, consistente na conjunção de elementos nominativo e figurativo, de modo que não há confusão e é possível a coexistência das marcas; (b) à luz dos entendimentos firmados na jurisprudência, nada impede que outras pessoas registrem como marcas tigres e coals estilizados, desde que existam outros elementos diferenciadores; (c) a atual marca “Tigor T. Tigre” é uma desenho que em nada se parece com o elemento figurativo da marca “Ferinha Travessa”; (d) é gritante a diferença entre os preços dos produtos comercializados pelas partes, os quais são direcionados a mercados e pessoas de poder aquisitivo distinto, não havendo se cogitar concorrência desleal; (e) os pontos de venda da autora são apenas em unidades franqueadas, logo não há possibilidade de os consumidores confundirem os produtos e as marcas; (f) ausência de comprovação dos alegados danos e o exercício regular do direito da ré; (g) não preenchimento dos requisitos previstos no art. 1º da Lei nº 9.279/96; (h) não configuração da alegada notoriedade da marca da autora.

Em réplica, a empresa demandante impugnou as teses defensivas expressamente às fls. 247-261.

Por decisão interlocutória (fls. 263-266), foi determinada a suspensão do processo pelo prazo de seis meses, em razão da pendência



do pedido de registro da marca da empresa ré perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

Após a juntada pela autora dos documentos relativos ao processo administrativo que tramitou perante o INPI (fls. 294- 335), houve a intimação da ré, que se manifestou às fls. 339-343.

Na sequência, foi prolatada sentença pelo magistrado de primeiro grau, nestes termos:

[...]

Por fim, no afã de evitar-se que esta sentença sirva de salvaguada à prática de atos legalmente desautorizados, advirto às partes que o dispositivo deste pronunciamento judicial fará coisa julgada com efeitos restritos, semelhantes ao que se convencionou chamar de coisa julgada secundum eventus litis, ou seja, a coisa julgada sentar-se-á na realidade deste processo – no qual, vinco nisso, não ficou demonstrada confusão potencial ou efetiva entre os produtos – o que, por óbvio, não impede a deflagração de outro demanda caso a ré venha a introduzir outro produto no mercado que eventualmente possa afrontar as disposições da Lei de Propriedade Industrial.

[...]

À luz do exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido veiculado nesta AÇÃO ORDINÁRIA c/c INDENIZATÓRIA POR PERDAS E DANOS proposta por MARISOL S/A contra CONFECÇÕES DESTAQUE LTDA. Condene a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários devidos ao procurador da ré, estes estipulados em R\$ 8.500,00 (CPC, art. 20, § 4º), corrigido desta data. Ausente o *fumus boni juris*, indefiro o requerimento liminar cuja análise ainda restava pendente de apreciação. Custas ex lege. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. (fls. 344-350)

Irresignada, a empresa autora interpôs recurso de apelação, pugnando pela reforma da sentença pelos seguintes fundamentos: (a) as marcas dos produtos da apelada imitam afrontosa e ilícitamente as suas famosas marcas “Lilica Ripilica” e “Tigor T. Tigre”, destinando-se ao

mesmo público consumidor, pois atuam no segmento de roupas infantis; (b) resta evidenciado que a conduta da apelada configura tentativa de usar a fama e o prestígio angariados pelas marcas da apelante para obter lucro indevido, fruto do aproveitamento da notoriedade das marcas; (c) a simples mudança ou reposicionamento de alguns elementos gráficos não afasta a caracterização da conduta ilícita da apelada; (d) a apelada reproduz aproximadamente 80% da marca da apelante, haja vista os elementos de ambas representarem um tigre, boca fechada, caninos para fora, metade inferior do nariz escurecida, listras nas laterais faciais, duas orelhas aparentes, expressão sorridente e o nome do personagem inscrito na parte inferior central da marca; (e) em relação à personagem feminina, é possível verificar a tentativa de criar um traço de família e uma associação com os personagens masculino e feminino, criando no público infantil a ideia de que pertencem à mesma família Lilica e Tigor; (e) a utilização do tigre estilizado também infringe obras intelectuais registradas na Escola de Belas Artes, de uso exclusivo da apelante, pois não houve qualquer autorização por parte da apelante que permitisse a utilização de seus personagens pela empresa apelada, o que configura ato ilícito; (f) a concorrência desleal está concretizada pelo risco ao patrimônio da apelante, possibilidade de desvio de clientela de forma ilícita e a indução do consumidor à falsa associação; (g) a questão relativa ao direito à indenização não envolve matéria de fato, mas constitui uma consequência de direito, pois os ilícitos em questão ofendem o patrimônio da apelante decorrente da concorrência desleal e da violação marcária.

Intimada, a parte apelada deixou de oferecer contrarrazões no prazo legal (fls. 379-380).

Vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

## VOTO

Por presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhece-se do recurso, que passa a ser analisado.

Inicialmente, registra-se que a apelação foi interposta em 22-09-2015, ou seja, de sentença exarada com fundamento processual no revogado Código de Processo Civil de 1973, motivo pelo qual o acerto ou desacerto da decisão recorrida deve ser examinada com base naquela legislação, por incidência do princípio *tempus regit actum* (teoria do isolamento dos atos processuais).

A apelante, autora da demanda cominatória e indenizatória subjacente, postula a reforma da sentença que julgou improcedentes os pedidos por ela formulados com o propósito de obrigar a empresa ré a cessar o uso de sinais confundíveis com as marcas dos personagens “Lilica Ripilica” e “Tigor T. Tigre”, das quais é titular do registro, bem como indenização pelos supostos uso indevido das marcas e prática de atos de concorrência desleal.

O magistrado de primeiro grau procedeu ao julgamento antecipado da lide, apresentando como fundamentos da sentença de improcedência a ausência de potencialidade confundível das marcas figurativas, nítidas diferenças de qualidade e preço dos produtos comercializados pelas partes e inoocorrência de concorrência desleal.

Ocorre que, em análise detida dos autos, é possível concluir que a causa não comportava julgamento antecipado, a despeito da manifestação das partes (fls. 293 e 340), vez que não está presente uma das hipóteses do art. 330 do Código de Processo Civil de 1973.

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1970-1979/L5925.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1970-1979/L5925.htm) -

[art330](#)

II - quando ocorrer a revelia (art. 319).

A sentença deliberou pelo julgamento antecipado, sob o argumento de que a resolução da lide “depende apenas da ponderação dos elementos de prova já granjeados durante a fase postulatória, sem a necessidade do diligamento instrutório com depoimentos que, no fim das constas, só viriam confirmar o que já se sabe em relação à forma como os produtos das litigantes apresentamse no mercado” (fl. 345).

Não se desconhece que a norma do art. 130 do CPC/73 estabelece que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Todavia, existem questões que exigem conhecimento técnico para a elucidação dos fatos, sendo insuficiente a mera percepção do magistrado com base na experiência comum do que ordinariamente acontece.

É o caso dos autos em que o exame dos fatos não se resume no cotejo dos registros das marcas perante o INPI e aplicação das normas protetivas do Direito da Propriedade Industrial. Isso porque a resolução da controvérsia passa pela constatação da ocorrência ou não de imitação dos sinais que compõem as marcas da autora-apelante, bem como a potencialidade de confusão no mercado de consumo, o que exige conhecimentos específicos.

Como bem advertem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “não importa que o magistrado que esteja conduzindo a causa, em virtude da sua qualificação técnica profissional, possua conhecimento específico para analisar a situação controvertida. Se a capacitação exigida por esta situação não estiver dentro dos parâmetros daquilo que se pode esperar de um juiz, inviável a dispensa da perícia técnica” (*Manual do Processo de Conhecimento*, 4.Ed., São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2005, p. 370).

Na espécie, infere-se da narrativa fática dos autos e dos elementos de prova documental que a controvérsia posta em discussão pelas partes não se limita na mera utilização indevida de marcas registradas. Pelo contrário, a questão é bem mais complexa do que a aferição de simples reprodução de marcas, sobretudo porque a causa de pedir está fundada na prática de atos de concorrência desleal.

Aliás, com maior precisão técnica, a matéria de fundo diz respeito ao que a doutrina e a jurisprudência têm denominado de proteção ao “conjunto-imagem” de produto ou *trade dress*.

De acordo com a lição de André Luiz Santa Cruz Ramos, “ocorre a violação ao chamado *trade dress* quando um concorrente não copia exatamente a marca ou o desenho industrial de outrem, mas imita sutilmente uma série de características do produto ou até mesmo o *modus operandi* da prestação de um serviço” (Direito Empresarial Esquemático. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 2016) [grifou-se].

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, no Informativo de Jurisprudência nº 612, publicado em 25-10-2017, firmou a orientação de que “a caracterização de concorrência desleal por confusão, apta a ensejar a proteção ao conjunto-imagem (*trade dress*) de bens e produtos é questão fática a ser examinada por meio de perícia técnica” (grifou-se).

Com efeito, colaciona-se a ementa do acórdão do Recurso Especial nº 1.353.451-MG, de relatoria do. Ministro Marco Aurélio Bellizze, que originou a síntese do referido precedente jurisprudencial, *in verbis*:

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. RECURSO ESPECIAL. CONJUNTO-IMAGEM (TRADE DRESS). COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO AFIM. EMBALAGENS ASSEMELHADAS. CONCORRÊNCIA DESLEAL. ART. 209 DA LEI N. 9.279/1996 (LPI). PERÍCIA TÉCNICA REQUERIDA. DISPENSA INJUSTIFICADA. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. RECURSO

## ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O conjunto-imagem (trade dress) é a soma de elementos visuais e sensitivos que traduzem uma forma peculiar e suficientemente distintiva, vinculando-se à sua identidade visual, de apresentação do bem no mercado consumidor.

2. Não se confunde com a patente, o desenho industrial ou a marca, apesar de poder ser constituído por elementos passíveis de registro, a exemplo da composição de embalagens por marca e desenho industrial.

3. Embora não disciplinado na Lei n. 9.279/1996, o conjunto-imagem de bens e produtos é passível de proteção judicial quando a utilização de conjunto similar resulte em ato de concorrência desleal, em razão de confusão ou associação com bens e produtos concorrentes (art. 209 da LPI).

4. No entanto, por não ser sujeito a registro - ato atributivo do direito de exploração exclusiva - sua proteção não pode servir para ampliar direito que seria devido mediante registro, de modo que não será suficiente o confronto de marca a marca para caracterizar a similaridade notória e presumir o risco de confusão.

**5. A confusão que caracteriza concorrência desleal é questão fática, sujeita a exame técnico, a fim de averiguar o mercado em que inserido o bem e serviço e o resultado da entrada de novo produto na competição, de modo a se alcançar a imprevisibilidade da conduta anticompetitiva aos olhos do mercado.**

6. O indeferimento de prova técnica, para utilizar-se de máximas da experiência como substitutivo de prova, é conduta que cerceia o direito de ampla defesa das partes.

7. Recurso especial conhecido e provido. (STJ. REsp 1353451/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 28/09/2017)

Como se vê, as circunstâncias e a causa de pedir do precedente citado guardam similaridade com o presente caso.

Extrai-se do corpo do acórdão que, “no caso de tutela da concorrência, o exame acaba sendo mais amplo, devendo se adentrar

à situação fática do mercado e à possibilidade real de confusão, e não mais se fazendo suficiente o mero potencial de confusão em razão da semelhança que é atraído pela presunção *iuris tantum* decorrente do registro perante o INPI e do sistema atributivo adotado pela Lei n. 9.279/1996. Daí a necessidade de conhecimento técnico para se avaliar o efeito real da entrada no mercado de produto ou serviço visualmente assemelhado, o que configura o ato de concorrência desleal” (grifou-se).

Por dita razão, o Tribunal da Cidadania concluiu que quando “a causa de pedir é exatamente prática de atos anticoncorrenciais por meio da utilização de conjunto-imagem assemelhado e apto a causar confusão no mercado consumidor, deve-se reconhecer que o cerne do processo repousa em fato cuja caracterização depende, *a priori*, de conhecimento técnico especial não exigível de um juiz de direito, devendo, por isso, o juiz se servir do auxílio técnico de *expert*.”

Deste modo, conclui-se que as razões recursais apresentam relevância, pelo menos em parte, porquanto, ao contrário do que consta da pretensão recursal, não é o caso de reforma da sentença para julgamento de procedência dos pedidos, mas sim de constatação de *error in procedendo* decorrente do equívoco do julgamento antecipado da lide, pelo fato de as questões fáticas, embora não dependentes da prova oral descartada pelo magistrado sentenciante, exigirem a produção de prova pericial, nos termos do arts. 420 e seguintes do CPC/73 (correspondentes aos arts. 464 e ss. do CPC/15), meio probatório devidamente requerido já na petição inicial (fl. 26).

Ante o exposto, manifesto-me pelo conhecimento e provimento do recurso para deconstituir a sentença e determinar o retorno dos autos à origem para produção de prova pericial e regular tramitação do feito, nos termos da fundamentação retro.

Este é o voto.

**Apelação Cível n. 0300007-88.2017.8.24.0256**

Relator: Desembargador Guilherme Nunes Born

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DO AUTOR.

CONTRATO PACTUADO COM CONSUMIDOR ANALFABETO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA A ROGO E DE DUAS TESTEMUNHAS A DEMONSTRAR A CIÊNCIA DO PACTUANTE ACERCA DOS TERMOS CONTIDOS NO PACTO. REQUISITO ESSENCIAL À VALIDADE DOS CONTRATOS. ART. 595 DO CÓDIGO CIVIL. DECRETAÇÃO DE NULIDADE QUE SE IMPÕE. ART. 166, IV, DO CÓDIGO CIVIL.

NEGÓCIO JURÍDICO NULO, QUE RESULTA NA RECOMPOSIÇÃO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR. ART. 182 DO CÓDIGO CIVIL. RESTITUIÇÃO DOS VALORES DESCONTADOS QUE SE IMPÕE. ART. 166, IV E V, DO CÓDIGO CIVIL.

INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. CONTA BANCÁRIA SEM MOVIMENTAÇÃO POR MAIS DE SEIS MESES. INATIVIDADE PRESUMIDA. EXEGESE DA RESOLUÇÃO N. 2.025/93 DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. DÍVIDA INEXISTENTE. PRECEDENTES DO TRIBUNAL E DO RELATOR.

DANO MORAL. AUSÊNCIA DE PROVA DE EVENTUAIS DANOS IMATERIAIS DECORRENTES DO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES DE CONTRATO QUE VEIO A SER CONSIDERADO NULO. PURO DANO MATERIAL. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER CONSTRANGIMENTO, COBRANÇA INDEVIDA OU



EXPOSIÇÃO DO NOME. MERO ABORRECIMENTO.  
INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

Recurso conhecido e provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300007-88.2017.8.24.0256, da comarca de Modelo Vara Única em que é Apelante Luiz Souza Leite e Apelado Banco do Brasil S/A.

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso para dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 1º de fevereiro de 2018, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Mariano do Nascimento, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli.

Florianópolis, 1º de fevereiro de 2018.

Desembargador Guilherme Nunes Born  
Relator

## RELATÓRIO

### 1.1) Da inicial

Luiz Souza Leite ajuizou ação declaratória de nulidade contratual c/c indenização por danos morais em face do Banco do Brasil S.A..

Relatou que: I) é analfabeto; II) é correntista desde 7- 10-2010; III) postulou, em 2014, o cancelamento da conta, pois não a movimentava; IV) não conseguiu encerrar por conta da existência de um financiamento, o qual nada teria a ver com a conta bancária; V) em agosto/2016, foi

cientificado de débitos pendentes; VI) o banco requerido, em 31-8-2016, fez um “termo de compromisso de pagamento – extrajudicial”, em que o autor se responsabilizou a pagar R\$6.912,00, em 59 prestações; VII) o banco requerido agiu dolosamente, pois não houve assinatura a rogo ou a presença de pessoa de sua confiança, o que implicaria na nulidade; VIII) a falta de movimentação bancária por seis meses enseja o encerramento, não se podendo mais cobrar as tarifas bancárias.

Postulou: (1) a declaração de nulidade do contrato de compromisso de pagamento extrajudicial; (2) a inexistência da taxa de manutenção da conta, porque inativa em prazo superior a seis meses; (3) repetição de indébito; e (4) a indenização por danos morais (fls. 1/12).

### 1.2) Da resposta

Citado, o banco requerido contestou alegando que: I) a procuração do autor carece do mesmo problema que diz existir no pacto celebrado com a instituição financeira; II) inépcia da exordial, pois o pleito revisional é genérico; III) ausência de ato ilícito, porquanto os descontos e os negócios celebrados decorreram de livre manifestação de vontade; IV) o fato de ser analfabeto não induz ao reconhecimento de incapacidade; V) ausência de ato ilícito ou dano a viabilizar indenização por danos morais (fls. 87/98).

### 1.3) Do encadernamento processual

O autor se manifestou pela não realização de audiência (fls. 36).  
Justiça gratuita deferida e audiência designada (fls. 45).

Tentativa de conciliação em audiência inexitosa (fls. 140).

Réplica (fls. 144/152).

Deferida a prova testemunhal (fls. 166/167).

Audiência de instrução (fls. 177).

Alegações finais (fls. 180/183 e fls. 184).

Manifestação do Ministério Público (fls. 185).

#### 1.4) Da sentença

Prestando a tutela jurisdicional (fls. 189/191), o Juiz de Direito Wagner Luis Böing prolatou sentença resolutiva de mérito nos seguintes termos:

Ate o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados na inicial, resolvendo o mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC.

Condeno o autor em custas e honorários, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, consoante parâmetros do art. 85 do CPC. Ficam, contudo, as exigibilidades suspensas, em virtude da gratuidade de justiça. (fls. 191)

#### 1.5) Do recurso

Inconformado, o autor apelou aduzindo que: I) tentou encerrar a conta, o que não ocorreu por conta de um determinado contrato de financiamento; II) foi cientificado de dívida existente, que acabou sendo objeto de “termo de compromisso de pagamento extrajudicial”, em 31-8-2016; III) a assinatura foi colhida sem rogo ou a presença de pessoa de confiança, sendo o pacto inválido; IV) a inatividade da conta bancária por seis meses ou mais leva ao seu encerramento, sendo que havia dois anos de ausência de movimentação; V) houve danos morais (fls. 194/202).

#### 1.6) Das contrarrazões

Acostada (fls. 206/218).

Este é o relatório.

## VOTO

### 2.1) Do juízo de admissibilidade

Conheço do recurso porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, pois ofertado a tempo, modo e evidenciado o objeto e a legitimação.

### 2.2) Do mérito

#### 2.2.1) Do negócio jurídico

Sabido que a validade do negócio jurídico depende da capacidade civil do agente (art. 104, I, do Código Civil).

Se assim não o for, viável a anulação do ato praticado por pessoa relativamente incapaz (art. 171, I, do Código Civil) ou a nulidade do celebrado por pessoa absolutamente incapaz (art. 166, I, do Código Civil).

Contudo, o analfabetismo não está elencado em nenhum dos róis de incapacidade, os quais estão previstos nos arts. 3º e 4º do Código Civil.

Por sua vez, é incontestável que aludida condição do agente reduz sua compreensão no que tange aos termos pactuados, o que torna imprescindível que os celebrantes busquem providências com o intuito de dar cumprimento ao direito básico à informação, previsto no art. 6º, III, do CDC.

Então, é dever da instituição financeira, ora requerida, assegurar ao seu cliente o amplo conhecimento do que está sendo contratado.

Aqui, restou demonstrado o analfabetismo do autor, conforme termos testemunhais, bem como o banco requerido sequer ter tentado demonstrar o contrário.

Diante disso, o art. 595 do Código Civil disciplina que nos contratos de prestação de serviço conste assinatura a rogo acompanhada da assinatura de duas testemunhas.

A respeito do tema, lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] a prestação de serviço é um contrato não solene, com forma livre de pactuação. Assim, pois, pode ser estabelecido tanto verbalmente (o que, aliás, é muito comum no dia-a-dia das relações jurídicas de direito material) quanto a forma escrita.

Sobre esta última forma, na hipótese de qualquer das partes não ser alfabetizada, a lei estabelece um meio de prova para a sua declaração de vontade. É o que se depreende do art. 595 do CC-02 (art. 1.217 do CC-16), *verbis*:

“Art. 595. No contrato de prestação de serviço, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas”.

Registre-se a natureza instrumentária de tais testemunhas, que servirão para comprovar a declaração de vontade contida no documento, em caso de impugnação. (Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo 2: contratos em espécie. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 245)

Em caso semelhante, este Tribunal decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO DO AUTOR. RECURSO DO BANCO RÉU. CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO COM DESCONTO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

CONTRATOS PACTUADOS COM CONSUMIDOR IDOSO E ANALFABETO. CONDIÇÃO QUE, POR SI SÓ, NÃO O TORNA INCAPAZ. VULNERABILIDADE, CONTUDO, TÉCNICA. AUSÊNCIA DE ASSINATURA A ROGO (CC, ART. 595). NECESSIDADE A FIM DE DAR EFETIVA CIÊNCIA AO PACTUANTE ACERCA DOS TERMOS CONTRATADOS. DIREITO BÁSICO À INFORMAÇÃO (CDC, ART. 6.º, III). REQUISITO ESSENCIAL DE VALIDADE. NULIDADE QUE SE IMPÕE. EXEGESE DO ART. 166, IV E V, DO CC. NEGÓCIO

JURÍDICO ANULADO QUE RESULTA NA RECOMPOSIÇÃO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR (CC, ART. 182). RESTITUIÇÃO DOS VALORES DESCONTADOS QUE SE IMPÕE. SENTENÇA MANTIDA.

[...] (AC n. 2013.077384-2, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. 26-6-2014)

No mesmo sentido:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO COM PEDIDOS DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS E DANOS MORAIS. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PLEITOS VERTIDOS NA EXORDIAL. IRRESIGNAÇÃO DE AMBAS AS CONTENDORAS.

CONTRATOS PACTUADOS COM CONSUMIDORA ANALFABETA. AUSÊNCIA DE ASSINATURA A ROGO A DEMONSTRAR A CIÊNCIA DA PACTUANTE ACERCA DOS TERMOS CONTIDOS NOS INSTRUMENTOS. REQUISITO ESSENCIAL À VALIDADE DOS CONTRATOS. DECRETAÇÃO DE NULIDADE QUE SE IMPÕE.

Com vistas ao cumprimento da norma, o consumidor deve ser corretamente informado sobre o serviço prestado, bem como sobre seus riscos (art. 6º, III, do CDC); além disso, há o dever de lealdade e probidade decorrente da boa-fé objetiva (art. 422 do CC), razão por que não basta à instituição financeira disponibilizar ao cliente analfabeto a fotocópia dos instrumentos particulares dos contratos, senão que deve, outrossim, assegurar o efetivo esclarecimento ao consumidor acerca do conteúdo do negócio jurídico a ser celebrado.

Relativamente à assinatura a rogo, cumpre esclarecer, é aquela que se faz a pedido ou solicitação, por quem não a pode fazer, por não saber ler ou escrever. Para que possa valer é necessário vir acompanhada da assinatura de duas testemunhas, consoante estabelece o artigo 215, § 2º e, por analogia, os artigos 595 e 1865, do Código Civil.

[...] (AC n. 2012.073883-8, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 18-6-2013)

Mais recentemente:

CONTRATO DE EMPRÉSTIMO COM DESCONTO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO, REPETIÇÃO DO INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDÊNCIA.

CONTRATOS PACTUADOS COM CONSUMIDOR IDOSO E ANALFABETO. CONDIÇÃO QUE, POR SI SÓ, NÃO O TORNA INCAPAZ. VULNERABILIDADE. NECESSIDADE DE ASSINATURA A ROGO (CC, ART. 595) PARA DAR PROTEÇÃO E CERTEZA DO CONTEÚDO CONTRATADO PELA PARTE VULNERÁVEL. ASSINATURA DE PESSOA NÃO IDENTIFICADA. BANCO, ADEMAIS, QUE NÃO COMPROVOU QUE ASSINOU A ROGO SEM IDENTIFICAÇÃO NO PACTO. CERCEIO DO DIREITO BÁSICO À INFORMAÇÃO (CDC, ART. 6.º, III). REQUISITO ESSENCIAL DE VALIDADE. NULIDADE QUE SE IMPÕE. [...]

Quando a parte contratante for pessoa analfabeta, é necessário que seja assinado a rogo, com identificação da pessoa que assim assina, para conferir validade ao negócio.

A assinatura a rogo será conferida por pessoa de confiança do analfabeto, pois subscreverá o documento na presença de duas testemunhas.

Ausentes tais formalidades, há de se reconhecer a nulidade do contrato.

[...] (AC n. 2016.014079-8, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 3-5-2016)

Do STJ:

Assim, não há como considerar válido os contratos pactuados com pessoa idosa, sem instrução, analfabeta e moradora de aldeia indígena, quando esta nega categoricamente não ter contratado com os bancos.

Ademais, cumpre salientar, que os contratos juntados unilateralmente pelos bancos, contém apenas uma suposta assinatura

digital da autora.

Imprestável, portanto, os mútuos bancários. Assim, por ausência da forma prescrita em lei, é nulo o contrato escrito celebrado com um analfabeto, contrato que não é formalizado por instrumento público - inteligência do artigo 37, § 1º, da Lei nº 6.015/73 c/c artigo 104, III e artigo 166, IV, ambos do Código Civil. (AREsp n. 1.152.665, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 17-11-2017)

Ainda do STJ:

[...] Por ausência da forma prescrita em lei, é nulo o contrato escrito celebrado com um analfabeto que não é formalizado por instrumento público ou por instrumento particular assinado a rogo por intermédio de procurador constituído por instrumento público - inteligência dos artigos 37, § 1º, da Lei 6.015/73 c/c art. 104, III e art. 166, IV, do Código Civil.

[...] (REsp n. 1.684.518, rel. Min. Marco Buzzi, j. 31-10-2017)

Por fim: AREsp n. 1.190.020, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 30-11-2017.

Pois bem.

No presente caso, o contrato de fls. 162/165 contém tão somente a assinatura do autor, que é analfabeto, tendo, apenas, desenhado sua rubrica.

Ausente pessoa alfabetizada, de sua confiança, a qual também deveria assinar o instrumento a seu rogo, juntamente com a subscrição de duas testemunhas, em evidente atendimento às normas legais.

Ou, conforme também mencionado em precedente do STJ, poderia o autor ter sido representado com procurador constituído por procuração pública, com poderes para assinar o contrato (art. 37, §1º, da Lei n. 6.015/73).

Por consequência, o contrato não prova que o contratante, ora



autor, tinha conhecimento dos termos avençados.

Com isso, diante da violação ao direito básico de informação do consumidor, o negócio jurídico é nulo, com amparo no art. 166, IV e V, do Código Civil.

Assim, o recurso é provido para reconhecer a nulidade do negócio celebrado, consistente no contrato de “compromisso de pagamento – extrajudicial”.

### 2.2.2) Dos danos materiais

Busca o autor a repetição de indébito.

Tornado nulo o negócio, devem as partes retornarem ao estado anterior, de acordo com a aplicação integrada do art. 169 e art. 182, ambos do Código Civil.

Mais uma vez, doutrina de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho esclarecem:

Preferível, por isso, é o entendimento de que *a ação declaratória de nulidade é realmente imprescritível*, como, aliás, toda ação declaratória deve ser, mas os efeitos do ato jurídico – existente, porém nulo – sujeitam-se ao prazo máximo prescricional para as ações pessoais que, como se verá no capítulo próprio, foi reduzido pelo Novo Código Civil de vinte para dez anos.

[...]

Por se tratar de sentença proferida no bojo de *ação declaratória de nulidade*, salvo norma especial em sentido contrário, os seus efeitos retroagem até a data da realização do ato, invalidando-o *ab initio* (efeitos *ex tunc*).

Declarado nulo o ato, as partes restituir-se-ão ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

Nesse sentido o art. 182 do NCC é expresso:

*“Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que se achavam, e, não sendo possível, restitui-las, serão indenizadas com o equivalente”.*

Vale advertir que a expressão “anulado”, consignada na norma deve ser entendida em sentido amplo, de forma a abranger também a nulidade absoluta. (Novo curso de direito civil: parte geral: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 403/404)

No mesmo sentido, Sílvio de Salvo Venosa:

A nulidade é penalidade que importa em deixar de existir qualquer efeito do ato, desde o momento de sua formação (*ex tunc*). A sentença que decreta a nulidade retroage, pois, à data do nascimento do ato viciado. O ideal legal é que os efeitos do negócio jurídico nulo desapareçam como se nunca houvessem se produzido. Os efeitos que seriam próprios ao ato desaparecem. No entanto, ainda que a lei determine que as nulidades atuem dessa maneira, é inevitável que restarão efeitos materiais, na maioria das vezes, ao ato declarado nulo.

[...] O negócio é juridicamente nulo, mas o ordenamento não pode deixar de levar em conta efeitos materiais produzidos por esse ato. Isso é verdadeiro tanto em relação aos atos nulos como em relação aos atos anuláveis. As partes contraentes devem ser reconduzidas ao estado anterior. Nem sempre, fisicamente, isto será possível. Daí a razão de o art. 182 (antigo, art. 158) estatuir: *“Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que se achavam, e, não sendo possível, restitui-las, serão indenizadas com o equivalente.”* A regra, apropriada ao negócio anulado, aplica-se, quando for o caso, ao negócio nulo para efeitos práticos. (Direito civil: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 574/575)

Lição de Fábio Ulhoa Coelho não discrepa:

O Código Civil estabelece algumas normas que se aplicam a qualquer hipótese de invalidade do negócio jurídico, seja a absoluta (nulidade), seja a relativa (anulabilidade). [...]

a) *Retorno à situação anterior*. Declarada a nulidade ou decretada a anulação do negócio jurídico, devem as partes retornar à situação anterior (CC, art. 182). [...] Transitaram, por assim dizer, direitos do patrimônio

do devedor para o do credor. Se esse negócio for inválido, após a sentença judicial reconhecendo a invalidade, os direitos transitados devem percorrer o caminho de volta, de modo que se restabeleça a situação patrimonial imediatamente anterior ao negócio. (Curso de direito civil: parte geral, volume 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 362).

Jurisprudência não dissente:

CONTRATO DE EMPRÉSTIMO COM DESCONTO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO, REPETIÇÃO DO INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDÊNCIA.

CONTRATOS PACTUADOS COM CONSUMIDOR IDOSO E ANALFABETO. [...] NEGÓCIO JURÍDICO ANULADO QUE RESULTA NA RECOMPOSIÇÃO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR (CC, ART. 182). RESTITUIÇÃO DOS VALORES DESCONTADOS QUE SE IMPÕE. EXEGESE DO ART. 166, INCISOS IV E V, DO CC.

[...] (AC n. 2016.014079-8, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 3-5-2016)

No mesmo norte: AC n. 2013.077384-2, rel. Desa. Soraya Nunes Lins, j. 26-6-2014.

Com isso, deve haver a restituição dos valores pagos pelo autor em razão do pacto “compromisso de pagamento – extrajudicial”, datado de 31-8-2016.

Deste modo, dá-se provimento ao recurso para condenar o banco requerido ao pagamento da integralidade dos valores pagos pelo autor em razão das prestações relacionadas ao “compromisso de pagamento – extrajudicial”.

Incidem, no caso, correção monetária pelo INPC desde o efetivo desembolso e juros de mora de 1% a partir da citação (art. 405 do Código Civil).

### 2.2.3) Da manutenção da conta bancária

Almeja o autor o reconhecimento de inexistência da taxa de manutenção da conta, porque inativa em prazo superior a seis meses.

Constou dos autos decisão distribuindo o ônus probatório nos seguintes termos: “*em relação à alegação de cobrança indevida de débitos oriundos de conta corrente inativa, tal ponto deve o ônus probandi recair sobre o requerido, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC.*” (fls. 168).

Na inicial já havia se alegado que os valores teriam decorrido das taxas bancárias incidentes ao longo do tempo, muito embora a conta não fosse movimentada há mais de seis meses (vide fundamentação lançada às fls. 5/6).

Em resposta, não se refutou tal alegação, o que enseja o reconhecimento de veracidade do fato alegado, qual seja, de que os valores cobrados decorreram do acúmulo de valores incidentes em conta em razão da manutenção da conta bancária.

Trata-se da aplicação do efeito previsto no art. 344 do CPC.

Observa-se que não impugnou mencionada alegação, como também abordou a respeito de uma suposta revisão contratual (vide fundamentação de fls. 88/89), tema este que nada tem a ver com o presente feito porquanto inexistente intenção revisional.

Logo, seja considerando os efeitos da revelia, bem como não ter comprovado origem diversa da dívida perseguida pelo negócio celebrado, reconhece-se que o débito em questão se trata de valores da manutenção da conta.

Feitas tais considerações, passa-se a tratar do tema. O Banco Central do Brasil editou a resolução n. 2.025/93 que, em seu art. 2.º, parágrafo único, considera inativa a conta corrente sem movimentação financeira por mais de 6 (seis) meses, *in verbis*:

Art. 2º A ficha-proposta relativa a conta de depósito à vista deverá conter, ainda, cláusulas tratando, entre outros, dos seguintes assuntos:

[...]

III - cobrança de tarifa, expressamente definida, por conta inativa;

[...]

Parágrafo único. Considera-se conta inativa, para os fins previstos no inciso III deste artigo, a conta não movimentada por mais de 6 (seis) meses. (grifei).

Partindo do pressuposto que é dever da Instituição Bancária obedecer às resoluções do Banco Central do Brasil, inaceitável que o banco requerido mantenha em atividade a conta após seis meses de inatividade, inclusive cobrando por este serviço.

Acerca deste assunto, colhe-se desta Corte:

A inatividade da conta-corrente por mais de seis meses, segundo entendimento jurisprudencial, é suficiente para ensejar o rompimento contratual e tornar indevida a cobrança de encargos contratuais e juros decorrentes da manutenção da conta. Portanto, desnecessária a efetiva comprovação de encerramento formal do vínculo contratual entre o correntista e a instituição financeira [...] (AC n. 2007.037508-7, rel. Des. Henry Petry Júnior, j. 30-1-2008). (AC n. 2010.058162-8, rel Des. Stanley da Silva Braga, j. em 25-11-2010)

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DE AMBAS AS PARTES. CONTA CORRENTE. AUSÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO POR MAIS DE SEIS MESES. CONTA INATIVA. COBRANÇA INDEVIDA DE TARIFA OU TAXA BANCÁRIA. DÉBITO INEXISTENTE.

A inatividade da conta-corrente por mais de seis meses, segundo entendimento jurisprudencial, é suficiente para ensejar o rompimento

contratual e tornar indevida a cobrança de encargos contratuais e juros decorrentes da manutenção da conta.

[...] (AC n. 0300308-86.2017.8.24.0045, rel. Des. Janice Goulart Ubialli, j. 5-12-2017)

De minha relatoria, dentre tantos outros: AC n. 0058063-28.2008.8.24.0023, j. 17-08-2017; e AC n. 0302388-07.2015.8.24.0073, j. 14-12-2017.

Portanto, cristalino que a dívida cobrada era inexistente, pois, após seis meses sem movimentação, a conta se torna inativa e deve ser encerrada, independentemente de pedido formal da parte.

Deste modo, mesmo que a autora não tenha encerrado a conta de forma escrita, a inatividade, por si só, levou ao seu termo.

Assim sendo, as Câmaras Comerciais desta Corte são uníssonas no que tange à ausência de movimentação de conta bancária por tempo superior a seis meses acarretar o encerramento automático sem a possibilidade de cobrança de qualquer encargo.

Neste sentido: TJSC, AC n. 2013.001371-5, rel. Des. Robson Luz Varella, j. em 9-7-2013.

Ademais, inviável a cobrança dos encargos, porque não houve a prestação de qualquer serviço durante o período de inatividade, caracterizando um enriquecimento sem causa eventual cobrança.

Do STJ: AC n. 1.337.002/RS, rel. Des. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 16-12-2014.

Assim, dá-se provimento ao recurso para reconhecer a inexistência de valores a serem cobrados a título de encargos bancários, os quais, no caso, estão representados pelo contrato de “compromisso de pagamento – extrajudicial”.

#### 2.2.4) Dos danos morais

Muito embora se tenha decidido que o contrato celebrado é nulo (vide tópico supra n. “2.2.1”), bem como que inexistem valores a serem cobrados (vide tópico supra n. “2.2.3”), não há dano moral a ser ressarcido.

Evidente que o autor pagou valores ao longo do tempo.

Contudo, conforme anteriormente tratado, as prestações são indevidas, inclusive sendo objeto de reembolso o que já fora adimplido.

Contudo, apesar da ilegalidade da cobrança, não se verificou nenhuma situação constrangedora capaz de trazer prejuízos de ordem psíquica ao autor.

Em que pese o ato ilícito de cobrar valores indevidos, bem como de os satisfazer ao longo de um tempo, o autor não demonstrou o abalo moral, pois as consequências não transcenderam a barreira do mero dissabor do cotidiano.

Sequer demonstrou o comprometimento de suas finanças e a dificuldade de honrar com eventuais compromissos financeiros em razão do que vinha pagando ao banco requerido.

Necessário frisar que, apesar da nulidade do negócio, o autor vinha pagando regularmente as prestações. Sérgio Cavalieri Filho, a respeito do dano moral, ensina que:

“(…) só pode ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender,

acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais acontecimentos” (Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 80).

Sílvio de Salvo Venosa pondera:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bonus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino.

Nesse campo não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz.

[...] (Direito civil: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 33)

Neste sentido, deste Tribunal:

[..] “O indevido desconto automático de valores da conta corrente da consumidora não dá azo a reparação por dano moral, constituindo mero dissabor, incômodo, desconforto ou enfado, os quais, infelizmente, são comuns na sociedade hodierna” (TJSC, Ap. Cív. n. 2008.068551-0, de Criciúma, Rel. Des. Eládio Torret Rocha, DJe de 13-3-2009). (AC n. 2010.070546-2, rel. Des. Ricardo Fontes, j. 18-11-2010)

Ainda:

O indevido desconto automático de valores da conta corrente da consumidora não dá azo a reparação por dano moral, constituindo mero dissabor, incômodo, desconforto ou enfado, os quais, infelizmente, são comuns na sociedade hodierna” (TJSC, Ap. Cív. n. 2008.068551-0, de Criciúma, Rel. Des. Eládio Torret Rocha, DJe de 13-3-2009). (TJSC, Apelação Cível n. 2010.070546-2, de Araquari, rel. Des. Ricardo Fontes, j. 18-11-2010)



De minha relatoria: AC n. 2012.070505-9, j. 16-5- 2013; AC n. 0305781-08.2015.8.24.0018, j. 27-4-2017.

*In casu*, em que pese ter o autor pago valores referentes a negócio jurídico que veio, tão somente neste momento, ser reconhecido nulo, tal circunstância não rompeu com a barreira do dissabor cotidiano, haja vista que os recursos utilizados no pagamento não lhe importaram em penúria ou atingiram sua subsistência material, razão pela qual se rejeita o pedido.

### 2.2.5) Da sucumbência

Considerando os termos da presente decisão, necessária a redistribuição dos ônus sucumbenciais.

A pretensão exordial continha quatro pleitos: (1) a declaração de nulidade do contrato; (2) declaração de inexistência da dívida; (3) repetição de indébito; e (4) a indenização por danos morais.

Segundo os termos do que foi apreciado, o autor logrou êxito em três deles.

Assim sendo, diante do reconhecimento de sucumbência recíproca (art. 86, *caput*, do CPC), condena-se o banco requerido ao pagamento de 75% das custas processuais e o autor ao pagamento dos 25% restantes.

Com base no art. 85 do CPC, condena-se o autor ao pagamento de R\$500,00 a título de honorários advocatícios e o banco requerido em R\$1.500,00, vedada a compensação (art. 85, §14, do CPC).

Por ser beneficiário da justiça gratuita, suspende-se a cobrança das importâncias devidas pelo autor, nos termos do art. 98, §3º, do CPC.

### 3.0) Conclusão

Diante da fundamentação acima exarada:

3.1) conheço do recurso:

3.1.1) dou parcial provimento para:

3.1.1.1) reconhecer a nulidade do negócio jurídico celebrado, consistente no contrato de “compromisso de pagamento – extrajudicial”;

3.1.1.2) condenar o banco requerido ao pagamento da integralidade dos valores pagos pelo autor em razão das prestações relacionadas ao “compromisso de pagamento – extrajudicial”;

3.1.1.3) reconhecer a inexistência de valores a serem cobrados a título de encargos bancários, os quais, no caso, estão representados pelo contrato de “compromisso de pagamento – extrajudicial”;

3.2) inverter os ônus sucumbenciais, condenando o banco requerido ao pagamento de 75% das custas processuais, o autor aos 25% restantes, bem como o autor à satisfação de honorários advocatícios de R\$500,00 e o banco requerido em R\$1.500,00, suspensa a exigibilidade do autor em ambos os casos por ser beneficiário da justiça gratuita.

Este é o voto.

**SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL****Agravo de Instrumento n. 0127676-63.2015.8.24.0000, de Brusque**

Relator: Desembargador Dinart Francisco Machado

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE FALÊNCIA. DECISÃO QUE DEU POR ENCERRADOS OS PAGAMENTOS DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DOS PROCURADORES DA MASSA FALIDA NA DATA DA SUSPENSÃO OPERADA, REDUZINDO DE FORMA RETROATIVA A VERBA HONORÁRIA ANTERIORMENTE FIXADA; BEM COMO DEU POR ENCERRADOS OS TRABALHOS DO ADVOGADO AUXILIAR. INSURGÊNCIA DOS PROCURADORES. ALEGADA AFRONTA AO DISPOSTO NO ART. 471 DO CPC/1973. ACOLHIMENTO. DECISÃO AGRAVADA QUE REDUZIU O VALOR FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DOS AGRAVANTES DE FORMA RETROATIVA. EXISTÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL ANTERIOR, FIXANDO O VALOR DE R\$ 750,00 (SETECENTOS E CINQUENTA REAIS) MENSAIS PELOS SERVIÇOS PRESTADOS PELOS AGRAVANTES. POSTERIOR SUSPENSÃO DOS PAGAMENTOS DOS HONORÁRIOS, DESDE ABRIL DE 2012, POR DECISÃO VERBAL DO MAGISTRADO, CONFORME CERTIFICADO PELO ESCRIVÃO JUDICIAL, EM DEZEMBRO DE 2014. IMPOSSIBILIDADE. MONTANTE FIXADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE PODE SER ALTERADO, NOS TERMOS DO ART. 471, I, DO CPC/1973 (ART. 505, I, DO CPC/2015). CONTUDO, TAL MODIFICAÇÃO NÃO PODE OCORRER COM EFEITO PRETÉRITO, MAS APENAS DAQUELE MOMENTO EM DIANTE (EX NUNC), SOB PENA DE AFRONTA AO DISPOSTO NO ART. 471 DO

CPC/1973 (ART. 505 DO CPC/2015). RECURSO PROVIDO.  
RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0127676-63.2015.8.24.0000, da comarca de Brusque Vara Comercial em que são Agravantes Dadam e Belli Advogados Associados e outros e Agravados Vidracaria Cristal S.A - Comércio e Indústria e outro.

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para reformar a decisão agravada, determinando a liberação dos valores fixados na decisão de fl. 1.940 da ação de falência, desde a suspensão dos pagamentos até a prolação da decisão agravada (maio de 2012 até março de 2015). Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Robson Luz Varella.

Florianópolis, 17 de julho de 2018.

Desembargador Dinart Francisco Machado  
Relator

## RELATÓRIO

Dadam e Belli Advogados Associados, Marcellus Augusto Dadam e Ricardo Luis Belli interpuseram agravo de instrumento contra a decisão que, nos autos da ação de falência da empresa Vidraçaria Cristal S.A. Comércio e Indústria (n. 0001279- 87.1996.8.24.0011), deu por encerrados os pagamentos dos honorários advocatícios fixados na decisão de fl. 1.940, na data da suspensão operada; deu por encerrados

os trabalhos do advogado auxiliar Dr. Gilson Amilton Sgrott; bem como reduziu de forma retroativa a verba honorária anteriormente fixada, nos seguintes termos:

Assim, dando prosseguimento ao feito, dou por encerrados os pagamentos fixados na decisão de fl. 1940, na data da suspensão operada (abril de 2012, fl. 3171), porque tornaram-se desnecessários os trabalhos na forma deliberada à fl. 1940.

Registro, na forma da fundamentação acima, que o valor de R\$13.000,00, igualmente fixado à fl. 1940, encontra-se devidamente quitado, não havendo nenhuma importância a ser levantada, a este título, pelos procuradores, conforme alvará de fl. 2689, causando surpresa a este Juízo o requerimento de fls. 3099/3101, o qual contempla referida quantia.

Por conseguinte, dou por encerrados os trabalhos do advogado auxiliar dos procuradores da síndica, nomeado à fl. 1940 (Gilson Sgrot), para quem, por ter atuado nas intimações até a presente data, após o encerramento dos pagamentos, fixo a quantia de R\$1.500,00 como contraprestação pelos serviços antes mencionados.

Expeça-se alvará.

Do mesmo modo, considerando que após a suspensão dos pagamentos não houve trabalho substancial realizado, nestes autos, pelos advogados Marcellus e Ricardo, para o encerramento deste feito, nos moldes do contrato firmado e sob a condição de apresentação da procuração respectiva, fixo em R\$5.000,00 a remuneração, que será liberada em seu favor tão logo ocorra a aprovação das contas da Síndica.

[...] (fls. 22-26).

Em suas razões recursais (fls. 2-21), alegaram os agravantes, em síntese, que a decisão agravada afronta o disposto no art. 471 do CPC/1973, pois uma vez já existindo decisão a respeito da fixação de honorários, é vedado a outro Magistrado decidir novamente tal tema, com o objetivo de reduzir a verba honorária pelos serviços já prestados, ou seja, de maneira retroativa, sem que os agravantes tivessem a opção

de não terem realizado os serviços. Por tais razões, requereram o conhecimento e provimento do recurso, para reformar a decisão de fls. 22-26, em especial no que tange a fixação de remuneração dos agravantes no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), para que seja determinada a liberação das parcelas fixadas nos autos da ação de falência, no valor de R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) cada, desde maio de 2012 até abril de 2015.

Às fls. 46-52, o pedido de efeito ativo foi deferido.

O recurso foi inicialmente distribuído à 3ª Câmara de Direito Civil, a qual, por decisão unipessoal do Relator, reconheceu sua incompetência para processar e julgar a lide (fls. 60-63). Em seguida, os autos foram remetidos, observada a ordem de sorteio, a esta Câmara Recursal.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Newton Henrique Trennepohl (fl. 68).

Sem contraminuta, os autos me foram redistribuídos.

## VOTO

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação de falência da empresa Vidraçaria Cristal S.A. Comércio e Indústria (autos n. 0001279-87.1996.8.24.0011), na qual o Juízo de primeiro grau: a) deu por encerrados os pagamentos dos honorários fixados na decisão de fl. 1.940 dos autos em apenso, na data da suspensão operada; b) deu por encerrados os trabalhos do advogado auxiliar, Dr. Gilson Amilton Sgrott, para o qual fixou o pagamento da quantia de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) como contraprestação pelos serviços prestados; e c) fixou a remuneração dos procuradores

Marcellus Augusto Dadam e Ricardo Luis Belli, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Ao compulsar os autos, verifica-se que os advogados Dr. Marcellus Augusto Dadam e Dr. Ricardo Luis Belli firmaram, com a empresa Ceprodahe Microcomputadores Ltda., contrato de prestação de serviços advocatícios para representá-la, na qualidade de síndica, nas ações em que a massa falida de Vidraçaria Cristal S.A. fosse interessada (fls. 1.928-1.930 dos autos em apenso).

Em março de 2005 foi proferida decisão de homologação do contrato de prestação de serviços advocatícios em prol da massa falida, a qual fixou, a título de remuneração dos procuradores, o valor de R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) mensais. Nesta decisão também foi nomeado o advogado Dr. Gilson Amilton Sgrott para auxiliar os procuradores da síndica, cuja remuneração foi igualmente arbitrada em R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) mensais.

Ainda, através da decisão de fl. 1.940, foi fixado o valor de R\$ 13.000,00 (treze mil reais) para remuneração dos advogados Marcellus e Ricardo, pelo período anterior de atuação, compreendido desde o início da contratação até o mês anterior à decisão (de junho 1999 até fevereiro de 2005).

Inferre-se dos autos, que os pagamentos das remunerações dos causídicos se deram a partir de abril de 2005 (fl. 1.950 dos autos em anexo).

Em maio de 2005, os procuradores da síndica da massa falida, Dr. Marcellus Augusto Dadam e Dr. Ricardo Luis Belli, renunciaram a todos os poderes que lhe foram conferidos, mencionados no contrato de prestação de serviços advocatícios homologado em Juízo (fls. 1.966-1.971 dos autos de origem).

Entretanto, permaneceram sendo intimados das decisões

proferidas pelo Juízo a quo, bem como continuaram se manifestando nos autos, conforme se vê à fl. 2.130 (manifestação de concordância com os termos das arrematações ocorridas - agosto de 2006); à fl. 2.675-2.676 (requerimento de liberação da remuneração fixada na decisão de fl. 1.940 – dezembro de 2009); às fls. 2.895-2.896 (requerimento de intimação do arrematante para que redirecione o pedido de levantamento de penhora diretamente no juízo da ação de execução fiscal – setembro de 2011); à fl. 3.076 (solicitação de carga do processo – maio de 2014); e à fls. 3.099-3.101 (requerimento de liberação de valores fixados na decisão de fl. 1.940 – agosto de 2014).

Apesar da renúncia operada, as remunerações mensais fixadas na decisão de fl. 1.940 dos autos em apenso, continuaram sendo liberadas em favor dos advogados Dr. Marcellus Augusto Dadam e Dr. Ricardo Luis Belli e do auxiliar, Dr. Gilson Amilton Sgrott, até abril de 2012.

Ocorre que, por determinação verbal do Juízo a quo, foi determinada a suspensão dos pagamentos fixados na decisão de fl. 1.940, a partir de abril de 2012 (conforme certificado pelo Escrivão Judicial, em dezembro de 2014, à fl. 3.171 dos autos em anexo). Tal ato foi ratificado pelo Juízo de primeiro grau, em março de 2015, através da decisão de fls. 22-26 (fls. 3.208-3.212 dos autos em apenso), a qual deu por encerrados, de maneira retroativa até o mês de abril de 2012, os pagamentos dos honorários advocatícios fixados em prol dos agravantes (fl. 1.940 dos autos em anexo), fixando o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de honorários, pelo trabalho efetuado até esse momento.

Tal decisão é alvo do presente recurso de agravo de instrumento (n. 0127676-63.2015.8.24.0000).

Feito este breve esboço da demanda, passa-se à análise do agravo.

Da narrativa processual, observa-se que após a certidão de fl. 3.171 dos autos de origem, na qual o Magistrado a quo determinou a suspensão retroativa dos pagamentos dos honorários devidos aos agravantes, estes



continuaram representando a massa falida, bem como prestando seus serviços.

Desse modo, conforme bem lançado na decisão de fls. 46-52 que conferiu efeito ativo ao presente agravo, o Juízo a quo deveria ter reduzido a verba honorária a partir da data da decisão judicial, e não de forma retroativa, pois os agravantes não tiveram a oportunidade de não ter realizado os serviços ou terem manifestado sobre a ausência de pagamento de seus honorários na forma anteriormente fixada, antes de realizar os serviços jurídicos ajustados.

O efeito retroativo acima referido, afronta o disposto no art. 471 do CPC/1973 (art. 505 do CPC/2015), pois alterou matéria já atingida pela preclusão. Vejamos:

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que lhe foi estatuído na sentença;

II – nos demais casos previstos em lei.

Assim, nos termos do dispositivo legal acima mencionado, entendo que mesmo que o Juízo de primeiro grau entenda que os serviços prestados pelos agravantes “foram poucos e de baixa complexidade” (fl. 25) durante o período da suspensão dos pagamentos dos honorários, não poderia ter reduzido de forma retroativa o valor da remuneração já arbitrada em decisão judicial anterior, mas apenas daquele momento em diante (ex nunc), em razão do disposto no art. 471, I, do CPC/1973 (art. 505, I, do CPC/2015).

Oportuno ressaltar que, tratando-se de honorários advocatícios, os quais possuem caráter alimentar, o pagamento é devido desde o momento em que se fixa a verba em questão. Assim, não pode o Juiz de primeiro grau reduzir o montante arbitrado a título de honorários em

relação as parcelas já vencidas e inadimplidas, mas apenas a partir da data da decisão que minorar tal verba, tendo em vista a eficácia ex nunc das decisões sobre verbas de natureza alimentar.

Nesse sentido, retira-se da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PRISÃO CIVIL POR INADIMPLEMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. DECISÃO DE REDUÇÃO DA VERBA ALIMENTAR. IRRETROATIVIDADE. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL QUE NÃO TEM O CONDÃO DE ELIDIR O DÉBITO. DÍVIDA ALIMENTAR SUBSISTENTE. INTIMAÇÃO DO EXECUTADO ACERCA DO CÁLCULO ATUALIZADO DA DÍVIDA. DESNECESSIDADE. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO QUE SE INICIA COM O CUMPRIMENTO DO MANDADO DE PRISÃO. ORDEM DENEGADA. I - Como é cediço, tratandose de alimentos provisórios, a pensão é devida desde o momento em que se fixa a verba alimentar, de modo que, sobrevindo, no curso do processo, nova decisão reduzindo o montante dos alimentos, somente a partir da data da minoração é que passará a vigorar o novo valor, não se aplicando, portanto, às parcelas já vencidas e cujo adimplemento ainda não se verificou. [...] (Habeas Corpus (Cível) n. 4013224- 35.2016.8.24.0000, de Chapecó, rel. Des. Joel Figueira Júnior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 24-11-2016, grifei).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. PRELIMINAR. ARGUIDA NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. DEPOIMENTO PESSOAL FRUSTRADO E AUSÊNCIA DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS. PARTE QUE, EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, AFIRMA QUE NÃO TEM MAIS PROVAS A PRODUZIR. PRECLUSÃO. INVIABILIDADE DA CONFISSÃO FICTA. INOCORRÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL. ART. 343, § 1º, DO CPC. PREFACIAL AFASTADA. MÉRITO. ARGUIDA PRECLUSÃO DA DECISÃO QUE INDEFERIU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA SOB FUNDAMENTO DE NÃO VERIFICAR A NECESSIDADE DOS ALIMENTOS.

INTERLOCUTÓRIO QUE TEM CARÁTER PROVISÓRIO E PRECÁRIO. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DE SEU CONTEÚDO. ART. 273, § 4º, DO CPC. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO, SEQUER DE TRÂNSITO EM JULGADO MATERIAL. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVA DA NECESSIDADE. PRESUNÇÃO NO QUE TANGE AO FILHO MENOR DE IDADE E SUFICIÊNCIA DE PROVA DE QUE O FILHO MAIOR DE IDADE FREQUENTA CURSO DE NÍVEL SUPERIOR. OBRIGAÇÃO DE SUSTENTO VERIFICADA. ALIMENTOS PRETÉRITOS. FIXAÇÃO A PARTIR DO MOMENTO EM QUE CESSARAM OS PAGAMENTOS ESPONTÂNEOS. IMPOSSIBILIDADE. IRRETROATIVIDADE DA VERBA ALIMENTAR. TERMO INICIAL DA OBRIGAÇÃO A PARTIR DA CITAÇÃO. ART. 13, § 2º, DA LEI N. 5.478/68. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível n. 2013.088458-5, de Brusque, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 9-12-2014, grifei).

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. PENSÃO ALIMENTÍCIA FIXADA EM 50% DO SALÁRIO MÍNIMO SOMADA AO DEVER DO GENITOR ARCAR COM A MENSALIDADE ESCOLAR E O PLANO DE SAÚDE. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR. PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO POR SUPERVENIENTE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO OCORRÊNCIA. ALIMENTOS DEFINITIVOS QUE REDUZIU OS ALIMENTOS PROVISÓRIOS. IRRETROATIVIDADE. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE. DECISÃO SOBRE ALIMENTOS QUE TEM EFICÁCIA EX NUNC. FINDO PERÍODO ESCOLAR. ALIMENTADA QUE INICIA FACULDADE DE MEDICINA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.699 DO CÓDIGO CIVIL. PROVA SOBRE O AUMENTO DAS NECESSIDADES DA ALIMENTADA E DAS POSSIBILIDADES DO ALIMENTANTE. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE MAJOROU OS ALIMENTOS PARA DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS. OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. REQUERIMENTO DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. VALOR FIXADO QUE ATENDE OS REQUISITOS DO ARTIGO

20, §3º, DO CPC. RECURSOS CONHECIDOS. DESPROVIDO O APELO DA AUTORA E PARCIALMENTE PROVIDO A APELAÇÃO DO RÉU. [...] (Apelação Cível n. 2013.002339-0, de Xanxerê, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 8-9-2014, grifei).

O mesmo entendimento é adotado pelo Tribunal do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. EFEITOS RETROATIVOS DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS. 1. A sentença que julga procedente o pedido de exoneração da obrigação alimentar não tem efeito ex tunc, eis que os alimentos, uma vez fixados, integram o patrimônio do alimentado, de modo que a redução ou a exoneração só produzirá efeitos a partir da data em que reconhecida essa situação. 2. Na espécie, a exoneração de alimentos foi reconhecida somente na sentença, não tendo o alimentante sequer postulado antecipação de tutela. Contudo, diante da ausência de questionamento pela alimentada acerca dos efeitos da exoneração de obrigação alimentar, deve ser mantida a determinação a contar da citação, sob pena de reformatio in pejus, mostrando-se inviável, por conseguinte, retroagir a decisão a contar da data da alegada impossibilidade financeira, tampouco do implemento da maioria civil da alimentada. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível n. 70054981873, de Veranópolis, rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Oitava Câmara Cível, j. 15-8-2013, grifei).

Assim, dá-se provimento ao recurso, para determinar a liberação dos valores fixados na decisão de fl. 1.940 da ação de falência, desde a suspensão dos pagamentos até a prolação da decisão agravada (maio de 2012 até março de 2015).

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para reformar a decisão agravada, determinando a liberação dos valores fixados na decisão de fl. 1.940 da ação de falência, desde a suspensão dos pagamentos até a prolação da decisão agravada (maio de 2012 até março de 2015).

**Apelação Cível n. 0002700-31.2007.8.24.0075, de Tubarão**

Relatora: Desembargadora Rejane Andersen

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE FUNDADA EM CONTRATOS DE COMODATO. PACTO VINCULADO AO CONTRATO VERBAL DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS JÁ RESCINDIDO. PRETENSÃO DO AUTOR QUE ENVOLVE A DEVOLUÇÃO DOS BENS MÓVEIS ENTREGUES DURANTE A VIGÊNCIA DOS CONTRATOS ACESSÓRIOS. RESCISÃO NOTICIADA EM SETEMBRO DE 2004. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PROFERIDA SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO BUZAID. INSURGÊNCIA DO REQUERIDO. PREVENÇÃO DESTA RELATORA PARA APRECIÇÃO DO RECLAMO, DIANTE DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO CÍVEL N. 2011.062643-7 (AÇÃO CONDENATÓRIA). PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO, SOB ALEGACÃO DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. DESPROVIMENTO. RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PARTES INCONTROVERSA. CERNE DO LITÍGIO QUE ENVOLVE A PRETENSÃO DO AUTOR NA REINTEGRAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS ENTREGUES EM COMODATO, SOB RESPONSABILIDADE DO DEMANDADO. EVENTUAL IMPOSSIBILIDADE NA DEVOLUÇÃO QUE OCASIONA O DEVER DO COMODATÁRIO DE INDENIZAR O COMODANTE. INTERESSE PROCESSUAL DEVIDAMENTE DEMONSTRADO, ANTE A CONFIGURAÇÃO DO ESBULHO POSSESSÓRIO NA HIPÓTESE. APELANTE QUE PERMANECEU INERTE APÓS A RESCISÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO E DESCUMPRIU O PRAZO DE ENTREGA ESTIPULADO NOS PACTOS. ARGUIÇÃO DE AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL, ANTE A NÃO COMPROVAÇÃO DO ESBULHO POSSESSÓRIO NA

HIPÓTESE. DESPROVIMENTO. REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC/1973 DEVIDAMENTE PREENCHIDOS. ENTREGA DE BENS E NÃO DEVOLUÇÃO DOS MESMOS QUE É FATO INCONTROVERSO NOS AUTOS. ADEMAIS, CONTRATOS QUE DISPUSERAM ACERCA DA NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS BENS APÓS A RESCISÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO, ESTIPULANDO, INCLUSIVE, PRAZO PARA SUA REALIZAÇÃO. MORA DO COMODATÁRIO CONFIGURADA ANTE A EVIDENTE INÉRCIA EM REINTEGRAR O COMODATÁRIO NA POSSE DOS BENS SUB JUDICE. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO REINTEGRATÓRIA, COM BASE NO ART. 206 DO CÓDIGO CIVIL. TESE REJEITADA. APLICAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO ART. 205 DO CC. TERMO INICIAL DO PRAZO DECENAL A CONTAR DO ATO ESBUHATÓRIO. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO PRINCIPAL (DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS) QUE OCORREU EM SETEMBRO DE 2004. ACESSÓRIOS IGUALMENTE RESCINDIDOS POR DECORRÊNCIA LÓGICA. LIDE PROMOVIDA EM ABRIL DE 2007, APÓS O DECURSO DE MENOS DE 3 (TRÊS) ANOS DO TÉRMINO DO NEGÓCIO JURÍDICO HAVIDO ENTRE AS PARTES. PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA NA HIPÓTESE. MÉRITO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE EM DEVOLVER OS BENS PRETENDIDOS PELO DEMANDANTE. DESPROVIMENTO. OBRIGAÇÃO FIRMADA PELO REQUERIDO QUE É FATO INCONTROVERSO. SENTENÇA MANTIDA. PREQUESTIONAMENTO. JULGADO QUE SE MANIFESTOU SOBRE TODOS OS PONTOS INVOCADOS PELO APELANTE. LIDE SUFICIENTEMENTE DECIDIDA, COM CLARA E PRECISA FUNDAMENTAÇÃO MOTIVADORA DO RESULTADO APRESENTADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0002700-31.2007.8.24.0075, da Comarca de Tubarão (3ª Vara Cível), em que é apelante N. C. Oliveira e Cia Ltda. e apelado Vonpar Refrescos S/A:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Robson Luz Varela e Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 24 de julho de 2018.

Rejane Andersen  
PRESIDENTE E RELATORA

## RELATÓRIO

Vonpar Refrescos S/A promoveu “ação de reintegração de posse” (fls. 2-6) em desfavor de Bebidas Oliveira Ltda., sucedida por N.C. Oliveira & Cia Ltda., com o objetivo de retomar a posse de bens móveis indicados na exordial, os quais foram cedidos à ré em regime de comodato e, subsidiariamente, em caso de não devolução, o ressarcimento através do pagamento de indenização no montante equivalente ao valor originário dos bens.

A parte autora aduziu, em síntese, que as partes firmaram contrato verbal de distribuição de bebidas em 1993, no intuito de revender produtos mediante compra prévia em sua área de atuação. Argumentou que em decorrência do aludido pacto, disponibilizara à ré, através de diversos contratos de comodato, bens móveis, tais quais: geladeiras, freezers, chopeiras, caixas de engradados com garrafas de cerveja, água mineral e refrigerantes, vasilhames, dentre outros necessários para o desempenho

das funções pela distribuidora.

Sustentou que houve o desfazimento do negócio entre as partes, diante da resolução do contrato de distribuição de bebidas e que procedeu à constituição em mora do requerido, mediante notificação expedida em setembro de 2004. Relatou ainda que, de acordo com a cláusula 4ª dos contratos de comodato e em decorrência da rescisão da relação negocial deve a requerida, na condição de comodataria, devolver os bens que recebeu da parte autora.

O togado singular postergou a apreciação da liminar para após a citação da empresa requerida (fl. 124).

No prazo de resposta, a ré apresentou contestação (fls. 133- 146), sustentando, em preliminar, a carência da ação por falta de pressuposto processual, diante da ausência de caracterização do esbulho. No mérito confirmou a existência dos contratos e a relação negocial havida entre as partes, mas defendeu que não possui acesso aos bens, em função da rescisão unilateral do contrato, bem como que a iniciativa de romper o contrato foi da autora, através de práticas comerciais diversas das então vigentes que acarretaram a si inúmeros prejuízos. Dessa forma, concluiu não ter havido qualquer ofensa que justifique a pretensão da autora, pugnando pela improcedência do pedido.

A liminar foi indeferida às fls. 163-165, momento em que o togado singular saneou o feito afastando a preliminar aventada.

Designada a realização de audiência de instrução e julgamento para oitiva das testemunhas arroladas pelas partes, as quais foram compromissadas na forma da lei (fls. 232-234 e 270).

Após alegações finais apresentadas pelas partes (fls. 284-289 e 302-313) sobreveio sentença (fls. 314-325), nos seguintes termos:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido contido na presente ação de reintegração de posse que VONPAR REFRESCOS



S/A ajuizou em face de BEBIDAS OLIVEIRA LTDA, sucedida por NC OLIVEIRA CIA. LTDA, para, em consequência, condenar a ré a restituir à autora os bens móveis que recebeu em comodato, a saber: 19 Tanques Post Mix de 18 litros; 10 Tanques Post Mix de 10 litros; 3 cilindros de CO<sup>2</sup>; 1 Maq. PM Venturi 5V; 480 vasilhames CC KS; 120 Vasilhames CCL KS; 600 embalagens plásticas KS; 10 palletes de madeira; 10 Freezers horizontais Coca-Cola; 111 Geladeiras Verticais de 584 litros; 35 jogos de mesa com 4 cadeiras Coca-Cola; 40 jogos de mesa com 4 cadeiras Kaiser; 8 Freezers Cooler Heineken; 5 guarda-sóis Kaiser; 5 Freezers Verticais V. Noiva; e 5 racks multiproduto. Fixo o prazo de 30 dias para que a ré entregue os produtos relacionados na sede da autora, pena de reintegração forçada a ser cumprida na sua sede e nos estabelecimentos comerciais que venham a ser indicados pela autora caso tenha conhecimento de onde se encontrem os bens, arcando neste caso a ré com as despesas de remoção. Condene a ré a pagar à autora indenização por perdas e danos decorrentes dos bens que não forem restituídos e/ou localizados, cujo valor será apurado por arbitramento e tendo em conta o valor de mercado dos bens na data do empréstimo e a aplicação de índice de depreciação correspondente ao período de uso desde a entrega em comodato até a data da citação, tudo acrescido de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, ambos igualmente contados da citação. Condene a ré no pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em R\$ 3.600,00, ex vi do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, pois entendo que o valor respectivo é capaz de remunerar de forma condigna o trabalho prestado pelo causídico no transcorrer da lide, em atenção aos quesitos do grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, bem como da natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. P. R. I.

Inconformado, apelou a empresa requerida (fls. 329-340), sustentado em preliminar a carência da ação, diante da ausência de interesse de agir e inexistência de pressuposto processual. Em prejudicial de mérito, alegou a ocorrência de prescrição do feito, com base no art. 206 do Código Civil. No mérito, aduziu que houve a resilição unilateral do contrato em 2004, fato que indica a ocorrência de danos nos bens pelo

uso contínuo e deteriorização pelo tempo, bem como que não possui mais vínculo com os clientes que estão com a posse direta das coisas. Ao final, prequestionou dispositivos.

Contrarrazões às fls. 347-356.

É o relatório.

## VOTO

Inicialmente, importante mencionar que o presente recurso fora distribuído pelo Exmo. Desembargador Salim Schead dos Santos, da Primeira Câmara de Direito Comercial, o qual determinou a remessa dos autos em 3-6-2013, em decorrência da prevenção desta Relatora, pela conexão com o recurso n. 2011.062643-7 (autos n. 075.06.005459-4) – ação condenatória promovida pela requerida N. C. Oliveira e Cia Ltda. contra a empresa Vonpar Refrescos S/A, ora requerente/apelada, com o objetivo de que fosse reconhecido a abusividade da resilição unilateral de contrato de distribuição de bebidas pela ré, bem como a sua condenação ao pagamento de indenização por perdas e danos, lucros cessantes e danos morais decorrentes desse suposto ato ilícito.

Destarte, diante da evidente conexão dos autos, imperioso o julgamento do feito por esta Relatora.

### **1 Preliminares – Carência da ação**

#### 1.1 Ausência de interesse de agir

Sustenta a recorrente que, na presente hipótese, restou evidente a ausência de interesse de agir, mormente porque não há oposição à pretensão do demandante, o qual não tem interesse na devolução dos bens, sob risco de perder toda sua clientela, bem como em razão de que a rescisão do contrato de distribuição de bebidas fez com que a grênc

dos bens fosse transferida ao apelado.

Contudo, não assiste razão à recorrente.

Isso porque, como bem asseverou o togado singular, o autor da demanda especificou em sua peça exordial, a relação jurídica entre as partes é incontroversa, sendo representada originariamente pelo contrato de distribuição de bebidas, já rescindido, conforme notificação em setembro de 2004.

Além disso, através do mencionado contrato originário, surgiram os pactos acessórios, que representam o com odato, contendo como objeto bens móveis utilizados para o desenvolvimento do comércio decorrente da distribuição de bebidas pela empresa requerida, as quais eram fabricadas pela parte autora.

Ademais, os documentos denominados “autorização de entrega de produtos” (fls. 62-93), contém no verso, as cláusulas do contrato de comodato, bem como demonstram que a requerida se vinculou na obrigação de utilizar os bens móveis fabricados pela comodatária, obrigando-se, inclusive, em proceder a devolução em perfeitas condições no prazo de vigência estipulado.

Assim, demonstrado que o requerente formulou pretensão inicial que diz respeito ao contrato de comodato, sendo que os bens entregues estavam sob a responsabilidade da requerida, ao passo que havia cláusula específica acerca da necessidade de devolução da coisa entregue após o término da vigência do pacto acessório, é incontestado o interesse de agir do demandante, ora recorrido.

Portanto, a suscitada preliminar deve ser rejeitada, uma vez que a necessidade da propositura da actio está bem demonstrada, porquanto o pedido é decorrente da situação jurídica que envolve ambas as partes e o pedido tem como objetivo salvaguardar eventual direito do autor.

Destarte, nega-se provimento ao recurso no ponto.

## 1.2 Ausência de pressuposto processual

Alega o recorrente que o autor não comprovou o esbulho ou perda da posse na presente hipótese, motivo pelo qual não há se falar em preenchimento dos pressupostos processuais na presente lide.

Contudo, sem sorte o recorrente.

Sobre o tema, sabe-se que “o comodato é um empréstimo de coisa infungíveis a título gratuito, que pode ser não solene e por tempo indeterminado, o qual cessa com a simples manifestação de vontade do comodante, quando o comodatário deverá restituir o bem. Os atos de mera permissão e tolerância não geram pretensão possessória, mas apenas posse precária, porquanto não representam renúncia do dono da coisa à posse sobre o bem” (Apelação Cível n. 0007802-11.2011.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 13-12-2016).

*In casu*, conforme já mencionado, a relação jurídica restou devidamente demonstrada nos autos.

Em relação a posse e ao esbulho, importa mencionar que o caderno processual demonstrou que os contratos de comodato foram celebrados a partir de 26-2-1998 (fl. 62-93), com prazo indeterminado, já que o negócio originário firmado entre as partes era de trato sucessivo, ao passo que tal relação foi encerrada mediante a notificação extrajudicial enviada pela parte autora em setembro de 2004, anunciando o fim do contrato verbal de distribuição de bebidas e, por decorrência lógica, dos contratos de comodato.

Diante disso, evidente que a parte autora, então legítima proprietária dos bens móveis, tem o direito de exigir a restituição dos bens, já que a partir do momento em que o prazo de 15 (quinze) dias – que fora previsto para devolução – foi descumprido pelo demandado, restou configurado o esbulho possessório.

Destarte, findo o termo final definido no contrato de comodato e inerte o requerido, tanto após a rescisão do negócio jurídico, quanto depois de certificada a citação destes autos, sua posse se torna injusta, fato que caracteriza o esbulho, dando ensejo a reintegração de posse pretendida pelo demandante.

Assim, imperiosa a manutenção da sentença guerreada, motivo pelo qual nega-se provimento ao reclamo no ponto.

## **2 Prejudicial de mérito – Prescrição**

Em suas razões, o apelante sustenta a ocorrência de prescrição da pretensão do demandante, com força no art. 206 do Código Civil.

Contudo, a prejudicial de mérito não comporta acolhimento.

No que tange a presente insurgência, verifica-se que o apelante formulou a tese de prescrição tão somente em sede de grau recursal, sendo que de forma resumida alega aplicação do art. 206 do Código Civil, sem indicar ao menos o prazo que entende correto.

Contudo, em que pese a singela alegação, o prazo prescricional da presente demanda é regido pelo art. 205 do CC, que dispõe: “a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

Destarte, uma vez que o esbulho restou configurado, com o descumprimento do prazo de 15 (quinze) dias para devolução dos itens entregues pelo demandante por meio dos contratos de comodato firmados entre as partes, sendo que tal fato ocorreu mediante a notificação extrajudicial (99-2004) que comprovou a rescisão do negócio jurídico originário representado pelo contrato verbal de distribuição de bebidas.

Sendo assim, uma vez que a presente demanda fora promovida em 24-4-2007, ou seja, menos de 3 (três) anos após o ato esbulhatório, é imperioso o afastamento da prejudicial de mérito aventada pelo recorrente.

Sobre o tema, veja-se:

APELAÇÕES CÍVEIS E AGRAVO RETIDO. AÇÕES DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA E DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMPROCEDÊNCIA DA PRIMEIRA E PROCEDÊNCIA DA SEGUNDA PRETENSÃO NA ORIGEM. APELOS DOS AUTORES/RÉUS VENCIDOS. [...] FALTA DE INTERESSE DE AGIR. CONDIÇÃO DA AÇÃO DEVIDAMENTE VERIFICADA. NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO JUDICIAL ESTATAL PARA DIRIMIR A CONTROVÉRSIA. INÉPCIA DA INICIAL. TEMA APRECIADO E TESE RECHAÇADA EM INTERLOCUTÓRIA IRRECORRIDA, PRECLUSÃO. PRESCRIÇÃO. LAPSO TEMPORAL INICIADO COM A NOTÍCIA DO ATO ESBULHATÓRIO. DEMANDA AFORADA EM MENOS DE UM MÊS DO TERMO A QUO. CAUSA EXTINTIVA NÃO CONSTATADA. POSSESSÓRIA. COMODATO. PACTO EXTINTO, MEDIANTE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO. RESTITUIÇÃO NÃO REALIZADA NO PRAZO CONCEDIDO. ESBULHO CARACTERIZADO. REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC PREENCHIDOS. DEVER DE REINTEGRAR GARANTIDO. [...] PREQUESTIONAMENTO. IMPERTINÊNCIA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS (Apelação Cível n. 2013.035756-9, de Biguaçu, rel. Des. Odson Cardoso Filho, j. 14-08-2014).

Desta forma, nega-se provimento ao recurso no ponto.

### **3 Mérito**

Trata-se de recurso de apelação interposto pela requerida, visando a reforma da sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de reintegração de posse embasada em contrato de comodato.

Sobre o caso em tela, sabe-se da existência de contrato verbal de distribuição de bebidas de trato sucessivo, a qual originou de forma acessória os contratos de comodato, sendo que tal fato fora alegado pela autora e confessado pela ré.

De igual modo, não há divergência quanto ao inadimplemento da

demandada, na medida em que ambos informam que os bens entregues em comodato não foram restituídos após a resilição do negócio jurídico havido entre as partes.

Doutro norte, conforme já informado, o presente feito é conexo com a ação condenatória n. 075.06.005459-4, em que restou consignado que a notificação extrajudicial encaminhada pela demandante para constituir a ré em mora era regular. Além disso, restou consignado que a atitude da parte autora em promover a resilição unilateral do contrato está em plena consonância com a boa-fé objetiva e encontra fundamento no princípio da exceção de contrato não cumprido, amparado no art. 476 do Código Civil.

Vale destacar, outrossim, a conduta comercial da demandante não importa, tampouco compromete a situação evidenciada nos autos, que diz respeito a pedido reintegratório de bens, o qual permanece deferido, ou seja, nos mesmos termos consignados pela sentença guerreada, já que a demandante demonstrou o preenchimento dos requisitos previstos pelo art. 927 do CPC.

Cumpra sublinhar que esta Corte tem jurisprudência sólida no sentido de que é ônus da comodatária promover a devolução dos bens.

Por oportuno, veja-se:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA PARTE DEMANDADA. VÍCIO DE CONSENTIMENTO OU DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. PRETENSA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO. MATÉRIA VENTILADA APENAS EM SEGUNDO GRAU. INOVAÇÃO RECURSAL. VIA ELEITA, ADEMAIS, INADEQUADA PARA SUSCITAR NULIDADE. NÃO CONHECIMENTO NESTE PONTO.

Aflige o princípio que veda a supressão de instância a agitação de matérias, tão-somente, em segundo grau de jurisdição, sem que elas tenham passado pelo crivo do e julgamento na origem. A anulação de

negócio jurídico deve ser buscada através de ação própria, não sendo cabível a discussão em sede de apelação, por ser tratar de via inadequada.

CONTRATO PARTICULAR DE PERMISSÃO DE USO DE SOLO E OUTRAS AVENÇAS QUE, EM VERDADE, SE TRATA DE CONTRATO DE COMODATO. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL PARA DESOCUPAÇÃO. PERMANÊNCIA NO IMÓVEL. ESBULHO CARACTERIZADO.

O comodato é um empréstimo de coisa infungíveis a título gratuito, que pode ser não solene e por tempo indeterminado, o qual cessa com a simples manifestação de vontade do comodante, quando o comodatário deverá restituir o bem.

O comodatário exerce posse precária. Notificado, obriga-se a devolver o objeto do comodato, pena de esbulho possessório remediável por meio da ação de reintegração de posse.

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ELEMENTOS DO ART. 927 DO CPC DE 1973 DEMONSTRADOS COM CLAREZA. PROCEDÊNCIA CONFIRMADA.

Para a procedência da ação de reintegração de posse, deve o interessado demonstrar - e o magistrado aferir - os elementos previstos no art. 927 do CPC, quais sejam, a posse, o esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho e a perda da posse.

Demonstrados tais elementos, é de se conferir a proteção possessória ao interessado, notadamente quando o apelo interposto resume-se a reiterar a matéria debatida em contestação sem demonstrar o porquê, especificamente, houve error in procedendo e error in iudicando.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO (Apelação n. 0000311-07.2013.8.24.0126, de Itapoá, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 10-5- 2016).

Ademais, a apelante ficou-se inerte na comprovação do cumprimento da obrigação anteriormente firmada, muito menos apresentou indícios de que colaboraria com a demandante, já que mesmo após citada nestes autos, não demonstrou qualquer tipo de cooperação.



Sendo assim, não há se falar em ausência de responsabilidade da parte recorrente, haja vista que é inconteste a necessidade de restituição dos bens entregues em comodato.

Por essas razões, nenhuma das pretensões formuladas pela apelante comportam acolhimento, sobretudo porque demonstrado, ao revés, que havia obrigação da requerida em restituir a empresa autora, após a resilição do negócio jurídico.

A sentença, portanto, merece permanecer incólume.

#### **4 Prequestionamento**

Por derradeiro, no que se refere ao prequestionamento pleiteado pela recorrente com o intuito de possibilitar a tramitação de eventuais recursos constitucionais, é assente na doutrina e na jurisprudência a desnecessidade de o julgador manifestar-se sobre todos os dispositivo de lei aventado pelas partes, quando resolve fundamentadamente a lide, expondo de maneira clara e precisa as razões que lhe formaram o convencimento.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, se manifestou do seguinte modo: “A exigência do prequestionamento não impõe que a decisão recorrida mencione expressamente o dispositivo constitucional indicado como violado no recurso extraordinário. Basta, para a configuração do requisito, o enfrentamento da questão pelo juízo de origem. [...]” (STF, RE 585028 AgR/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 3-5-2011).

Nega-se, portanto, o pleito prequestionatório.

Ante todo o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

É o voto.

**Apelação Cível n. 0300025-83.2015.8.24.0061, de Joinville**

Relator: Desembargador Robson Luz Varela

APELAÇÃO CÍVEL – “AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS” – CONTRATO DE TRANSPORTE DE CONTÊINERES E POSTERIOR DISTRATO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – RECURSO DA AUTORA.

DESERÇÃO – ALEGAÇÃO EM SEDE DE CONTRARRAZÕES – AUSÊNCIA DE JUNTADA DO COMPROVANTE DE PAGAMENTO DO PREPARO – BOLETO, TODAVIA, DEVIDAMENTE QUITADO, CONFORME CONSULTA PROMOVIDA NO SÍTIO ELETRÔNICO DESTES TRIBUNAL – PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS – PRELIMINAR REJEITADA.

A teor do art. 1.007 do Código de Processo Civil, “No ato de interposição do recurso, o recorrente provará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção”.

No caso, embora a GRJ juntada pela apelante não contenha o correspondente comprovante de pagamento, em consulta no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na guia “situação de boleto”, constata-se que o preparo recursal foi devidamente pago em 18/8/2017, mesma data do protocolo do apelo.

Assim, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas, mostra-se prescindível a intimação da recorrente para a demonstração da liquidação do título, devendo ser afastada a proemial de deserção arguida na resposta ao apelo.

DISCUSSÃO ACERCA DO DESCUMPRIMENTO DA CLÁUSULA 5.3 DA AVENÇA ORIGINÁRIA – DISPOSIÇÃO QUE PREVIA,

NA HIPÓTESE DE RUPTURA DO PACTO, A AQUISIÇÃO DE SETE CARRETAS PELAS APELADAS – OBRIGAÇÃO PRIMITIVA EXTINTA, ANTE A CELEBRAÇÃO DE DISTRATO – JUNTADA DO INSTRUMENTO NA CONTESTAÇÃO – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA DEMANDANTE – VALIDADE DO ÚLTIMO AJUSTE CELEBRADO ENTRE AS PARTES – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE – EXEGESE DO ART. 421 DO CÓDIGO CIVIL – ATO JURÍDICO LEGÍTIMO – REQUISITOS DOS ARTS. 104 E 472 DO MESMO DIPLOMA LEGAL CUMPRIDOS – ADEMAIS, NOVAS IMPOSIÇÕES CONTRATUAIS DECORRENTES DA RESCISÃO SATISFEITAS – ACORDO QUE DÁ PLENA E GERAL QUITAÇÃO DA AVENÇA INICIAL, MEDIANTE PAGAMENTO DO MONTANTE DE R\$ 80.000,00 (OITENTA MIL REAIS) – LIQUIDAÇÃO LEVADA A EFEITO – RECURSO DESPROVIDO NO PONTO.

A celebração de distrato rescinde o contrato originário e, por consequência, dele decorrem novas obrigações para as partes.

Para que referido instrumento detenha validade, mostra-se necessário que este possua a mesma forma prevista para o contrato (CC, art. 472), além de ser exigido o preenchimento dos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral (CC, art. 104).

Na hipótese, tendo as contendoras firmado distrato, em substituição ao primitivo contrato de transporte de contêineres, as disposições constantes naquele são as que se mostram passíveis de serem reivindicadas pelas contratantes.

Dessa forma, ficando a ruptura da relação negocial condicionada ao pagamento do valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), cuja liquidação restou promovida pelas rés/apeladas, inexistente qualquer outro encargo a ser postulado pela acionante, especialmente se este se relacionar a cláusula contratual originária já extinta por força do distrato.

DANOS MORAIS E MATERIAIS – TESE DE CONDUTA DANOSA DAS ACIONADAS, DIANTE DA INOBSERVÂNCIA AO PACTO ORIGINÁRIO – INOCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO, PORQUANTO VERIFICADA NOVA FORMA DE QUITAÇÃO DO

AJUSTE INICIAL NO DISTRATO – QUANTIA DE R\$ 80.000,00, ADEMAIS, EFETIVAMENTE SALDADA PELAS RÉS – DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO.

Diante da ausência de ato lícito, como no caso dos autos, não há falar em dano moral passível de reparação.

Por outro lado, tendo as acionadas efetuado o pagamento no importe convencionado a título de danos materiais (R\$ 80.000,00), inexistente qualquer quantia pendente de liquidação.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

PLEITO DE AFASTAMENTO FORMULADO NO RECURSO – IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO – INSURGENTE QUE NÃO IMPUGNOU A VALIDADE DO DISTRATO CARREADO PELA PARTE CONTRÁRIA E, AINDA, INSISTE NA CONDENAÇÃO COM BASE EM CONTRATO EXTINTO – NÍTIDA PRETENSÃO CONTRA CIRCUNSTÂNCIA INCONTROVERSA, BEM COMO ALTERAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS – CONDUTA DOLOSA EVIDENCIADA NOS AUTOS – DISPOSIÇÃO DO ART. 80, I E II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NO PONTO.

Conforme dispõe o art. 80, I e II, do Código de Processo Civil: “Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos.”

Na situação “sub judice”, vislumbra-se que a autora não mencionou a realização do distrato na exordial e sequer o impugnou em sua réplica, insistindo na condenação das apeladas com base em contrato extinto.

Dessarte, evidenciada a conduta dolosa da irredimível por deduzir pretensão contra fato incontroverso e alterar a verdade dos fatos, é de ser conservada a condenação por litigância de má-fé imposta na decisão do primeiro grau de jurisdição.

PEDIDO DE MAJORAÇÃO DA PENALIDADE DEDUZIDO NA RESPOSTA AO APELO – VIA ELEITA INADEQUADA PARA O FIM A QUE SE DESTINA – NÃO CONHECIMENTO DA

## POSTULAÇÃO.

As contrarrazões recursais não se apresentam como a via processual adequada à formulação de pedido de majoração da multa por litigância de má-fé imposta na sentença.

HONORÁRIOS RECURSAIS – RECLAMO DESPROVIDO E APRESENTAÇÃO DE CONTRARRAZÕES – TODAVIA, VERBA ADVOCATÍCIA FIXADA NA ORIGEM NO PATAMAR MÁXIMO – IMPOSSIBILIDADE DE ELEVAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. – INTELIGÊNCIA DO ART. 85, §§ 2º E 6º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Sob a premissa de que o estipêndio patronal sucumbencial é devido em função do trabalho realizado pelos causídicos, prevê a atual legislação processual civil a possibilidade de majoração dos honorários por ocasião do julgamento do recurso (CPC/2015, art. 85, § 11).

Na espécie, a apresentação de contrarrazões ao recurso desprovido justificaria a majoração de honorários advocatícios, no entanto, o regramento processual ressalva em sua parte final que é vedado ultrapassar os limites dispostos nos §§ 2º e 3º.

Desta forma, considerando que o juiz singular fixou os honorários advocatícios em patamar máximo, qual seja, 20% sobre o valor atualizado da causa, mostra-se incabível, na hipótese, a majoração da verba patronal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300025-83.2015.8.24.0061, da comarca de Joinville 1ª Vara Cível em que é Apelante Otm Soluções Logísticas Ltda e Apelados WRC Operadores Portuários S/A e outro.

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, a) afastar a preliminar de deserção arguida em sede de contrarrazões; b) no mérito, negar provimento ao recurso e; c) não conhecer do pedido de majoração da penalidade por litigância de má-fé. Custas legais.

Do julgamento, realizado em 19 de junho de 2018 participaram os Exmos. Srs. Des. Newton Varela Júnior e Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 27 de junho de 2018.

Desembargador Robson Luz Varella  
Presidente e Relator

## RELATÓRIO

OTM Soluções Logísticas Ltda. ajuizou a denominada “ação cominatória de obrigação de fazer com reparação de danos materiais e morais” em desfavor de WRC Operadores Portuários S/A e TESC – Terminal de Santa Catarina S/A, narrando, em suma, ter firmado contrato de transporte de contêineres com as empresas réis, o qual restou rescindido em 28/02/2012.

Ocorre que, em decorrência da quebra do pacto, as acionadas haveriam de cumprir a determinação contida na cláusula 5.3 da avença, a qual estabelecia o dever da contratante em adquirir 8 (oito) carretas por si disponibilizadas, caso cancelado o ajuste de vontades.

Todavia, alegou o descumprimento, por parte das demandadas, quanto à referida disposição e, por este motivo, requereu a procedência do pedido a fim de compelir as adversárias a efetuarem a aludida aquisição bem como para condená-las ao pagamento de indenização por danos materiais e morais (fls. 1/8).

Em sua contestação (fls. 56/68), as réis rebateram os pontos alegados na exordial, sob o argumento de que formalizaram distrato ao contrato de transporte de contêineres (fls. 101/103) e, após a nova pactuação, o negócio jurídico originário estaria extinto, passando a vigor o novo acordo celebrado.

Réplica às fls. 128/130.

Às fls. 131/132, o magistrado designou a realização de audiência

de saneamento e organização do processo, no entanto, durante o ato solene, a tentativa de acordo restou infrutífera (fl. 135).

Sobreveio sentença de mérito (fls. 141/146) nos seguintes termos:

Ante o exposto, com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos deduzidos por OTM Soluções Logísticas Ltda em face de WRC Operadores Portuários S/A e TESC – Terminal de Santa Catarina S/A. CONDENO a parte autora ao pagamento de multa por litigância de má-fé, no importe de 5% do valor atualizado da causa em favor da parte ré, nos termos do artigo 81, do Código de Processo Civil.

Tendo em vista a sucumbência, CONDENO a parte autora ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios da parte ré, esses últimos no importe de 20% do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Às fls. 150/158, a parte autora interpôs recurso de apelação, alegando, em síntese, que não exigiu o valor pago pelas apeladas, apenas postulou o cumprimento do distrato relativamente à aquisição das carretas, conforme disposição da cláusula 5.3 da avença originária.

Afirmou a ausência de fundamento para a aplicação da litigância de má-fé, diante da convenção expressa.

Acrescentou que o instrumento de distrato juntado na contestação reafirma o seu direito, nos termos expostos.

Ponderou que a mora das acionadas, bem como sua conduta danosa, negligente e antijurídica, desde 2012, vem lhe acarretando prejuízo econômico, estando configurados, na hipótese, os danos morais e materiais suportados.

Por fim, mencionou ter a sentença ignorado a obrigação assumida pelas recorridas no contrato, violando o princípio da segurança jurídica.

A parte apelada apresentou contrarrazões às fls. 163/171,

suscitando, em preliminar, o não conhecimento do recurso, por inexistência de comprovação do pagamento do preparo. No mérito, sustentou a distorção da realidade fática e processual pela insurgente, motivo pelo qual requereu a majoração da litigância de má-fé aplicada no “decisum”.

Este é o relatório.

## VOTO

Dispõe o art. 14 do Código de Processo Civil vigente (Lei 13.105/2015) que a incidência do Diploma em questão deve observar “os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”. Partindo dessa premissa, e considerando a entrada em vigor deste normativo em 18/3/2016, entende-se que os recursos movidos contra sentenças publicadas após esta data devem, por conseguinte, ser examinados sob a égide de seus preceitos, caso dos presentes autos, em que a decisão recorrida foi publicada na data de 21/7/2017.

### **Preliminar de deserção**

Antes de adentrar ao mérito da insurgência recursal, necessário analisar a alegação, formulada em sede de contrarrazões, no que se refere à admissibilidade do recurso interposto pela demandante.

Requeram as apeladas o reconhecimento da deserção da apelação interposta pela parte adversa, arguindo, para tanto, a ausência do comprovante de pagamento do preparo.

No entanto, tal argumento não merece guarida.

A teor do art. 1.007 do Código de Processo Civil, “No ato de interposição do recurso, o recorrente provará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno,



sob pena de deserção”.

Na espécie, embora a GRJ juntada pela insurgente à fl. 159 não contenha o correspondente comprovante de pagamento, em consulta no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na guia “situação de boleto”, constata-se que o preparo recursal foi devidamente realizado em 18/8/2017, mesma data do protocolo do apelo.

É o entendimento deste Relator:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - PROTESTO DE CHEQUES - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PROFERIDA SOB A ÉGIDE DO REGRAMENTO PROCESSUAL CIVIL DE 1973 - APELO INTERPOSTO PELO SEGUNDO RÉU. PRELIMINAR ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES - DESERÇÃO - SUSTENTADA IMPOSSIBILIDADE DE ACEITAÇÃO DE PAGAMENTO EFETUADO PELA INTERNET - RECOLHIMENTO DO PREPARO REALIZADO PELO SISTEMA “BANKLINE” DO BANCO BRADESCO S/A - AFASTAMENTO.

Das orientações extraídas do sítio eletrônico desta Corte para “Recolhimentos de custas ao Poder Judiciário de Santa Catarina por meio de boleto bancário”, denota-se que o documento emitido para a quitação do preparo recursal poderá ser adimplido em qualquer instituição bancária, nos terminais de auto-atendimento eletrônico ou, ainda, pela internet.

Nesse contexto, plenamente viável o recolhimento do preparo liquidado pela rede mundial de computadores.

Ademais, “in casu”, **constata-se, igualmente do “site” deste Tribunal de Justiça, em consulta da situação do boleto, ter sido o pagamento realizado em conformidade com a documentação apresentada pela parte apelante.**

[...] (Apelação Cível n. 0033588-55.2011.8.24.0038, j. em 27/9/2016)  
(grifos para destaque)

Assim, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas, mostra-se prescindível a intimação da recorrente para a demonstração da liquidação do título, devendo ser afastada a proemial de deserção arguida na resposta ao apelo.

### **Mérito**

Consiste a insurgência em apelação cível aviada pela parte autora contra sentença de improcedência do pedido inicial, condenando-a ao pagamento de multa por litigância de má-fé e das despesas processuais e honorários advocatícios em favor das apeladas no importe de 20% sobre o valor atualizado da causa.

A presente ação versa sobre a responsabilidade civil contratual resultante do suposto descumprimento de obrigações contraídas através do contrato de transporte de contêineres firmado entre a acionante e as acionadas, no qual a primeira é cessionária de direitos.

Vislumbra-se que, de acordo com as alegações da irresignante, as rés teriam rescindido o contrato objeto da lide e, por conta do desfazimento da avença, estariam na obrigação de cumprir o disposto na cláusula 5ª (quinta), item “5.3”, do pacto, referente à rescisão contratual, isto é, deveriam adquirir as 7 (sete) carretas mencionadas na cláusula 1.1.1 pelo valor contábil.

Apesar disso, as recorridas teriam permanecido inertes acerca da aquisição dos veículos, motivo pelo qual a insurgente ingressou com a “actio” a fim de satisfazer seu direito, requerendo, ainda, a condenação das apeladas ao pagamento de danos materiais e morais.

Da análise fático probatória dos autos, infere-se que, a despeito das razões recursais deduzidas pela ora apelante, estas não merecem prosperar.

Os pontos atacados no reclamo serão analisados separadamente, no intuito de facilitar a compreensão.

Discussão acerca do descumprimento da cláusula 5.3 da avença originária

Do exame do contrato de transporte de contêineres de fls. 11/17, denota-se haver sido estipulado na cláusula 5ª (quinta), item “5.3”, a possibilidade dos contratantes (acionadas) rescindirem livremente o pacto desde que comunicassem a contratada (acionante) no prazo de 60 (sessenta) dias e adquirissem, pelo valor contábil, as 7 (sete) carretas mencionadas na cláusula 1.1.1.

Por outro lado, ao apresentar sua resposta, em forma de contestação, as empresas demandadas, trouxeram aos autos a formalização do “distrato ao contrato de transporte de containers”, no qual ajustaram, em comum acordo, nova forma de quitação da avença “sub judicic” (fls. 101/103).

Veja-se:

1.1 Para quitação do contrato, as partes acordam que a WRC e o TESC pagarão à OTM, a título de quitação total de débitos a ele relacionados, incluídos os itens 2.2 e 6.1, do contrato distratado, o valor de R\$80.000,00 (oitenta mil reais) da seguinte forma:

(i) R\$40.000,00 (quarenta mil reais) no dia 20 (vinte) de fevereiro de 2013, através de transferência bancária, na conta corrente da OTM sob o nº 86290 da agência 2093 do Banco Bradesco S.A, e

(ii) R\$40.000,00 (quarenta mil reais) no dia 14 (quatorze) de abril de 2013, através de transferência bancária, na conta corrente da OTM sob o nº86290 da agência 2093 do Banco Bradesco S.A.

1.2 As carretas disponibilizadas pela OTM à WRC e ao TESC para a prestação dos serviços são negociadas da seguinte forma:

(i) 07 (sete) carretas S. reboque CH Cteiner Reb/Lençóis, ano 2004/2004, de propriedade da WRC e do TESC serão negociadas com terceiros e, assim que realizada a venda das mesma, os valores obtidos com a venda serão utilizados para aquisição de 07 (sete) carretas marca e modelo

CAR/S.REBOQUE/CH CTEINER SR/RODOLINEA PC 402E, ano 2008/2009 de propriedade da OTM, utilizadas para prestação dos serviços à WRC ao TESC.

(ii) As carretas da OTM e do TESC, devem estar em perfeitas condições de uso e devidamente livres e desembaraçadas de qualquer ônus.

(iii) os valores utilizados para comercialização das carretas indicadas no item (i), deste subitem, devem observar os valores de mercado.

(iv) No caso de sucesso efetivo, por parte da OTM, na venda das carretas do TESC, o TESC se compromete a adquirir, mediante a venda de mais uma carreta do próprio TESC, uma 8ª (oitava) carreta da OTM, de marca e modelo conforme a cláusula 1.2, subitem (i)”

Tal documento não foi colacionado pela autora na exordial e sequer impugnado na réplica.

Nesse caso, muito embora ausente questionamento da apelante acerca do distrato apresentado pelas recorridas na contestação, o que aponta para a existência de pactuação de novo negócio jurídico entre as partes, cumpre perquirir sua validade.

Ao distrato se aplica o princípio da autonomia da vontade, disposto no art. 421 do Código Civil, o qual consiste em arbítrio do indivíduo em firmar o negócio jurídico ou não celebrá-lo, de acordo com seus interesses, além da liberdade de pactuar o objeto do contrato e com quem queira contratar.

Desse modo, a partir do princípio da autonomia da vontade, os litigantes optaram transigir por intermédio de instrumento particular, subscrito por 2 (duas) testemunhas, sendo o meio eleito juridicamente viável, pois não se exige que a quitação seja levada a efeito por instrumento

público (CC, art. 320).

Além disso, em observância ao art. 472 do referido ordenamento, o qual preceitua que: “O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”, verifica-se ter essa via de dissolução contratual sido formalizada pelos integrantes do contrato nos mesmos moldes do pacto originário, isto é, encerrando as características integrativas de um lídimo pacto abrangendo identidade de partes, de objeto, sendo redigido por escrito e oriundo do ajuste voluntário de vontades.

Sob o prisma do direito material, na relação que ora se debate, o ato jurídico, encontra esteio no art. 104 do “Codex” Civilista, cuja dicção estabelece que “a validade do ato jurídico requer agente capaz (I); objeto lícito, possível, determinado ou determinável (II); forma prescrita ou não defesa em lei (III)”.

Sobre o negócio jurídico, ensina Arnaldo Rizzardo:

A vontade constituiu o elemento principal ou o cerne do negócio jurídico, pois ela determina a criação, a modificação ou a extinção da expressão do ser humano. Salienta Sílvio Rodrigues que, tendo o Código Civil “partido do pressuposto de que o ato jurídico é o ato lícito de vontade, esta, naturalmente, constitui o substrato daquele, e as regras a seguir estatuídas são uma decorrência lógica de tal posição original”. (Dos Vícios do Consentimento, Editora Saraiva, São Paulo, 1989, 3ª ed., pp. 9 e 10). Unicamente depois da manifestação da vontade adquire forma o negócio jurídico, iniciando a ter validade. (Parte geral do código civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 413)

Na hipótese, observa-se que o distrato fora subscrito pelos representantes legais das empresas contratantes e contratada, ou seja, por agentes capazes, objeto lícito, possível e determinado, além de forma não defesa em lei.

Dessarte, incidindo sobre o instrumento em questão o princípio da autonomia da vontade e restando preenchidos os pressupostos de validade do ato jurídico, reconhece-se como legítimo o documento

carreado às fls. 101/103 para o desiderato a que se prestava, qual seja, quitação plena, geral, rasa e irrevogável das obrigações decorrentes da relação negocial.

Frise-se, ademais, que as demandadas, conforme comprovantes de fls. 106/107, efetuaram o pagamento do valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) firmado no distrato referente aos débitos do contrato inicial, incluindo os seguintes itens:

2.2 – O reajuste do preço será anual e de acordo com o INPC – base setembro de 2008.

6.1 – As CONTRATANTES garantem à CONTRATADA e à empresa mencionada na cláusula 5.1.1, em conjunto de 85.000 movimentos ao ano, sendo que, no caso desta marca não ser atingida, as CONTRATANTES pagarão a importância de R\$23,50 (vinte e três reais e cinquenta centavos) por “container” cheio que a CONTRATADA e a TRANSILHA COMISS. DESPACHOS MARÍTIMOS SERVIÇOS CORRELATOS LTDA. transportaram.

Assim, há cabal demonstração de que as rés cumpriram o estabelecido no acordo, ficando pendente apenas a obrigação inerente à venda das carretas pela acionante, isto é, a plena e geral quitação do distrato estaria condicionada à ação a ser praticada pela própria autora.

Importa salientar a ausência de qualquer circunstância nos autos que indique não ter sido o distrato celebrado de comum acordo; muito pelo contrário, a insurgente confirma no recurso de apelação a existência de encontro de vontades, considerando a efetiva pactuação do aludido distrato. No entanto, limita-se a argumentar que não exigiu o montante de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) pago pelas apeladas, mas sim, requereu a aquisição das 8 (oito) carretas, conforme estabelecia o pacto primitivo.

Apesar disso, sem razão a apelante, especialmente porque a convenção do distrato, com a conseqüente formalização de novo acordo, invalida o negócio jurídico originário.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. CONTRATO ESCRITO DE COMPRA E VENDA DE VEÍCULO AUTOMOTOR. NÃO CUMPRIMENTO DA AVENÇA. CONCESSÃO RECÍPROCA DE EXTINÇÃO DO NEGÓCIO CULMINANDO COM A RESTITUIÇÃO DO BEM E PAGAMENTO DE VALOR AO COMPRADOR. DISTRATO VERBAL CARACTERIZADO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS PENAIAS DO PACTO ORIGINÁRIO. LITÍGIO QUE DEMANDA AÇÃO PRÓPRIA. RECONVENÇÃO. RECONVINTE QUE DECAI DA MAIOR PARTE DO PEDIDO. INTEGRALIDADE DAS CUSTAS PROCESSUAIS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

**Extinguindo-se o contrato de comum acordo pelas partes, ainda que verbal, deixam-se as cláusulas originais de irradiar efeitos ao futuro, subsistindo, a partir do distrato, um novo negócio.** A parte que decai de maior parte do pedido deve arcar com a totalidade dos custos do processo (art 21, § único, do CPC/1973). (Apelação Cível n. 0009890-80.2011.8.24.0018, Rel. Des. Fernando Carioni, j. em 19/9/2017) (grifos para destaque)

Ademais, atenta-se para o fato de que, na inicial, inexistente qualquer consideração acerca da realização de distrato, situação somente suscitada, superficialmente, no recurso de apelação.

Não é demais enfatizar que, nos termos do art. 849 do Código Civil, “A transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa”.

Ademais, “a arguição de vícios de consentimento em negócio jurídico somente é reconhecida quando plenamente comprovado, porquanto temerário o seu reconhecimento por meros indícios ou

presunções” (Apelação Cível n. 2006.039829-5, Rel. Des. Fernando Carioni, j. em 22/5/2007).

“Mutatis mutandis”, colhe-se da jurisprudência:

**REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. DISTRATO. AUSENTE VÍCIO DE VONTADE**, A RESCISÃO DO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL, COM QUITAÇÃO PLENA, OBSTA A POSTULAÇÃO DE DIFERENÇAS QUE ENTENDA O REPRESENTANTE LHE SEJAM DEVIDAS. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DESPROVIDO. (TJRS, Apelação Cível n. 70054183900, Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, j. em 23/5/2013)

E também:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATOS DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RESCISÕES POR ACORDOS ENTRE AS PARTES. PLENA QUITAÇÃO DAS VERBAS DO REPRESENTANTE. INSTRUMENTOS DE DISTRATO DEVIDAMENTE ASSINADOS PELOS LITIGANTES. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** Quando o contrato de representação comercial é rescindido por acordo entre as partes, não é devida nenhuma indenização. Assim, caso o representante resolva reduzir sua atividade, ou mesmo cessá-la, e procure o representado para propor a dissolução do vínculo contratual, ele não pode exigir ressarcimento nenhum. [...] Como a representação comercial é contrato interempresarial, impera a autonomia da vontade na composição dos interesses de cada empresário contratante, inclusive na negociação do término do vínculo. (COELHO; Fábio Ulhoa; Curso de Direito Comercial - Volume 3; 13ª ed.; Ed. Saraiva; 2012). (TJSC, Apelação Cível n. 2008.021595-9, Rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, j. em 30/1/2013)

Registre-se que a demandante, em seu apelo, mesmo ciente do desfazimento do contrato originário, cumula obrigações previstas naquele (aquisição das 7 (sete) carretas por parte das apeladas) e no distrato (postula o cumprimento integral deste instrumento, ou seja, o



pagamento de R\$ 80.000,00 e a compra da oitava carreta, caso a autora consiga efetuar a venda dos outros sete veículos), sendo este último o que deverá prevalecer.

Dessa maneira, ao contrário do alegado pela insurgente em seu apelo, verifica-se que o magistrado “a quo” não ignorou obrigação assumida no contrato, ao revés, analisou os pedidos considerando a existência do distrato com novas obrigações formadas. Nesse prisma, caberia a acionante comprovar a invalidade o negócio jurídico firmado, entretanto, como se vê, isso não ocorreu.

Pelos motivos supra expostos, porquanto escoreita a rescisão contratual realizada, incabível que a demandante, ora apelante, exija das rés a aquisição das carretas conforme o pacto originário previa, porquanto o distrato formalizou nova forma de quitação, a qual já teria sido cumprida pelas apeladas na parte que lhes cabia.

Assim, mantém-se inalterada a sentença de improcedência.

### Dos danos morais e materiais

Aduz a irresignante a necessidade de condenação das acionadas por danos morais e materiais, tendo em vista a conduta danosa por estas praticada, consistente na inobservância do pacto originário.

Na hipótese dos autos, contudo, vislumbra-se que o contrato originário não foi descumprido; pelo contrário, as apeladas contataram a apelante no sentido de fazer cumprir a cláusula 5.3. No entanto, formalizaram distrato, sendo neste pactuada nova forma de quitação da avença.

Outrossim, a transação originária restou extinta, passando a valer o novo negócio jurídico realizado.

Dessa forma, conclui-se pela inocorrência de ato ilícito e, ainda, que o montante convencionado no distrato a título de danos materiais (R\$80.000,00, oitenta mil reais) já foi efetivamente pago pelas acionadas,

motivo pelo qual não merece guarida a pretensão de reparação por danos morais e materiais.

### Da litigância de má-fé

No que se refere à condenação por litigância de má-fé, requer a insurgente o seu afastamento, sob o seguinte argumento: “O item 2.1 dos pedidos da petição inicial é claro ao exigir o cumprimento da cláusula 5.3 do distrato, que diz respeito a aquisição dos veículos lá discriminados e devidamente avaliados. Assim, não há fundamento para a condenação por litigância de má-fé, uma vez que não há elemento algum para configurar ou sustentar tal condenação” (fls. 154/155).

Dispõe o art. 80, do CPC/2015, ao tratar da litigância de má-fé, que: “Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; [...]”

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery sobre o assunto lecionam:

É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbus litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer [...] (Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 5ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 397)

Considerando ter o distrato formalizado entre as partes extinguido o contrato originário e que a apelante sequer mencionou sua realização na peça inicial e na manifestação à contestação, resta clarividente a sua condição de litigante de má-fé, pois, como bem fundamentando na decisão vergastada: “a pleiteante deixa de impugnar a válida formalização do distrato, e mesmo assim, insiste na condenação com base em um contrato extinto” (fl. 145).

Assim, constata-se que a recorrente agiu de má-fé alterando nitidamente a verdade dos fatos.

Nesse sentido:

Apelações cíveis. Ação monitória. [...] Alegada litigância de má-fé do requerente. Situação configurada. Alteração da verdade dos fatos e utilização de processo para alcançar objetivo ilegal. Multa imposta. Artigos 80, II e III, e 81 do CPC/2015. (Apelação Cível n. 0000492-63.2012.8.24.0022, Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. em 26/4/2018)

Por essa razão, caracterizada está a litigância de má-fé, motivo pelo qual é medida impositiva a manutenção da sentença no ponto.

Ainda sobre o assunto, em sede de contrarrazões, as recorridas pugnaram pela majoração da multa aplicada pela litigância de má-fé.

Ocorre que, sob pena de ofensa ao princípio do “tantum devolutum quantum appellatum”, não há que se conhecer do pedido, haja vista que a via processual eleita mostra-se inadequada para este fim.

Sobre o tema, é o entendimento desta Corte de Justiça:

**APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDAS. CONTRATOS ANTERIORES. DETERMINAÇÃO DE JUNTADA. DESCUMPRIMENTO. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ DO TÍTULO EXEQUENDO. EXTINÇÃO DA AÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.**

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça “admite a revisão de contratos anteriores, a fim de verificar eventuais ilegalidades, ainda que tenha havido quitação ou novação da dívida (Súmula 286/STJ). Nesta linha, é possível determinar ao exequente a juntada de documentos e demonstrativos referentes à dívida objeto da execução, sob pena de extinção do processo em caso de descumprimento. 3. Agravo interno a que se nega provimento” (STJ, AgRg. no REsp. n. 827.215/SC, Quarta Turma, rel. Min. Raul Araújo, DJe de 27-6-2012) **REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ALEGADA RECIPROCIDADE DA SUCUMBÊNCIA. NÃO VERIFICAÇÃO DECAIMENTO DA TOTALIDADE DOS PEDIDOS.**

“Não há sucumbência recíproca quando uma das partes decai

integralmente do pedido.” (STJ, AgRg no AREsp 105.770/SP, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJe 19-3-2012)

**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. CONTRARRAZÕES. VIA PROCESSUAL INADEQUADA.**

**“As contrarrazões têm como escopo apenas corroborar a manutenção dos fundamentos esposados pelo Tribunal de origem e rebater as afirmações contidas no recurso interposto, não se prestando a albergar pedido de reforma do aresto objurgado, consoante os princípios da non reformatio in pejus e do tantum devolutum quantum appellatum.”** (STJ, RMS n. 31.167/ES, Quinta Turma, rela. Mina. Laurita Vaz, DJe de 1-2-2012) (Apelação Cível n. 0000672-49.2014.8.24.0074, Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Janice Goulart Garcia Ubialli, j. em 11/8/2016) (grifos para destaque)

Portanto, não se conhece do pleito de elevação da penalidade formulado pelas apeladas na resposta ao apelo.

**Honorários recursais**

Sob a premissa de que a verba patronal sucumbencial é devida em função do trabalho realizado pelos causídicos, prevê a atual legislação processual civil a possibilidade de majoração dos honorários por ocasião do julgamento do recurso.

O § 11 do art. 85 do Novel Diploma Processual estabelece: “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”.

Os dispositivos mencionados estabelecem o seguinte:

Art. 85 [...]

§ 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.

[...]

§ 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

Nesse viés, na situação dos presentes autos, a apresentação de contrarrazões ao recurso desprovido justificaria a majoração de honorários advocatícios, no entanto, o mencionado regramento processual ressalva em sua parte final que é vedado ultrapassar os limites prescritos nos §§ 2º e 3º.

Sobre o assunto, já decidiu esta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE NOTA PROMISSÓRIA VINCULADA A CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ACOLHIDA. SENTENÇA QUE EXTINGUIU A EXECUÇÃO DIANTE DA SATISFAÇÃO TOTAL DA DÍVIDA, NOS TERMOS DO ART. 924, III, DO CPC/2015. RECURSO DA EXEQUENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO PRODUÇÃO DE PROVAS. ALEGAÇÃO DE NÃO CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, PORQUANTO NECESSÁRIA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA DEMONSTRADA DE PLANO PELO EXECUTADO. PROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE À PROLAÇÃO SENTENCIAL. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

[...]

**HONORÁRIOS RECURSAIS. APRESENTAÇÃO DE CONTRARRAZÕES. CONTUDO, VERBA ADVOCATÍCIA FIXADA NA SENTENÇA VERGASTADA EM PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. EXEGESE DO ART. 85, § 11, DO CPC/2015. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** (Apelação Cível n. 0005199-57.2014.8.24.0005, Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Rejane Andersen, j. em 24/4/2018) (grifos para destaque)

Desta forma, considerando que o juiz singular fixou os honorários advocatícios em patamar máximo, qual seja, 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, é incabível, na hipótese, a majoração da verba honorária.

### **Dispositivo**

“Ex positis”, o voto é no sentido de: a) afastar a preliminar de deserção arguida em sede de contrarrazões; b) no mérito, negar provimento ao recurso e; c) não conhecer do pedido de majoração da penalidade por litigância de má-fé.

**TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL****Apelação Cível n. 0008553-98.2011.8.24.0004, de Araranguá**

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

AÇÃO MONITÓRIA. COMPRA E VENDA DE ESTUFA. CHEQUES. CONTA CONJUNTA. SENTENÇA QUE ACOLHEU, EM PARTE, OS EMBARGOS MONITÓRIOS PARA: A) EXTINGUIR O FEITO EM RELAÇÃO AO DEMANDADO NÃO EMITENTE DAS CÁRTULAS, POR ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*; B) CONDENAR A CORRÉ EMITENTE AO PAGAMENTO DOS VALORES REPRESENTADOS NOS TÍTULOS.

**RECURSO DO POLO RÉU/EMBARGANTE.**

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA, PORQUANTO NÃO OPORTUNIZADA A PRODUÇÃO DE PROVA ORAL, MEDIANTE A QUAL SERIA DEMONSTRADA A REALIZAÇÃO DE RECLAMAÇÃO, DENTRO DO PRAZO DE 90 (NOVENTA) DIAS, PREVISTO NO ART. 26, INC. II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, À EMPRESA AUTORA/EMBARGADA QUANTO AOS DEFEITOS DA MERCADORIA ADQUIRIDA. MÁCULA INOCORRENTE. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIO OU INÍCIO DE PROVA ESCRITA A CORROBORAR A TESE DOS EMBARGANTES. PARTE AUTORA/EMBARGADA, ADEMAIS, QUE, AO CONTRÁRIO DO QUE BUSCA FAZER CRER O POLO RECORRENTE, NÃO CONFESSOU A EXISTÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO TEMPESTIVA. PREFACIAL AFASTADA.

MÉRITO. EXISTÊNCIA DA COMPRA E VENDA, RECEBIMENTO DA MERCADORIA E NÃO

PAGAMENTO POR PARTE DOS REQUERIDOS/ EMBARGANTES INCONTROVERSOS NOS AUTOS. IRRESIGNAÇÃO CALCADA, EXCLUSIVAMENTE, EM EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. SUSCITADA EXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PRODUTO ADQUIRIDO. ARGUMENTAÇÃO LANÇADA A DESTEMPO. ESCOAMENTO DO LAPSO DECADENCIAL DA PRETENSÃO REDIBITÓRIA. PRAZO DE 90 (NOVENTA) DIAS, PREVISTO NO ART. 26, INC. II, DO ESTATUTO CONSUMERISTA. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE HOUVE RECLAMAÇÃO NESTE PRAZO AO FORNECEDOR. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE PROVA DA AVENTADA DEVOLUÇÃO DA MERCADORIA. RESCISÃO DA AVENÇA INVIÁVEL. CRÉDITO RECLAMADO DEVIDAMENTE DEMONSTRADO NOS AUTOS. SENTENÇA MANTIDA.

PEDIDO SUCESSIVO DE VEDAÇÃO DA COMPENSAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. NÃO ACOLHIMENTO. DICÇÃO DA SÚMULA 306 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, APLICÁVEL À HIPÓTESE, EM RAZÃO DE A SENTENÇA COMBATIDA TER SIDO PUBLICADA ANTES DE 18.03.2016, QUANDO ENTROU EM VIGOR O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, QUE OBSTOU REFERIDA MEDIDA EM SEU ART. 85, § 14.

TENCIONADA ADEQUAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ESTABELECIDOS EM FAVOR DO PROCURADOR DO RÉU/EMBARGANTE NÃO EMITENTE DAS CÂRTULAS, A FIM DE FIXÁ-LOS EM 20% (VINTE POR CENTO) DO IMPORTE COBRADO NA PRESENTE DEMANDA. IMPOSSIBILIDADE. ARBITRAMENTO DA VERBA ADVOCATÍCIA EM PERCENTUAL EQUIVALENTE A 15% (QUINZE POR CENTO) SOBRE A DIFERENÇA ENTRE O VALOR INICIAL DADO À AÇÃO E AQUELE ADOTADO EM RAZÃO DA SENTENÇA (DIFERENÇA ESTA DA ORDEM



DE R\$ 5.000,00 [CINCO MIL REAIS]), ADEQUADO E SUFICIENTE PARA REMUNERAR COM DIGNIDADE O ENCARGO PROFISSIONAL. CONSERVAÇÃO DA SENTENÇA NESTE PONTO QUE SE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível n. 0008553-98.2011.8.24.0004, da comarca de Araranguá (2ª Vara Cível), em que são Apelantes Jorge Felipe e outro, e é Apelada MS Indústria e Comércio de Máquinas e Equipamentos Agrícolas Ltda.:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva e Des. Gilberto Gomes de Oliveira.

Florianópolis, 28 de junho de 2018.

Desembargador Tulio Pinheiro  
PRESIDENTE E RELATOR

## RELATÓRIO

Perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Araranguá, MS Indústria e Comércio de Máquinas e Equipamentos Agrícolas Ltda. ajuizou ação monitória em face de Jorge Felipe e Patrícia Gomes, objetivando a satisfação de crédito estimado na inicial em R\$ 29.750,32 (vinte e nove mil, setecentos e cinquenta reais e trinta e dois centavos), representado por 2 (dois) cheques, emitidos pela requerida Patrícia para pagamento de 1 (uma) estufa elétrica, adquirida em 12.09.2009, os quais foram devolvidos, um por “insuficiência de fundos” e outro por “cancelamento” (fls. 2/5).

Citados, os requeridos ofertaram embargos monitórios (fls. 29/39). Preliminarmente, arguiram a ilegitimidade passiva *ad causam* do demandado Jorge Felipe, ao argumento de que, embora se tratasse de conta corrente conjunta, os cheques foram emitidos isoladamente pela corré (Patrícia). Ainda em prefacial, sustentaram a inépcia da inicial, em razão da não declinação da *causa debendi*. No mérito, alegaram que as cártulas cobradas referem-se à compra e venda de uma estufa, ocorrida em julho de 2009, a qual, já nos primeiros dias do mês de novembro daquele ano, apresentou vários defeitos. Disseram ter entrado em contato com a autora/embargada, que procurou resolver os problemas do equipamento, sem contudo, obter êxito. Declararam, ainda, ter havido uma negociação entre os litigantes, pela qual se comprometeram a devolver a estufa, enquanto a requerente/embargada cancelaria a cobrança. Salientaram que a transação não foi cumprida pela autora, que retirou a estufa, mas exigiu os valores dos cheques. Destacaram, outrossim, ser aplicável à hipótese o Código de Defesa do Consumidor, bem como cabível a inversão do ônus da prova. Ao final, concluíram pela inexistência dos títulos que embasam a inicial. Sucessivamente, requereram a incidência dos juros de mora desde a citação. Juntaram aos autos mídia (CD) e fotografias, a fim de demonstrar os aventados vícios na estufa adquirida (fls. 40/62).

Houve réplica por parte da autora/embargada, a qual, dentre outros aspectos, defendeu a legitimidade do demandado Jorge Felipe, ao argumento de que consta no verso das cártulas a assinatura deste, e ressaltou, por outro lado, não ter sido notificada acerca da persistência dos defeitos da estufa (fls. 66/71).

Em decisão saneadora à fl. 72, o MM. Juiz Gustavo Santos Mottola, após registrar a semelhança das caligrafias constantes no campo do emitente e no verso dos cheques, determinou a intimação da parte autora/embargada para que, no prazo de 10 (dez) dias, insistisse ou não na atribuição da assinatura ao requerido/embargante Jorge, advertindo que o silêncio seria interpretado como desistência de eventual prova

pericial.

A demandante/embargada, contudo, permaneceu inerte (certidão de fl. 74).

Na sequência, ao sentenciar, o douto magistrado de origem acolheu, em parte, os embargos monitórios para: a) extinguir o feito em relação à Jorge Felipe por ilegitimidade passiva *ad causam*; b) condenar a corré Patrícia Gomes ao pagamento dos valores representados nos títulos; c) responsabilizar a parte embargante por 70% (setenta por cento) das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, em favor do procurador da embargada, e condenar a embargada, por sua vez, ao pagamento de 30% (trinta por cento) das custas processuais e dos honorários advocatícios em favor do procurador da embargante, estabelecidos em 15% (quinze por cento) sobre a diferença entre o valor inicial dado à execução e aquele que será adotado em razão da decisão; d) determinar a compensação dos honorários advocatícios; e) suspender a exigibilidade das verbas sucumbenciais em relação à corré Patrícia, na medida em que restou deferido o benefício da justiça gratuita (fls. 75/78).

Contra o *decisum* os embargantes/demandados interpuseram este recurso de apelação. Nas razões do inconformismo, arguíram, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, ao argumento de que o magistrado de origem deixou de oportunizar a produção de prova testemunhal, mediante a qual seria demonstrado que os apelantes reclamaram para a apelada da qualidade do produto à época da venda, de modo que teria se interrompido o prazo decadencial previsto no art. 26, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor. Neste tocante, registraram, ainda, que “*a própria apelada confessa que a apelante reclamou dos defeitos apresentados na estufa de fumo*” (fl. 85). No mérito, reiteraram a exceção de contrato não cumprido e defenderam a inocorrência da decadência para buscar a rescisão da avença. Com base

nisso, requereram a reforma da sentença para se reconhecer a exceção de contrato não cumprido e, por corolário jurídico, acolher os embargos para confirmar a inexistência da obrigação, condenando a apelada aos ônus sucumbenciais. Sucessivamente, afirmaram ser descabida a compensação da verba honorária. Por derradeiro, postularam a adequação dos honorários advocatícios estabelecidos em favor do procurador do réu/embargante não emitente das cédulas, a fim de fixá-los em 20% (vinte por cento) do valor cobrado na presente demanda (fls. 82/95).

Com as contrarrazões (fls. 101/102), foram os autos remetidos a esta Corte.

Este é o relatório.

## VOTO

Trata-se de ação monitória, pela qual é perseguido crédito estimado pela demandante em R\$ 29.750,32 (vinte e nove mil, setecentos e cinquenta reais e trinta e dois centavos), representado por 2 (dois) cheques, emitidos pela ré Patrícia para pagamento de 1 (uma) estufa elétrica, adquirida em 12.09.2009, os quais foram devolvidos, um por “insuficiência de fundos” e outro por “cancelamento”.

Em embargos monitórios, os requeridos sustentaram, preliminarmente, a ilegitimidade passiva *ad causam* do demandado Jorge Felipe, ao argumento de que, embora se tratasse de conta corrente conjunta, os cheques foram emitidos isoladamente pela corré (Patrícia). Ainda em prefacial, sustentaram a inépcia da inicial, em razão da não declinação da *causa debendi*. Quanto ao mérito, asseveraram, em síntese, não terem pago pela mercadoria adquirida (estufa), porquanto esta veio com vícios de fabricação, tendo se deteriorado pouco tempo depois de

instalada. Invocaram a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, com a conseqüente inversão do ônus da prova, e pugnaram pela rescisão do contrato de compra e venda firmado, com o reconhecimento da inexigibilidade dos títulos lastreados em tal negócio. À peça de defesa colacionaram mídia (CD) e fotografias, com o intuito de demonstrar os aventados vícios na estufa adquirida.

Na sentença combatida, o magistrado *a quo* acolheu, em parte, os embargos monitórios para: a) extinguir o feito em relação à Jorge Felipe por ilegitimidade passiva *ad causam*; b) condenar a corré Patrícia Gomes ao pagamento dos valores representados nos títulos; c) considerando a sucumbência recíproca, responsabilizar a parte embargante por 70% (setenta por cento) das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, em favor do procurador da embargada, e condenar a embargada, por sua vez, ao pagamento de 30% (trinta por cento) das custas processuais e dos honorários advocatícios em favor do procurador da embargante, estabelecidos em 15% (quinze por cento) sobre a diferença entre o valor inicial dado à execução e aquele que será adotado em razão da decisão; d) determinar a compensação dos honorários advocatícios; e) suspender a exigibilidade das verbas sucumbenciais em relação à corré Patrícia, na medida em que restou deferido o benefício da justiça gratuita.

Como razões de decidir, pontou o togado:

(...) **2.1.** Verificado que, aparentemente, foi Patrícia quem inseriu o nome de Jorge no título, a embargada foi intimada para que insistisse ou não em atribuir a autoria da assinatura à Jorge, ficando ainda advertida de que seu silêncio seria interpretado como desistência de eventual prova pericial. E a embargada efetivamente silenciou.

Ora, a jurisprudência firmou entendimento no sentido de que não existe solidariedade entre os titulares de conta bancária conjunta pelo pagamento de cheque emitido por apenas um deles.

Ressalto que basta comparar o registro do nome 'Jorge' no verso

do título com a caligrafia dele à fl. 28 e a de Patrícia no cheque e também à fl. 28, para ver que, em verdade, foi Patrícia quem fez a inscrição como referência.

Portanto, extingo o feito em relação à Jorge.

**2.2.** Rejeito a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, porquanto, mesmo tendo decorrido o prazo do art. 61 da Lei nº 7.357/85, não precisa o credor indicar a *causa debendi* para cobrar o título através de procedimento monitorio.

**2.3.** No mérito, é fato incontroverso que Patrícia emitiu o título em favor da embargada para pagamento de uma estufa adquirida em 2009. A embargante afirma que os defeitos foram constatados já nos primeiros dias do mês de novembro de 2009 e que convencionaram em desfazer o negócio.

O Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade em relação à reparação dos danos causados aos consumidores por “defeitos” (art. 12) - que ocorrem quando o produto ou serviço *“não oferece a segurança que dele legitimamente se espera”* (art. 12, § 1º) - e *“pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza”* (art. 18).

Comum, entretanto, é a confusão entre ‘vício’ e ‘defeito’ e suas repercussões no prazo decadencial ou prescricional, razão pela qual mostra-se interessante transcrever a distinção feita por Rizzatto Nunes:

“Há vício sem defeito, mas não há defeito sem vício. O vício é uma característica inerente, intrínseca do produto ou serviço em si.

O defeito é o vício acrescido de um problema extra, alguma coisa extrínseca ao produto ou serviço, que causa um dano maior que simplesmente o mau funcionamento, o não-funcionamento, a quantidade errada, a perda do valor pago - já que o produto ou serviço não cumpriram o fim ao qual se destinavam. O defeito causa, além desse dano do vício, outro ou outros danos ao patrimônio jurídico material e/

ou moral do consumidor.

Logo, o defeito tem ligação com o vício, mas, em termos de dano causado ao consumidor, é mais devastador.

(...) É, portanto, pelo efeito e pelo resultado extrínseco causado pelo problema que se poderá detectar o defeito. O chamado acidente de consumo está relacionado com o defeito” (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 2ª Ed., São Paulo : Saraiva, 2006, p. 163/164)

Também é importante analisar a indenização por ‘perdas e danos’ prevista no art. 18, II, do CDC (assim como nos arts. 19, IV, e 20, II) - cuja “*expressão há de ser entendida como danos materiais (emergentes e lucros cessantes) e moral*” e que não tem relação com a responsabilidade civil do art. 12 (Rizzato Nunes, Op. Cit., p. 236) -, mostrando-se esclarecedora a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

“Para o correto enfrentamento da questão há que se proceder à distinção entre *dano circa rem* e *dano extra rem*. A expressão latina *circa rem* significa próximo, ao redor, ligado diretamente à coisa, de modo que não pode dela desgarrar-se. Assim, *dano circa rem* é aquele que é inerente ao vício do produto ou do serviço, que está diretamente ligado a ele, não podendo dele desgarrar-se.

A expressão latina *extra rem* indica vínculo indireto, distante, remoto; tem sentido de fora de, além de, à exceção de. Consequentemente, o dano *extra rem* é aquele que apenas indiretamente está ligado ao vício do produto ou do serviço porque, na realidade, decorre de causa superveniente, relativamente independente, e que por si só produz o resultado. A rigor, não é o vício do produto ou do serviço que causa o dano *extra rem* - dano material ou moral -, mas sim a conduta do fornecedor, posterior ao vício, por não dar ao caso a atenção e solução devidas. O dano moral, o desgosto íntimo, está dissociado do defeito, a ele jungido apenas pela origem. Na realidade, repita-se, decorre de causa superveniente (o não atendimento pronto e eficiente ao consumidor, a demora injustificável na reparação do vício). Tem caráter autônomo.

Em suma, o dano *circa rem*, por ser imanente ao vício do produto ou do serviço, não gera pretensão autônoma. Todas as pretensões de ressarcimento decorrentes do vício do produto ou do serviço estão

limitadas aos arts. 18 a 20 do CDC. Não podem dele desgarrar-se para constituir pretensão autônoma. O prazo para exercer o direito de indenização será, como veremos, decadencial. Já o ressarcimento do dano *extra rem*, cujo fato gerador é a conduta do fornecedor posterior ao vício, com este mantendo apenas vínculo indireto, a pretensão indenizatória é dotada de autonomia, pelo que o prazo para exercê-la será prescricional” (Programa de Responsabilidade Civil, 8ª Ed., São Paulo : Editora Atlas, 2008, p. 499).

Assim, em se tratando de indenização com fundamento no art. 12 (defeito do produto) ou em perdas e danos *extra rem* (art. 18, II, 19, IV, e 20, II), o prazo prescricional será o do art. 27 do CDC. Se, por outro lado, o fundamento do pedido for o vício do produto, o prazo decadencial será o do art. 26.

Sobre o tema, vale transcrever dois julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE PELO FATO OU VÍCIO DO PRODUTO. DISTINÇÃO. DIREITO DE RECLAMAR. PRAZOS. VÍCIO DE ADEQUAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. DEFEITO DE SEGURANÇA. PRAZO PRESCRICIONAL. GARANTIA LEGAL E PRAZO DE RECLAMAÇÃO. DISTINÇÃO. GARANTIA CONTRATUAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DOS PRAZOS DE RECLAMAÇÃO ATINENTES À GARANTIA LEGAL.

- No sistema do CDC, a responsabilidade pela qualidade biparte-se na exigência de adequação e segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e serviços. Nesse contexto, fixa, de um lado, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que compreende os defeitos de segurança; e de outro, a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que abrange os vícios por inadequação.

- Observada a classificação utilizada pelo CDC, um produto ou serviço apresentará vício de adequação sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, ou seja, quando a desconformidade do produto ou do serviço comprometer a sua prestabilidade. Outrossim, um produto ou serviço apresentará



defeito de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de adicionar riscos à sua incolumidade ou de terceiros.

- O CDC apresenta duas regras distintas para regular o direito de reclamar, conforme se trate de vício de adequação ou defeito de segurança. Na primeira hipótese, os prazos para reclamação são decadenciais, nos termos do art. 26 do CDC, sendo de 30 (trinta) dias para produto ou serviço não durável e de 90 (noventa) dias para produto ou serviço durável. A pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço vem regulada no art. 27 do CDC, prescrevendo em 05 (cinco) anos.

- A garantia legal é obrigatória, dela não podendo se esquivar o fornecedor. Paralelamente a ela, porém, pode o fornecedor oferecer uma garantia contratual, alargando o prazo ou o alcance da garantia legal.

- A lei não fixa expressamente um prazo de garantia legal. O que há é prazo para reclamar contra o descumprimento dessa garantia, o qual, em se tratando de vício de adequação, está previsto no art. 26 do CDC, sendo de 90 (noventa) ou 30 (trinta) dias, conforme seja produto ou serviço durável ou não.

- Diferentemente do que ocorre com a garantia legal contra vícios de adequação, cujos prazos de reclamação estão contidos no art. 26 do CDC, a lei não estabelece prazo de reclamação para a garantia contratual. Nessas condições, uma interpretação teleológica e sistemática do CDC permite integrar analogicamente a regra relativa à garantia contratual, estendendo-lhe os prazos de reclamação atinentes à garantia legal, ou seja, a partir do término da garantia contratual, o consumidor terá 30 (bens não duráveis) ou 90 (bens duráveis) dias para reclamar por vícios de adequação surgidos no decorrer do período desta garantia.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 967623/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 16/04/2009)

“CONSUMIDOR. VEÍCULO NOVO. DEFEITO. RESTITUIÇÃO DO VALOR DO BEM ACRESCIDO DE PERDAS E DANOS. VÍCIO DO PRODUTO. PRAZO DECADENCIAL.

1. Adquirido veículo novo com defeito não sanado no prazo de trinta dias, pode o consumidor exigir a restituição da quantia paga, acrescida de eventuais perdas e danos. Inteligência do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor.

2. O prazo a ser tomado em conta para o ingresso com a ação nas hipóteses de vício do produto é o previsto no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor (90 dias quando se tratar de bem durável).

3. Nos termos do § 1º, do referido art. 26, o prazo decadencial de noventa dias se inicia quando termina a execução dos serviços realizados na tentativa de conserto do bem, sendo previstas, ainda, no § 2º, circunstâncias que obstam a decadência, como, por exemplo, a reclamação feita pelo consumidor. Nesse contexto, como a verificação da data inicial do prazo, bem como de eventuais situações obstativas demandam incursão no conjunto fático-probatório dos autos, necessário se faz o retorno do processo ao Tribunal de origem para que se manifeste sobre a questão.

4. Recurso conhecido em parte e, nesta extensão, provido.” (REsp 567333/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. em 02/02/2010)

No caso, não há dúvida de que o prazo aplicável era o do art. 26, II, do CDC.

Ora, a embargante não trouxe qualquer indício nem de que efetivamente comunicou a embargada dos defeitos nem do alegado acordo, sendo que, inclusive pelo valor do negócio, a omissão não pode ser suprida por prova exclusivamente testemunhal. Aliás, passados praticamente dois anos entre o aparecimento do alegado problema e o ajuizamento da ação, nenhuma providência formal judicial ou extrajudicial foi adotada por Patrícia. Assim, a dilação probatória não se justifica e tenho como não comprovados nem o desfazimento do negócio nem a comunicação do defeito no prazo do art. 26 do CDC.

Conseqüentemente, tendo a embargante decaído do direito de reclamação quanto ao vício, deve ela adimplir os títulos que emitiu e que são objeto da presente ação. (...) (fls. 75/77).

No reclamo ora *sub examine*, defendem os apelantes, em preliminar, que o magistrado sentenciante, ao julgar antecipadamente o feito, sem oportunizar a produção de prova oral, cerceou-lhes o direito de defesa. Nesse passo, aduzem que seria demonstrado, por testemunhas, que houve reclamação tempestiva à empresa autora/embargada acerca da qualidade do produto à época da venda, o que, segundo alegam, seria suficiente para interromper o prazo para reclamação. Registraram, ainda, que “*a própria apelada confessa que a apelante reclamou dos defeitos apresentados na estufa de fumo*” (fl. 85).

A tese invocada não prospera.

De início, lembra-se que “*o julgamento antecipado da lide não importa cerceamento de defesa, pois constitui poder-dever que se impõe ao juiz quando este entender, justificadamente, que a prova autuada revela-se suficiente ao deslinde qualificado do feito*” (Apelação Cível n. 2010.038035-6, rel. Des. Henry Petry Júnior, j. em 09.11.2010).

Ainda nessa esteira, registra-se que “*para autorizar a instrução do processo com depoimentos pessoal e testemunhal, é requisito essencial que o demandado acoste aos autos, ao menos, início de prova escrita acerca do que alega para desconstituir o título de natureza cambial, conforme preceituam os arts. 401 e 402, I, do Código de Processo Civil*” [de 1973, então vigente] (Apelação Cível n. 2010.049707-7, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 08.03.2012).

No caso *sub judice*, a parte embargante não trouxe aos autos qualquer início de prova escrita de que formulou reclamação tempestiva à embargada dos vícios supostamente existentes na estufa adquirida.

Não bastasse, nem sequer foi especificado, na peça de embargos, de que modo seria produzida tal prova, ou seja, quem seria capaz de atestar a versão apresentada.

Ainda, diferentemente do que tentam fazer crer os recorrentes,

a parte autora/embargada não confessou a existência de notificação tempestiva.

Na verdade, a apelada apenas confirmou ter sido acionada em uma ocasião acerca de um defeito existente na máquina ora em comento. Contudo, expressamente, consignou não ter sido notificada sobre a persistência de tal problema ou mesmo do surgimento de outros defeitos.

Por oportuno, vale transcrever trechos da contestação apresentada:

(...) Destaca-se que em nenhum momento a **EMBARGADA** escusou-se da obrigação de fornecer assistência técnica ao produto. Tanto que os próprios **EMBARGANTES** relataram terem acionada o preposto daquela para resolver o defeito da máquina, o qual foi realizado imediatamente. A empresa somente foi acionada sobre defeitos da máquina uma única vez, não tendo ciência de outros problemas.

Quanto aos vícios arrolados pelos **EMBARGANTES**, tem-se que:

Inicialmente a máquina foi produzida e vendida no ano de 2009 e uma única vez a empresa foi chamada para solucionar um problema. Os **EMBARGANTES** não fizeram contato com a empresa, tampouco ajuizaram a demanda cabível para desfazer o negócio jurídico, o que configura a desídia dos **EMBARGANTES** e a má-fé, em só reclamar dos defeitos no momento da cobrança dos valores por eles devidos.

(...)

Ora Excelências, como a **EMBARGADA** poderia ficar sabendo dos “supostos defeitos” da estufa se nem mesmo foi notificada pelos **EMBARGANTES**? Não existe possibilidade de uma empresa ficar visitando o cliente mês a mês para verificar problemas, ele deve ser avisada.

(...)

Em nenhum momento o preposto ou vendedor da **EMBARGADA** constatou que a estufa não poderia ser utilizada, até porque, em nenhum momento os **EMBARGANTES** fizeram contato. Também não houve composição entre as partes, pois se houvesse a **EMBARGADA** teria

devolvido os cheques aos **EMBARGANTES**, o que não ocorreu. (...) (fls. 70/71, sic) (negritos no original).

Logo, é de ser rechaçada a proemial.

No mérito, o polo apelante reitera a alegação de que, tão logo constatou a existência de vícios no produto adquirido, comunicou a empresa autora. Com base nisso, aduz que não pagou o valor referente aos títulos emitidos em seu desfavor exclusivamente pelo fato de a empresa vendedora não ter cumprido sua parte no contrato, especificamente no que toca à entrega de mercadoria (estufa) em conformidade com o pedido e desprovida de qualquer defeito. Nesse passo, invoca a exceção de contrato não cumprido para fim de se ver liberada da obrigação de pagar pelo produto. Defende, ainda, a não caracterização da decadência do direito de reclamar pelos vícios na mercadoria.

A irrisignação não há como prosperar.

Primeiramente, destaca-se não haver controvérsia nos autos no que toca: à existência da relação negocial que deu ensejo à emissão dos cheques; ao recebimento, por parte dos embargantes, da mercadoria objeto de tal negócio; ao não pagamento do valor deste produto.

Conforme visto, cingem-se os embargos à tese de que a mercadoria vendida apresenta vícios de qualidade que impediram a sua utilização, o que, segundo os embargantes, os isentariam de quitar os valores representados nas respectivas cártulas.

A argumentação invocada, no entanto, não procede.

De acordo com a insigne jurista Maria Helena Diniz:

(...) Os vícios redibitórios são defeitos ocultos existentes na coisa alienada, objeto de contrato comutativo ou de doação onerosa ou com encargo, não comum às congêneres, que a tornam imprópria ao uso que se destina ou lhe diminuem sensivelmente o valor, de tal modo que o negócio não se realizaria se esses defeitos fossem conhecidos, dando ao

adquirente ação para redibir o contrato ou para obter abatimento no preço. (...).

O adquirente, ante vício redibitório da coisa, terá duas alternativas à sua escolha: a) ou rejeitar a coisa defeituosa, rescindindo o contrato, por meio da ação redibitória, reavendo o preço pago e obtendo o reembolso de suas despesas, além das perdas e danos, se o alienante conhecia o vício; b) ou conservar o bem, reclamando abatimento no preço, sem acarretar a redibição do contrato, lançando mão da ação estimatória ou *quantum minoris* (...). (Código Civil anotado. 12. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2006, p. 421/422).

Por estar a relação jurídica noticiada nos autos sujeita à incidência do Código de Defesa do Consumidor, era de 90 (noventa) dias, nos termos do art. 26, inc. II, desta Lei, o prazo para o adquirente apresentar reclamação acerca de vícios na mercadoria e, com base nisso, postular a rescisão do contrato.

Segundo se infere da peça de embargos (confira-se à fl. 33), a entrega do produto adquirido ocorreu em julho de 2009 e o aparecimento dos defeitos deu-se a partir do mês de novembro do mesmo ano.

Não há, no entanto, nos autos qualquer prova de que foi realizada reclamação dentro do lapso decadencial mencionado.

Aliás, consoante esclarecido linhas acima, a apelada/embargada sustentou não ter sido notificada acerca da persistência de defeito atendido por sua assistência técnica ou mesmo do surgimento de outros problemas.

No mais, tem-se que, ao contrário do que tentam fazer crer os apelantes, a produção de tal prova lhes incumbia, haja vista que a demandante/embargada acostou, como prova do crédito alegado, cheques, transferindo, com isso, aos demandados/embargantes o ônus de demonstrar fato desconstitutivo ou extintivo do direito daquela (art. 333, inc. II, do CPC de 1973, aplicável ao caso).

Logo, verifica-se ter, de fato, decaído a pretensão redibitória da parte embargante, não sendo mais possível a rescisão do contrato com fulcro na alegação de existência de defeitos no produto adquirido. A propósito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. (...) NOTAS FISCAIS E COMPROVANTES DE ENTREGA DAS MERCADORIAS. DOCUMENTOS SUFICIENTES PARA COMPROVAR A RELAÇÃO NEGOCIAL EXISTENTE ENTRE AS PARTES. ALEGAÇÃO DE DEFEITOS NAS MERCADORIAS ADQUIRIDAS QUE NÃO FOI COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DO AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO PARA COMPROVAR OS VÍCIOS NOS PRODUTOS, CONFORME O DISPOSTO NO ARTIGO 26 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação cível n. 2010.003290-5, rel. Des. Jânio Machado, j. em 29.03.2012).

Mais:

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FUNDADA EM DUPLICATAS - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - RECURSO DA EMPRESA EMBARGANTE. (...) MÉRITO - EMBARGANTE SUSTENTANDO QUE OS PRODUTOS ENTREGUES PELA CREDORA TERIAM QUALIDADE INFERIOR À CONTRATADA - NÃO ACOLHIMENTO - TESE LANÇADA A DESTEMPO, MUITO APÓS O RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS E CIENTIFICAÇÃO QUANTO AOS EVENTUAIS VÍCIOS - EXEGESE DOS ARTIGOS 441, 442 E 445 DO CC - TÍTULOS DE CRÉDITO DOTADOS DE LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE - INCIDÊNCIA DO ARTIGO 333, INCISO II, DO CPC - ÔNUS DO DEVEDOR. (...) (Apelação Cível n. 2007.048891-3, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 04.11.2010) (sublinhou-se).

Nada obstante, ressalta-se, outrossim, que os embargantes não lograram comprovar a devolução da estufa à empresa embargada, medida esta também necessária à redibição. Nesse sentido:

(...) O exame dos autos não fornece qualquer indicativo de que o devedor tenha manifestado, oportunamente, a intenção de restituir os produtos, por apresentarem defeito ou por qualquer outra razão. **Nesse passo, não tendo o embargante providenciado a devolução com observância da forma e prazo legais, não pode agora invocar, para eximir-se do cumprimento da obrigação cambial, a existência de defeito.** (Apelação cível n. 2000.020266-5, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 05.12.2000) (frisou-se).

Assim, havendo prova escrita suficiente a demonstrar o crédito alegado, tem-se que agiu com acerto o magistrado de origem ao julgar improcedentes os embargos monitórios neste tocante.

Ainda, pretendem os apelantes a vedação da compensação dos honorários advocatícios.

O pleito não merece guarida.

Com feito, tendo havido sucumbência recíproca na hipótese, torna-se possível a compensação da verba honorária, uma vez que, como prescreve a Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, *“Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”*.

Ressalte-se que, em que pese o Novo Código de Processo Civil obstar a compensação da verba honorária em seu art. 85, § 14, esta é admitida na hipótese, em razão de a sentença ora recorrida ter sido publicada antes de 18 de março de 2016, quando entrou em vigor a legislação processual atual.

Por derradeiro, buscam os recorrentes a adequação dos honorários advocatícios estabelecidos em favor do procurador do réu/embargante não emitente das cópias, a fim de fixá-los em 20% (vinte por cento) do importe cobrado na presente demanda.

O reclamo, contudo, não merece acolhida.



Isso porque o percentual de 15% (quinze por cento) sobre a diferença entre o valor inicial dado à ação e aquele que adotado em razão da sentença – diferença esta da ordem de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) – mostra-se adequado e suficiente para remunerar com dignidade o encargo profissional (a propósito, *mutatis mutandis*: Apelação Cível n. 2008.042297-0, rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Soraya Nunes Lins, j. em 23.05.2013).

Desta feita, conservam-se os honorários advocatícios fixados na sentença vergastada.

Ante o exposto, outra solução não há além de negar provimento ao reclamo.

Este é o voto.

**Apelação Cível n. 0300522-72.2015.8.24.0037, de Joaçaba**

Relator: Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

CONTRATO CRÉDITO DIRETO AO CONSUMIDOR. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APELO DO BANCO EMBARGADO EXEQUENTE. JUROS REMUNERATÓRIOS. VERIFICAÇÃO DA ABUSIVIDADE QUE SE PAUTA NA TAXA MÉDIA DE MERCADO, ADMITIDA CERTA VARIAÇÃO. ORIENTAÇÃO DO STJ. PRECEDENTES DESTA CÂMARA.

Na esteira do entendimento delineado pelo STJ - que admite a revisão do percentual dos juros remuneratórios quando aplicável o CDC ao caso e quando exista abusividade no pacto -, esta Câmara julgadora tem admitido como parâmetro para aferir a abusividade a flexibilização da taxa de juros remuneratórios até o percentual de 10% (dez por cento) acima da taxa média divulgada pelo Banco Central.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. ENCARGO ADMITIDO, DESDE QUE EXPRESSAMENTE PACTUADO. ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N. 973.827.

A prática do anatocismo, como também é chamada a capitalização de juros, com periodicidade inferior a um ano, é permitida pelo ordenamento jurídico pátrio, desde que existente pactuação expressa e clara e que a data do contrato seja posterior à edição da Medida Provisória n. 1.963-17/00, em 31 de março de 2000, (reeditada como MP n. 2.170- 36/01).

Acerca da exigência de expressa pactuação, o Superior Tribunal de Justiça entende que havendo previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal, permite-se a cobrança da taxa efetiva anual contratada.

CARACTERIZAÇÃO DA MORA. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. ORIENTAÇÕES CONSOLIDADAS NO RESP. REPETITIVO N. 1.061.530/RS. PRECEDENTES DESTA CÂMARA.

O afastamento da mora do consumidor/contratante depende da constatação de encargos abusivos no período de normalidade (juros remuneratórios abusivos e capitalização de juros ilegal) - e não apenas a verificação de abusividade no período de inadimplência do contrato - e do adimplemento de pelo menos a parte incontroversa do débito, quando possível aferir o quantum debeatur.

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA, DESDE QUE PACTUADA E RESPEITADAS AS BALIZAS ESTABELECIDAS PELA SÚMULA 472 DO STJ E PELO ENUNCIADO N. III DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL DESTE TRIBUNAL.

Desde que pactuada no contrato, a comissão de permanência pode ser cobrada, devendo, pois, respeitar os seguintes requisitos: limitação à soma dos encargos remuneratórios e moratórios, sendo os juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; os juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e multa contratual limitada a 2% sobre o valor da prestação.

TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO (TAC) E TARIFA DE EMISSÃO DE CARNÊ (TEC). COBRANÇA ADMITIDA, DESDE QUE EXPRESSAMENTE PREVISTAS EM CONTRATO CELEBRADO ATÉ 30.04.2008, NA VIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO CMN 2.303/1996.

Não há ilegalidade na cobrança da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), contemplada em pacto, desde que celebrado sob a vigência da Resolução do Conselho Monetário Nacional n. 2.303/1996, ou seja, até a data de 30.04.2008.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. POSSIBILIDADE.

COROLÁRIO DO RECONHECIMENTO DA COBRANÇA DE VALORES ILEGAIS E ABUSIVOS. DEVOLUÇÃO SIMPLES, PORÉM. PLEITO ACOLHIDO. PRETENSA RESTITUIÇÃO EM DOBRO AFASTADA, TODAVIA.

É devida a devolução dos valores referentes à cobrança abusiva dos encargos por parte do banco, não só para restringir o ilícito detectado, como também para prostrar o enriquecimento sem causa, tal qual previsto no art. 884 do Código Civil: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente aferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Em atenção ao entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, a restituição dos valores deve se dar de forma simples.

READEQUAÇÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA, ANTE A REFORMA DA SENTENÇA.

Reformada a sentença, ainda que em parte, é imperiosa a readequação dos ônus de sucumbência.

APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível de n. 0300522-72.2015.8.24.0037, da comarca de Joaçaba 1ª Vara Cível em que é apelante Banco Fibra S/A e apelado Tonello e Cia Ltda.

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do apelo interposto pelo banco embargado-exequente e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator. Custas legais. O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Túlio Pinheiro, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jaime Machado Júnior.

Florianópolis, 12 de julho de 2018.

Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo embargadoexequente, Banco Fibra S.A. – Crédito, Financiamento e Investimento, da sentença que, nos autos dos embargos à execução opostos por Tonello e Cia Ltda., julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para:

- (a) limitar os juros remuneratórios à taxa média de mercado, qual seja, 18,83% ao ano;
- (b) afastar a cobrança da capitalização de juros, em qualquer periodicidade;
- (c) permitir a cobrança da comissão de permanência, desde que limitada à soma dos encargos remuneratórios e moratórios: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% sobre o valor da prestação;
- (d) descaracterizar a mora do embargante;
- (f) determinar a repetição simples do indébito, cujo quantum será apurado em fase de liquidação, de modo que o réu poderá realizar a devolução dos valores recebidos a maior, ou compensá-los com eventual crédito que possui contra os autores. Tais valores deverão ser corrigidos monetariamente, pelo índice da CGJ, desde o pagamento indevido e com incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

O banco embargado-exequente, em suas razões recursais, expõe as seguintes teses:

- (a) a impossibilidade de limitação dos juros remuneratórios;
- (b) a validade da capitalização mensal de juros;
- (c) a caracterização da mora;
- (d) a validade da comissão de permanência;
- (e) a ausência de contratação da TAC e TEC;
- (f) a impossibilidade de repetição de indébito;
- (g) a inversão dos ônus sucumbenciais.

Pautou-se pelo provimento do recurso.

Foram ofertadas contrarrazões (fls. 91/99).

Este é o relatório.

## VOTO

### **I. Tempus regit actum**

Sentença publicada em 09.06.2017 (fl. 66).

Portanto, à lide aplica-se o CPC/15, na forma do enunciado administrativo nº 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”.

## II. Tempestividade e preparo recursal

Constata-se que o recurso de apelação é tempestivo e que o recolhimento do preparo recursal foi comprovado à fl. 86.

## III. Caso concreto

Trata-se de ação de execução de título extrajudicial (contrato crédito direto ao consumidor) movida por Banco Fibra S.A. em face de Tonello Cia Ltda.

Citado, o executado opôs embargos.

Na sentença, o magistrado a quo:

(a) limitou os juros remuneratórios à taxa média de mercado, qual seja, 18,83% ao ano;

(b) afastou a cobrança da capitalização de juros, em qualquer periodicidade;

(c) permitiu a cobrança da comissão de permanência, desde que limitada à soma dos encargos remuneratórios e moratórios: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% sobre o valor da prestação;

(d) descaracterizou a mora do embargante;

(f) determinou a repetição simples do indébito, cujo quantum será apurado em fase de liquidação, de modo que o réu poderá realizar a

devolução dos valores recebidos a maior, ou compensá-los com eventual crédito que possui contra os autores. Tais valores deverão ser corrigidos monetariamente, pelo índice da CGJ, desde o pagamento indevido e com incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

Apenas o banco embargado-exequente apelou, cujas razões recursais passo à análise.

(a) juros remuneratórios

De início, o banco embargado-exequente defende a aplicação dos juros remuneratórios pactuados.

Acerca da temática concernente à fixação de juros remuneratórios em contratos bancários, tal como a hipótese dos autos, a Súmula n. 382 do Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento de que “a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade”.

Ademais, no que tange à possibilidade de revisão da taxa pactuada, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recursos Especiais Repetitivos (REsp. n. 1.112.879 e REsp. n. 1.112.880), firmou o seguinte entendimento:

Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento.

Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações na espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente.

Em qualquer hipótese, é possível a correção para a taxa média se for verificada abusividade nos juros remuneratórios.

(REsp. n 1.112.879/PR. Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi, j. em 12.05.2010).



Com efeito, a jurisprudência admite a revisão da cláusula que estabelece o percentual dos juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que aplicável o Código de Defesa do Consumidor ao caso e a exista abusividade no pacto, nos termos do entendimento fixado pelo o Superior Tribunal de justiça, em julgamento de Recurso Especial, afeto ao rito dos recursos repetitivos:

- a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;
  - c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;
  - d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.
- (REsp. N. 1.061.530/RS. Relª Minª Nancy Andrichi, j. em 22.10.2008).

Colhe-se do teor do aludido acórdão os esclarecimentos acerca dos parâmetros a serem utilizados pelo julgador ao apreciar a questão atinente à revisão da cláusula contratual dos juros remuneratórios:

[...] conclui-se que é admitida a revisão das taxas de juros em situações excepcionais, desde que haja relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) esteja cabalmente demonstrada.

Necessário tecer, ainda, algumas considerações sobre parâmetros que podem ser utilizados pelo julgador para, diante do caso concreto, perquirir a existência ou não de flagrante abusividade.

Inicialmente, destaque-se que, para este exame, a meta estipulada pelo Conselho Monetário Nacional para a Selic - taxa do Sistema Especial de

Liquidação e Custódia - é insatisfatória. Ela apenas indica o menor custo, ou um dos menores custos, para a captação de recursos pelas instituições que compõem o Sistema Financeiro Nacional.

Sua adoção como parâmetro de abusividade elimina o 'spread' e não resolve as intrincadas questões inerentes ao preço do empréstimo.

Por essas razões, conforme destacado, o STJ em diversos precedentes tem afastado a taxa Selic como parâmetro de limitação de juros. Descartados índices ou taxas fixos, é razoável que os instrumentos para aferição da abusividade sejam buscados no próprio mercado financeiro. Assim, a análise da abusividade ganhou muito quando o Banco Central do Brasil passou, em outubro de 1999, a divulgar as taxas médias, ponderadas segundo o volume de crédito concedido, para os juros praticados pelas instituições financeiras nas operações de crédito realizadas com recursos livres (conf. Circular nº 2957, de 30.12.1999).

As informações divulgadas por aquela autarquia, acessíveis a qualquer pessoa através da rede mundial de computadores (conforme <http://www.bcb.gov.br/?ecoimpom> - no quadro XLVIII da nota anexa; ou <http://www.bcb.gov.br/?TXCREDMES>, acesso em 06.10.2008), são segregadas de acordo com o tipo de encargo (prefixado, pós-fixado, taxas flutuantes e índices de preços), com a categoria do tomador (pessoas físicas e jurídicas) e com a modalidade de empréstimo realizada ('hot money', desconto de duplicatas, desconto de notas promissórias, capital de giro, conta garantida, financiamento imobiliário, aquisição de bens, 'vendedor', cheque especial, crédito pessoal, entre outros).

**A taxa média apresenta vantagens porque é calculada segundo as informações prestadas por diversas instituições financeiras e, por isso, representa as forças do mercado. Ademais, traz embutida em si o custo médio das instituições financeiras e seu lucro médio, ou seja, um 'spread' médio. É certo, ainda, que o cálculo da taxa média não é completo, na medida em que não abrange todas as modalidades de concessão de crédito, mas, sem dúvida, presta-se como parâmetro de tendência das taxas de juros. Assim, dentro do universo regulatório atual, a taxa média constitui o melhor parâmetro para a elaboração de um juízo sobre abusividade.**

**Como média, não se pode exigir que todos os empréstimos sejam feitos segundo essa taxa. Se isto ocorresse, a taxa média deixaria de ser o que é, para ser um valor fixo. Há, portanto, que se admitir uma faixa razoável para a variação dos juros. A jurisprudência, conforme registrado anteriormente, tem considerado abusivas taxas superiores a uma vez e meia (voto proferido pelo Min. Ari Pargendler no REsp 271.214/RS, Rel. p. Acórdão Min. Menezes Direito, DJ de 04.08.2003), ao dobro (Resp 1.036.818, Terceira Turma, minha relatoria, DJe de 20.06.2008) ou ao triplo (REsp 971.853/RS, Quarta Turma, Min. Pádua Ribeiro, DJ de 24.09.2007) da média.**

**Todavia, esta perquirição acerca da abusividade não é estanque, o que impossibilita a adoção de critérios genéricos e universais. A taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central, constitui um valioso referencial, mas cabe somente ao juiz, no exame das peculiaridades do caso concreto, avaliar se os juros contratados foram ou não abusivos. [...]**

(REsp. n. 1.061.530/RS. Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Nancy Andrighi, j. em 22.10.2008).  
(grifos).

Na esteira do entendimento acima delineado, esta Câmara julgadora tem considerado como parâmetro para aferir a abusividade a flexibilização da taxa de juros remuneratórios até o percentual de 10% (dez por cento) acima da taxa média divulgada pelo Banco Central.

Neste sentido:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATOS VINCULADOS A CONTA CORRENTE.**

**[...]**

**PRETENDIDA MANUTENÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS PACTUADOS NO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO N. 60.736072.3. AFERIÇÃO DA ABUSIVIDADE QUE DEVE SE PAUTAR PELA MÉDIA PRATICADA PELO MERCADO, ADMITIDA ALGUMA VARIAÇÃO, DESDE QUE NÃO ABUSIVA, A FIM DE NÃO SE DESCONSTITUIRA ESSÊNCIA**

**DO ENCARGO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CÂMARA. TAXAS PACTUADAS QUE, NA HIPÓTESE, SUPLANTAM AS MÉDIAS DE MERCADO EM MAIS DE 10% (DEZ POR CENTO). SITUAÇÃO INDICATIVA DE EXCESSO. MANTENÇA DA SENTENÇA QUE PROCEDEU À LIMITAÇÃO ÀS REFERIDAS MÉDIAS QUE SE IMPÕE. [...]**

(Apelação cível n. 0013843-16.2008.8.24.0064, de São José. Rel. Des. Túlio Pinheiro, j. em 14.09.2017). (grifos)

Apelação cível. Ação revisional. “Cédula de crédito bancário”. Alienação fiduciária em garantia. Aquisição de veículo. Sentença de procedência em parte. Insurgência de ambos os litigantes.

[...]

Período de normalidade. Juros remuneratórios. Pretensa limitação a suposto percentual avençado, o qual, todavia, não coincide com o previsto no contrato. Encargo ajustado que supera os 12% ao ano pretendidos pelo postulante/recorrente. Abusividade inexistente. Súmula 382 do STJ. **Taxa média de juros praticados no mercado nas operações financeiras, divulgada pelo Banco Central a partir de 01.01.1999, que não possui caráter limitador, servindo, todavia, como parâmetro à verificação de eventual abusividade. Encargo fixado na avença em apreço que ultrapassa a média de mercado em mais de 10%. Situação que importa desproporcionalidade e determina prejuízo ao consumidor. Taxa, portanto, limitada à tabela do Bacen.** Precedentes da Câmara.

(Apelação cível n. 0333732-93.2014.8.24.0023, da Capital. Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva). (grifos)

No caso dos autos, a taxa de juros remuneratórios prevista no contrato crédito direto ao consumidor, datado de 25.11.2010 (fl. 22), é de 28,47% ao ano, enquanto para mesmo período e modalidade contratual, a taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central era de 18,83% ao ano.

Como se vê, o percentual pactuado excede em 10% aquele divulgado pelo Banco Central e, diante disso, verifica-se abusividade no contrato, de modo que deve incidir na hipótese a taxa média de juros divulgada pelo

Bacen, tal como decidido pelo sentenciante.

Desprovemento do apelo, portanto.

(b) capitalização de juros

O banco embargado-exequente sustenta, ademais, a legalidade da capitalização mensal de juros.

Pois bem. A prática do anatocismo, como também é conhecida a capitalização de juros, é regulamentada pela Medida Provisória n. 2.170.36/2001 (que reeditou a Medida Provisória n. 1.963-17/00), a qual dispõe em seu art. 5º: “nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano”. (destaquei)

Como se vê, a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano é permitida pelo ordenamento jurídico pátrio, hipótese, inclusive, confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula n. 539, com o seguinte teor:

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. (destaquei)

A propósito, acerca da exigência de expressa pactuação, contida no teor da súmula, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento em julgamento de Recurso Especial, julgado sob o rito dos Recursos Repetitivos, nos seguintes termos:

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.

(Recurso Representativo de Controvérsia. REsp. n. 973.827. Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup> Maria Isabel Gallotti, j. em 08.08.2012). (destaquei)

Desta Câmara julgadora:

Apelação cível. Ação revisional. Contrato de financiamento. Alienação fiduciária em garantia. Aquisição de veículo. Sentença de improcedência. Insurgência da requerente. [...]

**Capitalização mensal de juros. Possibilidade, porquanto prevista por menção numérica das taxas. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.**[...] (Apelação cível n. 0301743-23.2015.8.24.0027, de Ibirama. Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. em 01.06.2017). (grifos)

Em resumo, a análise casuística da prática do anatocismo deve se ater, no caso concreto, à data da pactuação, ou seja, se posterior à edição da Medida Provisória 1.963-17/00, em 31 de março de 2000, bem como à existência de expressa e clara pactuação, considerado como suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada a previsão no contrato de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal.

Por corolário, diante de tal exigência, nas situações em que se constate a impossibilidade de aferição da pactuação da capitalização de juros, por exemplo pela ausência dos instrumentos contratuais nos autos, ou mesmo a ausência de pactuação no instrumento contratual, a prática do anatocismo deve ser rechaçada.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. PROCEDÊNCIA. APELO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. INSTRUMENTO CONTRATUAL NÃO JUNTADO. AFASTAMENTO. INVIABILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONTRATAÇÃO.

Na impossibilidade de ser aferida a existência de cláusula contratual expressa viabilizando a cobrança de juros capitalizados, deve tal exigência ser afastada, em qualquer periodicidade. [...]

(Apelação cível n. 0004074-96.2007.8.24.0135, de Navegantes. Rel. Des. Jaime Machado Júnior, j, em 31.08.2017).

No caso vertente, constata-se que a taxa de juros anual (28,47%) é superior ao duodécuplo da taxa de juros mensal (2,11%), de modo que, nos termos da orientação do Superior Tribunal de Justiça, há pactuação do anatocismo, permitida, então, a cobrança da capitalização de juros em periodicidade inferior à anual.

Portanto, dá-se provimento ao apelo interposto pelo embargadoexequente, para admitir a incidência da capitalização mensal de juros.

(c) caracterização da mora

o apelante pede pela caracterização da mora da parte embargante executada.

No que tange à configuração da mora, bem como à inscrição ou manutenção do nome do devedor no cadastro de inadimplentes, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial representativo de controvérsia, firmou as seguintes orientações:

## ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA

a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora;

b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.

[...]

### 4- INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES

a) A proibição da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) houver ação fundada na existência integral ou parcial do débito; ii) ficar demonstrado que a alegação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) for depositada a parcela incontroversa ou prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz;

b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes, por ocasião da sentença ou do acórdão, seguirá a sorte do que houver sido decidido no mérito do processo quanto à mora. Autoriza-se a inscrição/manutenção apenas se configurada a mora.

(REsp. n. 1.061.530/RS. Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Nancy Andrighi, j. em 22.10.2008).

Ademais, sabe-se que a jurisprudência exige, além do reconhecimento da existência de encargos abusivos no período de normalidade, o adimplemento de considerável parcela da dívida para que a mora do devedor seja afastada.

Veja-se:

REMUNERATÓRIOS, ACRESCIDOS DA TJLP, EM 12% (DOZE POR CENTO) AO ANO; AFASTOU A MORA DO EMBARGANTE E DETERMINOU A REPETIÇÃO DO INDÉBITO NA FORMA



SIMPLES.

[...]

**TENCIONADA CARACTERIZAÇÃO DA MORA. VIABILIDADE. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DA DÍVIDA NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE PROVA, ADEMAIS, DA EXISTÊNCIA DE DEPÓSITO DO VALOR INCONTROVERSO OU DE CAUÇÃO IDÔNEA. MORA CONFIGURADA. [...]**

(Apelação cível n. 0301429-42.2016.8.24.0092, da Ca'pital. Rel. Des. Túlio Pinheiro, j. em 28.09.2017). (grifos)

Todavia, na impossibilidade de aferição do montante devido - tal como em contratos vinculados à conta corrente em que só é possível apurar o valor devido na fase de liquidação de sentença, ocasião em que serão afastados do débito os encargos abusivos - a exigência de adimplemento substancial da dívida é mitigada.

Neste sentido:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATOS DE LIMITE DE CRÉDITO E DE CARTÕES DE CRÉDITO.[...]**

**TENCIONADA CARACTERIZAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE ABUSIVIDADES NO PERÍODO DA NORMALIDADE QUE, ALIADO À IMPOSSIBILIDADE DE SE AFERIR O QUANTUM DEBEATUR, DESCONSTITUI A MORA. PRECEDENTES DESTA CÂMARA. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO.**

(Apelação cível n. 0004720-35.2012.8.24.0005, de Balneário Camboriú. Rel. Des. Túlio Pinheiro, j. em 14.09.2017). (grifos)

A propósito, colhe-se excerto do aludido acórdão supra citado:

Anoto, por fim, respeitadas vozes divergentes, que filio-me ao posicionamento de que não se pode, via de regra, fazendo uma leitura das precitadas orientações, notadamente a de Número 2, “entender que o simples reconhecimento de encargos abusivos no período na normalidade

contratual afasta a mora contratual do devedor. Se assim se fizesse, estaria aberto o caminho para que qualquer pessoa firmasse contrato com garantia fiduciária com determinada instituição financeira e, sem adimplir nenhuma prestação contratual, viesse a alegar a existência de ilegalidade no contrato (muitas vezes com reflexos econômicos ínfimos) para ter reconhecida a descaracterização de sua mora, justificando a utilização do bem mesmo sem o pagamento de qualquer prestação, e obstando a retomada do bem” (TJPR, Apelação Cível n. 932.187-7, rel. Des. Lauri Del Prete Misurelli).

Em síntese, para a descaracterização da mora e, via de consequência, para o deferimento/conservação da tutela antecipada nesta fase processual, exige-se, além da reconhecimento da existência de encargos abusivos no período da normalidade, o adimplemento de razoável parte da dívida.

No caso em testilha, infere-se que o julgamento da ação revisional redundou na constatação da abusividade de encargos do período da normalidade - juros remuneratórios e capitalização de juros -, restando, pois, satisfeito o primeiro requisito para a descaracterização da mora. [...]

Anota-se, outrossim, que a existência de encargos abusivos, em casos como este, em que os contratos em revisão estão vinculados a conta corrente, torna impossível o cálculo do quantum debeatur e do valor incontroverso, motivo pelo qual vem entendendo este Tribunal ser inexigível a configuração do segundo requisito - adimplemento substancial da dívida ou consignação dos valores incontroversos - para a descaracterização da mora (confirase: Agravo de Instrumento n. 2011.043704-3, rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Rejane Andersen, j. em 25.9.2012).

(Apelação cível n. 0004720-35.2012.8.24.0005, de Balneário Camboriú. Rel. Des. Túlio Pinheiro, j. em 14.09.2017). (grifos)

Em resumo, para que se afaste a mora do consumidor-contratante é preciso:

(i) a constatação de encargos abusivos no período de normalidade (juros remuneratórios abusivos e capitalização de juros ilegal), e não apenas a verificação de abusividade no período de inadimplência do contrato;

(ii) o adimplemento de pelo menos a parte incontroversa do débito, quando possível aferir o quantum debeatur.

Outrossim, para que o banco abstenha-se de inscrever o nome do devedor no cadastro de inadimplente, em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, é preciso:

(i) a propositura de ação judicial que tenha por objeto a discussão do débito, total ou parcial;

(ii) a demonstração de que a alegada cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ;

(iii) o depósito da parcela incontroversa ou prestação de caução idônea, nos termos arbitrados pelo magistrado.

No caso vertente, foi constatada abusividade na cláusula contratual incidente no período de normalidade contratual (juros remuneratórios), preenchido, portanto, o primeiro requisito entabulado na orientação do STJ para descaracterização da mora.

Todavia, não restou demonstrado nos autos o adimplemento de parte substancial do débito a justificar o afastamento da mora do contratante, nem mesmo o depósito judicial dos valores incontroversos.

Assim, porque não houve o depósito dos valores incontroversos, nem a demonstração do adimplemento de significativa parte do débito, o pleito de caracterização da mora da parte embargante-executada merece ser acolhido.

Apelo provido no ponto, portanto.

(d) comissão de permanência

O apelante defende a validade da comissão de permanência.

Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula n.472 com o seguinte teor: “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”.

Como se vê, a cobrança da comissão da permanência, no período de inadimplência, é permitida, desde que prevista no pacto e limitada ao total da soma dos encargos remuneratórios e moratórios.

Ademais, admitida a cobrança da comissão de permanência, a exigência dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual deve ser excluída, sob pena de configurar bis in idem.

A propósito, na esteira da orientação do Superior Tribunal de Justiça, o Grupo de Câmaras de Direito Comercial deste Tribunal de Justiça elaborou o Enunciado n. II, nos seguintes termos:

A comissão de permanência é admitida nos contratos bancários, exceto nas cédulas e notas de crédito rural, comercial e industrial, desde que contratada e limitada à soma dos encargos remuneratórios e moratórios: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% sobre o valor da prestação.

No caso dos autos, a solução dada pelo sentenciante deve ser mantida

pois, de forma acertada, admitiu a cobrança da comissão de permanência, eis que expressamente prevista no item 4, fl. 25, desde que limitada à soma dos encargos moratórios e remuneratórios (juros), nos termos do entendimento acima exposto.

Por corolário, a tese recursal deve ser afastada.

(e) tarifas bancárias

Acerca da cobrança de tarifas pelas instituições financeiras, cumpre pontuar, de início, a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia n. 1.251.331/RS. Rel<sup>a</sup> Min<sup>a</sup> Maria Isabel Gallotti, julgado em 28.08.2013:

2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira. (grifos)

Como se vê, nos contratos bancários datados até 30.04.2008 – data da vigência da Resolução do Conselho Monetário Nacional n. 3.518/2007 – é possível a cobrança da TAC (tarifa de abertura de crédito) e da TEC (tarifa de emissão de carnê), bem como outra tarifa com denominação diversa mas que exprima o mesmo fato gerador, sem prejuízo da constatação de eventual abusividade no caso concreto.

Por corolário, nos contratos bancários firmados após a data de 30.04.2008,

não mais é possível a cobrança das aludidas tarifas (TAC e TEC).

Com efeito, tendo em vista que o contrato foi firmado em 25.11.2010, as tarifas mencionadas devem ser afastadas por ausência de previsão legal, nos termos da sentença recorrida.

(f) repetição de indébito

O apelante argumenta, também, a impossibilidade de restituição dos valores cobrados a maior dos contratantes.

Sem razão, porém.

Conforme já mencionado neste *decisum*, a relação jurídica em questão (contratos bancários firmados entre as partes) deve ser analisada sob a ótica das normas de proteção ao consumidor.

Não obstante isso, o fundamento contido no art. 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor - o qual estabelece que o consumidor, cobrado em quantia indevida, tem direito à restituição daquilo que pagou a maior no valor equivalente ao dobro do que desembolsou em excesso, salvo hipótese de engano justificável - não se enquadra na hipótese de revisão de cláusulas contratuais, pois é destinado, em verdade, àqueles casos de cobrança de dívida na esfera extrajudicial, advinda da relação de consumo.

Naturalmente, ainda assim, é devida a devolução dos valores referentes à cobrança abusiva dos encargos por parte do banco, não só para restringir o ilícito detectado, como também para prostrar o enriquecimento sem causa, tal qual previsto no art. 884 do Código Civil: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o

indevidamente aferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Com efeito, “a autorização para a repetição de indébito é congênita ao reconhecimento da abusividade das cláusulas contratuais, na medida em que, ao ser indevidamente exigida da parte contratante, resulta em enriquecimento sem causa da instituição financeira.” (Apelação cível n. 0704715-15.2012.8.24.0023, da Capital. Rel. Des. Túlio Pinheiro, j. Em 03.08.2017).

Portanto, em atenção ao entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, a restituição dos valores deve se dar de forma simples, senão vejamos:

Relativamente à repetição ou compensação do indébito, firmouse que ela é possível, de forma simples, não em dobro, se verificada a cobrança de encargos ilegais, tendo em vista o princípio que veda o enriquecimento sem causa do credor, independente da comprovação do erro no pagamento, pela complexidade do contrato em discussão, no qual são debitados valores sem que haja propriamente voluntariedade do devedor para tanto.

(REsp n. 440.718/RS. Rel. min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 24.09.2002).

O entendimento fixado por esta Câmara julgadora não destoa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE E OUTRAS AVENÇAS. [...] REPETIÇÃO DO INDÉBITO. APELO DO AUTOR PELA RESTITUIÇÃO EM DOBRO. APELO DO BANCO PELA IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR NA FORMA SIMPLES, A SER AFERÍVEL EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. ART. 42 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NESSE PONTO. RECURSOS DESPROVIDOS.

**O entendimento pacificado nesta Terceira Câmara de Direito Comercial, em face da abusividade de cláusulas contratuais, é no sentido de admitir a compensação ou repetição do indébito de forma**

**simples, ante o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, independentemente da prova de erro no pagamento.**

(Apelação cível n. 2011.076075-3, de Ituporanga. Rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. Em 21.08.2014). (destaquei)

Portanto, afasta-se a tese do apelante.

#### **IV. Ônus sucumbenciais**

Considerando que, na sentença, a parte embargante-executada logrou êxito na maioria dos pedidos formulados, aliado ao provimento do apelo interposto pelo banco embargado-exequente – para admitir a incidência da capitalização mensal de juros e caracterizar a mora da parte contratante -, demonstra-se necessário redistribuir os ônus sucumbenciais, que foram atribuídos integralmente ao banco em primeiro grau.

Assim, tenho por certo justo determinar que cada parte arque com 50% do pagamento das custas processuais.

Quantos aos honorários sucumbenciais e recursais, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC/15, condeno cada uma das partes a pagar em favor do causídico da parte contrária o percentual de 15% sobre o valor do proveito econômico obtido por cada um com a demanda (embargante-executado os valores expurgados do contrato e embargado-exequente a diferença entre o valor do contrato e os valores dele expurgados).

#### **V. Conclusão**

Pelo exposto, VOTO no sentido de conhecer do apelo interposto pelo banco embargado-exequente e dar-lhe provimento parcial, para:



- (a) admitir a incidência da capitalização mensal de juros;
- (b) reconhecer a caracterização da mora da parte embargante executada; e,
- (c) em virtude da reforma da sentença, determinar que cada parte arque com 50% do pagamento das custas processuais. Quantos aos honorários sucumbenciais e recursais, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC/15, condeno cada uma das partes a pagar em favor do causídico da parte contrária o percentual de 15% sobre o valor do proveito econômico obtido por cada um com a demanda (embargante-executado os valores expurgados do contrato e embargado-exequente a diferença entre o valor do contrato e os valores dele expurgados).

Este é o voto.

**Apelação Cível n. 0305326-62.2014.8.24.0023, da Capital**

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO INIBITÓRIA. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE LOJA EM SUPERMERCADO DE GRANDE PORTE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE DETERMINOU, COM BASE NO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL, A ABSTENÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO, POR PARTE DA LOCADORA RÉ E PROPRIETÁRIA DA UNIDADE SUPERMERCADISTA, DOS PRODUTOS OBJETO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL DA FLORICULTURA AUTORA, A SABER, PLANTAS, FOLHAGENS, ACESSÓRIOS E FLORES NATURAIS.

INSURGÊNCIA DA DEMANDADA.

PRELIMINAR. ARGUIÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INOCORRÊNCIA. CÓPIAS DO CONTRATO DE LOCAÇÃO EM DISCUSSÃO E DE SUA RESPECTIVA RENOVAÇÃO DEVIDAMENTE CARREADAS AOS AUTOS. INTERPRETAÇÃO DOS TERMOS DO PACTO, QUE, *IN CASU*, DISPENSA A PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL REQUESTADA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE AUTORIZADO. PREFACIAL REJEITADA.

MÉRITO. SUSTENTADA IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIR-SE EXCLUSIVIDADE À FLORICULTURA AUTORA NA COMERCIALIZAÇÃO DOS PRODUTOS OBJETO DA PRESENTE DEMANDA INIBITÓRIA, SOB OS ARGUMENTOS DE QUE NÃO HÁ ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL NESSE SENTIDO, AS PARTES POSSUEM PLENA CAPACIDADE DE CONSENTIR E O ART. 54 DA LEI N. 8.245/91 CONFERE AMPLA LIBERDADE CONTRATUAL. RELAÇÃO TRAVADA

PELAS PARTES QUE NÃO SE CARACTERIZA COMO SENDO A DE LOCAÇÃO EM *SHOPPING CENTER*, MAS SIM, A DE LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL, SENDO, PORTANTO, INVIÁVEL A APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGA SUPRACITADO, QUE CONFERE MAIOR AUTONOMIA AO EMPREENDEDOR NA ESTIPULAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CASO EM QUE RESTOU ESTIPULADA CLÁUSULA QUE VEDA A COMERCIALIZAÇÃO PELA LOCATÁRIA DOS PRODUTOS COMERCIALIZADOS PELO SUPERMERCADO LOCADOR. CONTRATO QUE, POR NÃO CONTEMPLAR CLÁUSULA ESTIPULANDO REGRA RESTRITIVA IDÊNTICA EM FAVOR DA PARTE AUTORA E LOCATÁRIA, DEVE SER INTERPRETADO À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUA FUNÇÃO INTEGRATIVA, DE MODO A INIBIR QUE, NA ESPÉCIE, APÓS CERCA DE 20 (VINTE) ANOS DE RELAÇÃO LOCATÍCIA, O SUPERMERCADO DEMANDADO PASSE A VENDER OS MESMOS PRODUTOS COMERCIALIZADOS PELA LOCATÁRIA. PRÁTICA, ADEMAIS, QUE SE CONFIGURA CONCORRÊNCIA DESLEAL, HAJA VISTA O GRANDE PORTE DO SUPERMERCADO LOCADOR E O PREJUÍZO SUPTADO PELA LOCATÁRIA, ANTE A PRÁTICA DE PREÇOS DEMASIADAMENTE INFERIORES. POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA ESTATAL NA ORDEM PRIVADA PARA RESTABELECER O EQUILÍBRIO ECONÔMICO.

RECURSO CONHECIDO E 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 APELANTE. ESTIPÊNDIO DEVIDO AO PATRONO DA

PARTE AUTORA MAJORADO DE R\$ 2.000,00 (DOIS MIL REAIS) PARA R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0305326-62.2014.8.24.0023, da Comarca da Capital (1ª Vara Cível), em que é Apelante A. Angeloni & Cia Ltda e Apelado Flora Santa Bárbara Ltda Me:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, bem como majorar, de ofício, os honorários advocatícios recursais devidos ao patrono da parte autora para R\$ 3.000,00 (três mil reais). Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva e Des. Gilberto Gomes de Oliveira.

Florianópolis, 14 de junho de 2018.

Desembargador Tulio Pinheiro  
PRESIDENTE E RELATOR

## RELATÓRIO

No Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca da Capital, Flora Santa Bárbara Ltda. ME ajuizou ação inibitória, cumulada com pedido de antecipação de tutela, contra Angeloni & Cia Ltda.

Na petição inicial, a sociedade demandante contou que, desde o ano de 1995, é locatária de uma unidade comercial (loja) no saguão do supermercado de uma das filiais da requerida, localizado nesta Cidade. Informou, ainda, que, em 30 de abril de 2012, renovou o contrato de locação, pelo prazo de 36 (trinta e seis meses), e que, nesse período, realizou várias reformas visando o aprimoramento do espaço locado, tendo o valor do aluguel, inclusive, sido majorado.

Aduziu, todavia, que a locadora ré vem descumprindo o contrato de locação, na medida em que desde o ano de 2013 vem comercializando os mesmos produtos vendidos pela autora, a saber, plantas, folhagens, acessórios e flores naturais, o que é vedado pelo instrumento contratual.

Alega, ainda, que tal prática vem lhe ocasionando prejuízos, uma vez que, diante do grande porte do supermercado réu, este consegue adquirir os produtos a preços muito inferiores e comercializá-los pela metade do valor de venda praticado pela demandante.

Com base nisso, postulou, inclusive liminarmente, que a acionada se abstenha de comercializar aludidos produtos, sob pena de multa diária. Acostou, a fim de comprovar suas assertivas, dentre outros documentos, cópia do contrato de locação e do instrumento de renovação firmado entre as partes (fls. 22/25 e 26/38), cupons fiscais (fls. 75/77) e panfleto promocional do supermercado (fl. 78).

Em decisão às fls. 85/88, Sua Excelência deferiu o pedido de antecipação de tutela formulado, *“para que o requerido se abstenha de comercializar ‘plantas, folhagens, acessórios e flores naturais’, no prazo improrrogável de 10 (dez) dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais)”*.

Contra o sobredito decisum a sociedade demandada interpôs agravo de instrumento, autuado nesta instância sob o n. 2014.020190-4, o qual, em julgamento colegiado deste Tribunal, restou desprovido (fls. 168/172).

Outrossim, a parte ré apresentou defesa, na forma de contestação (fls. 111/115). Na referida peça, sustentou que o contrato de locação entabulado pelas partes não restringe a venda de qualquer produto pelo supermercado réu. Nessa senda, esclareceu que o *“dito instrumento contratual impõe ao locatário, ou seja, à autora, a vedação de comercialização dos produtos que já estejam sendo vendidos ou que venham a ser comercializados pelo locador, o Angeloni”*. Aduziu,

ainda, que todas as locações realizadas pelo Angeloni para uso das salas comerciais localizadas em suas lojas são também regidas por regras gerais e regulamento interno devidamente registrados em cartório, os quais, todavia, após serem enviados aos representantes legais da sociedade autora, tiveram recusa de recebimento, não tendo sido assinados. Outrossim, alegou que “inexistem nos autos provas acerca das enormes dificuldades financeiras alegadas pela autora, que igualmente afirma estar ‘beirando a falência’”. Por fim, após tecer considerações sobre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, requereu a produção de todo tipo de prova no direito admitido e, ainda, a improcedência dos pedidos formulados na inicial.

Após réplica (fls. 157/166), sentenciando o feito, a MM.<sup>a</sup> Juíza Eliane Alfredo Cardoso de Albuquerque julgou procedente o pedido formulado na presente ação, determinando que a parte ré se abstenha de comercializar plantas, folhagens, acessórios e flores naturais. Ainda, condenou a parte ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes estabelecidos em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com base nos termos do art. 85, § 8º, do atual Código de Processo Civil.

Irresignado, a sociedade empresária ré interpôs o presente recurso de apelação. Em suas razões, suscita, preliminarmente, a existência de cerceamento de defesa decorrente do julgamento antecipado da lide, o qual não permitiu a produção da prova oral requerida pelos litigantes. Quanto ao mérito, sustenta que a decisão vergastada interpreta erroneamente a finalidade do contrato de locação. Alterca que “a questão da exclusividade na venda dos produtos em benefício do locador está contratualmente prevista”, sendo fato incontroverso que a recorrida “passou a ocupar a estrutura física do estabelecimento da demandada, submetendo-se à cláusula de vedação imposta pela recorrente”. Alinhava que, segundo a dicção do art. 54 da Lei n. 8.245/91, “nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação”, sendo que, “in casu,

“jamais existiu pela Locadora, ora Recorrente, a promessa de garantia de exclusividade na venda de plantas, folhagens, acessórios e flores à Locatária, ora Recorrida, porquanto, data vênia, não há que se falar em violação ao princípio da boa-fé objetiva pela apelante”. Salienta, outrossim, que o contrato foi celebrado “por pessoas com aptidão para os negócios” e que inexistente qualquer vício de consentimento em sua formulação. Clama, ainda, pela aplicação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, além do primado da autonomia da vontade, gizando também que inexistem nos autos provas acerca de eventual insucesso do negócio da recorrida (fls. 180/194).

Com as contrarrazões (fls. 200/206), subiram os autos a esta Corte.

Distribuídos os autos à Sexta Câmara de Direito Civil, por decisão colegiada, aquele Órgão não conheceu do recurso e determinou a redistribuição do feito a uma das Câmaras de Direito Comercial (fls. 256/265).

Após, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por A. Angeloni & Cia Ltda. contra sentença que, em respeito ao princípio da boa-fé objetiva e com base na função integrativa, julgou procedente demanda inibitória contra si movida por Flora Santa Bárbara Ltda. ME, e determinou que a supermercadista ré, ora recorrente, se absteresse de comercializar plantas, folhagens, acessórios e flores naturais, produtos estes comercializados pela floricultura autora, então recorrida.

Em suas razões, suscita a parte ré, preliminarmente, a existência de cerceamento de defesa decorrente do julgamento antecipado da lide,

uma vez que não permitiu a produção da prova oral requerida pelos litigantes. Quanto ao mérito, sustenta que a decisão vergastada interpreta erroneamente a finalidade do contrato de locação. Alterca que “a questão da exclusividade na venda dos produtos em benefício do locador está contratualmente prevista”, sendo fato incontroverso que a recorrida “passou a ocupar a estrutura física do estabelecimento da demandada, submetendo-se à cláusula de vedação imposta pela recorrente”. Alinhava que, segundo a dicção do art. 54 da Lei n. 8.245/91, “nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação”, sendo que, “in casu, “jamais existiu pela Locadora, ora Recorrente, a promessa de garantia de exclusividade na venda de plantas, folhagens, acessórios e flores à Locatária, ora Recorrida, porquanto, data vênua, não há que se falar em violação ao princípio da boa-fé objetiva pela apelante”. Salienta, outrossim, que o contrato foi celebrado “por pessoas com aptidão para os negócios” e que inexistente qualquer vício de consentimento em sua formulação. Clama, ainda, pela aplicação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, além do primado da autonomia da vontade, gizando também que inexistem nos autos provas acerca de eventual insucesso do negócio da apelada.

Passa-se, pois, ao exame das teses recursais.

Da tese prefacial.

Preliminarmente, suscita a apelante a nulidade da sentença por ocorrência de cerceamento de defesa. Nesse viés, defende que o julgamento antecipado da lide a impediu de demonstrar *“a real situação em que se desenvolveu a relação contratual, objeto da lide (...), porquanto jamais lesou expectativa de confiança ou a exigência de comportamento leal, vez que sempre foi de conhecimento do locatário a possibilidade de exploração de seu ramo comercial pela locadora, ora Recorrente”*.

A tese, no entanto, afigura-se insubsistente.



De início, convém recordar que “o Juiz é o destinatário das provas, cabendo a ele determinar a realização daquelas que julgar indispensáveis à instrução do processo, podendo indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (...)” (Apelação Cível n. 2008.072765-0, rel. Des. Raulino Jacó Brüning, j. em 22.9.2011).

A propósito, preceitua a Lei Processual Civil atual:

Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas;

No caso *sub judice*, além de a magistrada sentenciante ter entendido que a prova amealhada se mostrava suficiente ao deslinde do feito, a exegese do contrato locatício – quaestio a ser dirimida – dá-se mediante o exame das cláusulas do pacto e a aplicação das regras interpretativas previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Não se olvida, é claro, que as circunstâncias fáticas e subjetivas que motivaram as partes a entabular o ajuste também devem ser levadas em conta para apuração da finalidade do negócio jurídico entabulado, porém, tais circunstâncias, como se verificará adiante, podem ser extraídas da prova documental existente nos autos, mostrando-se desimportante, portanto, na espécie, a produção de prova oral para apuração do suposto desiderato negocial *sub judice*.

Destarte, em face da desnecessidade da produção de outras provas além das já existentes, afasta-se o alegado cerceamento de defesa.

Superada a preambular, passa-se, então, às questões meritórias levantadas no presente reclamo.

Do mérito.

De início, cumpre esclarecer que o contrato em debate não se caracteriza como sendo de locação em *shopping center*, o qual confere

ao empreendedor maior autonomia na estipulação das regras contratuais.

A propósito, a Lei n. 8.245/91, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes, anota em seu art. 54, *caput*, que: “Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.”.

Nessa linha, para que seja reconhecido como shopping center, o empreendimento deve possuir, segundo a ABRASCE (Associação Brasileira de Shopping Centers), cumulativamente, os seguintes elementos: “a) ponto mercadologicamente estudado, em termos de facilidade de acesso e potencial de vendas; b) presença das lojas de atração para chamariz do público e dos usuários de lojassatélites; c) planejamento prévio das atividades e diversificação adequada à manutenção do conjunto; e d) estacionamento proporcional ao volume de visitantes” (Belmonte, Alexandre Agra. Natureza jurídica dos shopping centers, Lumen Juris, 1989, p. 8).

Não obstante a demandada preencha alguns dos requisitos acima elencados, carece-lhe – pelo fato de ser protagonista do empreendimento, na medida em que é a proprietária da loja âncora (hipermercado) –, o pressuposto subjetivo da “convergência de interesses”, porquanto aqui, diversamente do aluguel em *shopping center*, o empreendedor não visa o sucesso do empreendimento como um todo.

A respeito do assunto, colhe-se precedente do Tribunal de Justiça Paranaense:

APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA. AÇÃO DE DÉSPEJO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA ÚNICA. APELAÇÃO 1. DESCARACTERIZAÇÃO DE LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTER PARA LOCAÇÃO NÃO-RESIDENCIAL COMUM. JUSTIFICATIVA. LOJA LOCALIZADA DENTRO DE GALERIA DE HIPERMERCADO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE SHOPPING CENTER. RES SPERATA E 13º ALUGUEL.

DEVOLUÇÃO DEVIDA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. CONFIGURAÇÃO. FIADOR. LEGITIMIDADE. RECURSO PROVIDO SOMENTE NESTE ASPECTO. APELAÇÃO. (...) RECURSO DE APELAÇÃO 1 CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. RECURSO DE APELAÇÃO 2 CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE

(Apelação Cível n. 678445-4, rel. Des. Fernando Wolff Bodziak, j. em 23.3.2011) (destacou-se).

Do bojo do julgado, extrai-se:

(...) percebe-se a despeito da existência dessas cláusulas contratuais, não há a convergência de interesses acima referida, uma vez que o fim maior do empreendimento em questão é o hipermercado, inexistindo qualquer finalidade associativa, que é característica marcante e comum nos *shopping centers*.

(...) Dessa feita, além de não haver propaganda em prol dos lojistas, a propaganda particular ainda sofria restrição pelo supermercado.

O apelante também afirma que não houve descumprimento contratual porque o hipermercado desempenha função de loja âncora, vez que atua como um grande magazine com o fim de proporcionar atrativo para a clientela. No entanto, o que realmente existe no local é um enorme mercado e uma galeria de lojas dispostas para locação, não se verificando a intenção do apelante em contratar novas empresas ou marcas para atrair um número de consumidores.

Note-se que a “loja âncora” é o próprio supermercado, que é o empreendedor e concorrente do próprio lojista, eis que, inclusive, comercializa produtos que o lojista vende. Em um *shopping center*, a figura do empreendedor não pode se confundir com a do concorrente, situação que ocorre nos autos. Daí resta plenamente descaracterizada a dita locação atípica de *shopping center* para a locação comercial, conforme bem decidiu o Juízo de primeiro grau.

Vale dizer, por oportuno, não se poder tomar a liberdade

preconizada no artigo 54 da Lei de Locações como permissão para a imposição de cláusulas e condições em favor da parte mais forte, no caso o empreendedor, em detrimento da mais fraca economicamente, ou seja, pequenos e médios lojistas (...) (sem destaques no original).

No caso *sub examine*, infere-se que o empreendimento ora em debate não configura um *shopping center*, mas sim, como já dito, um conglomerado de lojas locais cujos respectivos espaços, destinados à locação, são pertencentes a um único proprietário.

Neste cenário, revela-se a inaplicabilidade das regras conferidas aos contratos de locação em *shopping center* pela Lei n. 8.245/91, devendo ter aplicação a norma geral pertinente à locação não residencial, também prevista na referida lei de regência.

Realizada essa breve explanação acerca da natureza do contrato de locação em debate, necessário agora realizar uma pequena contextualização dos fatos que envolvem a presente relação jurídica.

Observa-se dos autos que a sociedade empresária Flora Santa Bárbara Ltda. ME é locatária, desde o ano de 1995, de uma sala comercial, com área de 10 (dez) metros quadrados, localizada no saguão principal do supermercado da ré situado no Bairro Agrônômica, nesta Cidade, e que, desde então, vem exercendo, sem qualquer embaraço, o comércio de plantas, folhagens, acessórios e flores naturais.

Ocorre que, após a autora renovar o contrato de locação com a requerida em abril de 2012, ocasião em que passou a ocupar uma sala localizada na parte interna do mesmo supermercado da locadora ré, agora com área de 31 (trinta e um) metros quadrados, esta passou, em meados de outubro de 2013, a explorar o mesmo ramo de atividade da demandante, ou seja, a comercializar plantas, folhagens, acessórios e flores naturais.

Tais fatos restaram incontroversos nos autos, cingindo-se a questão a saber se tal prática realizada pelo supermercado requerido revela-se, na

seara civil, lícita ou ilícita.

Sustenta a requerida, em seu recurso, que a decisão vergastada interpretou erroneamente a finalidade do contrato de locação. Alterca que “a questão da exclusividade na venda dos produtos em benefício do locador está contratualmente prevista”, sendo fato incontroverso que a recorrida “passou a ocupar a estrutura física do estabelecimento da demandada, submetendo-se à cláusula de vedação imposta pela recorrente”.

Todavia, sem razão a apelante.

Com efeito, o contrato de renovação da locação, no parágrafo único de sua cláusula primeira, reiterando clausulado constante do pacto de locação originário (vide à fl. 22, cláusula primeira), delimitou a área de atuação econômica a ser desenvolvida pela locatária, cuja redação a seguir, resta transcrita:

CLÁUSULA 1ª.

(...)

§ único. A sala de Uso Comercial, objeto deste contrato, destinar-se-á única e tão somente ao comércio de plantas, folhagens, acessórios e flores naturais, sendo vedada sua utilização para outra finalidade. Sendo expressamente vedado ao LOCATÁRIO comercializar produtos que sejam ou venham a ser comercializados pelo LOCADOR. (fl. 26) (destaque do original).

Da interpretação literal do referido dispositivo contratual, vê-se que, de fato, a restrição de comercialização de certos produtos se limita apenas à locatária, ora postulante.

Penso, todavia, que a exegese gramatical não é a melhor solução à hipótese em debate, mesmo porque, seguindo tal metodologia interpretativa, chegar-se-ia na absurda conclusão de que se o supermercado passasse a vender plantas, flores, acessórios, etc., à locatária seria vedada

a comercialização de tais mercadorias, o que tornaria inócua a própria locação do imóvel para o desenvolvimento da atividade econômica delimitada no próprio pacto.

Tendo em vista essa premissa, entendo que a solução do presente se adequa ao posicionamento firmado em acórdão da relatoria e lavra do Des. Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko, extraído dos autos do Agravo de Instrumento n. 2014.020190-4, o qual, interpretando o negócio jurídico ora enfocado com base na boa-fé objetiva, princípio norteador das relações de direito privado, positivado de modo a regular as relações comuns civis (arts. 113 e 422, ambos do Código Civil), confirmou a decisão exarada *initio litis* que havia deferido o pedido de antecipação de tutela formulado, “*para que o requerido se abstenha de comercializar plantas, folhagens, acessórios e flores naturais*”.

Como *ratio decidendi*, adoto seguinte trecho do voto lançado no mencionado aresto:

(...) A boa-fé objetiva é cláusula geral no âmbito dos contratos, que consiste na atuação com lealdade, confiança e honestidade entre as partes da relação obrigacional. Desse modo, busca evitar que um contratante lese o outro na legítima expectativa de confiança que tem em relação ao cumprimento dos termos contratuais.

Sobre o assunto, leciona Sílvio de Salvo Venosa:

*Coloquialmente, podemos afirmar que esse princípio da boa-fé se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais (Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 14 ed. V. 2. São Paulo: Atlas, 2014. p. 441).*

A boa-fé objetiva, além da função interpretativa (art. 113 do Código Civil) e de controle (art. 187 do Código Civil), tem a função integrativa (art. 422 do CC). Em relação a essa última, cita-se o Enunciado n. 26 do Conselho da Justiça Federal: “*a cláusula geral contida no art. 422*

*do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”.*

(...) Depreende-se de ambos os negócios jurídicos que os contratantes devem exercer o comércio de forma a não interferir em outras palavras, prejudicar a atividade desenvolvida pelo outro. Esse mútuo respeito consiste na impossibilidade de o locador e a locatária comercializarem o mesmo produto, a fim de evitar a concorrência desleal. Vale dizer, uma vez instalada a Floricultura da agravada, inviável a venda de flores e plantas pelo agravante, pois obviamente tal conduta implicaria prejuízo à floricultura, empresa de pequeno porte, e violaria o princípio da boa-fé objetiva.

Registra-se, nesse ponto, que autorizar a comercialização de flores e produtos afins pelo locador vai de encontro ao próprio objeto do negócio jurídico firmado entre as partes. Ora, não seria razoável permitir que a empresa locadora disponibilizasse em seu estabelecimento comercial os mesmos bens comercializados pela locatária, pois invariavelmente prejudicaria os rendimentos obtidos pela inquilina, que tem a obrigação de pagar aluguel para o locador.

Ademais, não seria razoável proibir a locatária de vender produtos comercializados pelo locador e não exigir o mesmo comportamento por parte do locador em relação à locatária, pois os deveres dos negociantes devem ser recíprocos e o contrato não pode ser desproporcionalmente prejudicial para uma das partes sobretudo quando a prejudicada é flagrantemente hipossuficiente em relação à outra.

Portanto, em respeito ao princípio da boa-fé objetiva e com base em sua função integrativa, entende-se por ser inviável a comercialização de flores e afins pela empresa locadora.

Não obstante, a conduta da agravante em vender as flores e fins caracteriza *venire contra factum proprium* (agir contra sua conduta anterior). Isso porque somente 18 anos após firmado o negócio jurídico entre as partes considerando o primeiro e o segundo contrato que o agravante passou a disponibilizar para venda os bens comercializados pela agravada e frisa-se por preços mais baixos (conforme cupons fiscais

juntados às fls. 84-86 dos autos em apenso). Essa situação configura um comportamento contraditório por parte do agravante que se omitiu por um longo período de tempo em vendar tais produtos, bem como frustra a legítima expectativa da agravada em comercializar seus bens sem concorrência desleal com a locadora. Como consequência, impossível admitir tal comportamento. (...) (fls. 170/172) (sublinhados meus).

Frise-se que não está se reconhecendo aqui qualquer vício de consentimento ou mesmo a carência de aptidão das partes para contratar, mas, tão somente, aplicando-se à casuística método de interpretação dos contratos baseado na boa-fé objetiva, cuja utilização tem expressa previsão, como alhures consignado, na legislação civil pátria.

Se não bastasse, a jurisprudência pátria tem entendido que a venda por supermercado de produto idêntico ou similar ao comercializado pelo locatário de espaço físico (loja ou box) em empreendimento de sua propriedade – em que aquele atua como lojaâncora –, configura concorrência desleal por parte do locador, na medida em que este, aliado ao fato de exercer posição dominante na relação locatícia, precipuamente considerado o seu grande porte, tem a facilidade de ofertar preços muito aquém daqueles praticados pelo locatário, geralmente sociedades empresárias de pequeno ou médio porte.

Nesse sentido, colhe-se precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL - LOCAÇÃO COMERCIAL - BOX EM SUPERMERCADO - VENDA DE COCO VERDE - CONCORRÊNCIA DESLEAL - ABUSO DO PODER ECONÔMICO - PROVAS - DEMONSTRAÇÃO - PERDAS E DANOS - CABIMENTO - MULTA DIÁRIA - VALOR COERCITIVO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - MULTA AFASTADA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. 1. Configura concorrência desleal e abuso do poder econômico a venda pelo locador - grande rede de supermercados - do mesmo produto vendido pelo locatário. 2. As perdas e danos abrangem o que o credor efetivamente perdeu e o que



deixou de lucrar. 3. Dada a finalidade coercitiva da multa - abstenção da prática da concorrência desleal - o valor atribuído pelo julgador se mostra compatível com a situação apresentada. 4. A multa imposta na decisão que rejeitou os embargos de declaração deve ser afastada, por ausência de intuito protelatório no oferecimento dos mesmos. (Apelação Cível n. 463641-9, rel. Des. D'Artagnan Serpa Sá, j. em 16.7.2008) (destacou-se).

Frise-se que, na hipótese, a floricultura autora fez prova da incapacidade competitiva, pois, comparando-se os cupons fiscais das litigantes, relativos à mercancia de produtos semelhantes (fls. 75/77), verifica-se que os preços praticados pela recorrente são muito inferiores ao praticados pela floricultura autora – chegando a ter valor de venda inclusive abaixo da metade do preço de comercialização praticado pela autora –, restando evidenciadas a prática da concorrência desleal e a consecução de prejuízo à apelada.

E, uma vez caracterizada situação de abuso econômico por uma das contratantes, exsurge ao Estado-Juiz o poder/dever de atuar em prol de garantir o respeito à livre iniciativa e à livre concorrência, sobrepondo-se até mesmo em relação à autonomia da vontade dos envolvidos, de modo a assegurar o justo embate econômico.

Nessa alheta, o art. 173, § 4º, da Constituição Federal, dispõe que *“A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”*

Sobre a possibilidade de intervenção estatal, discorre Diógenes Gasparini:

(...) As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica

acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em consequência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento. Em suma, desafiam o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados, e para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro com o interesse social. A intervenção está, substancialmente, consagrada na CF nos arts. 173 e 174. Nesse sentido ensina Duciran Van Marsen Farena (RPGE, 32:71) que “*O instituto da intervenção, em todas suas modalidades encontra previsão abstrata nos artigos 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro desses dispositivos permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o poder para exercer, na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado*”. Pela intervenção o Estado, com o fito de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social (art. 170 da CF), pode restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em certa área da atividade econômica. Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção hão de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito, consignado expressamente em nossa Lei Maior, como é o princípio da livre iniciativa. Lúcia Valle Figueiredo, sempre precisa, alerta a esse respeito que “*As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*” (GASPARINI, Diógenes. Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Saraiva. p. 629/630, cit., p. 64).

Ainda sobre o tema, cumpre destacar que “*o Supremo Tribunal Federal assentou que o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor*” (STF, AI 636883 AgR, rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. em

8.2.2011) (grifou-se).

Dessa forma, diferentemente do que sugere a apelante, a intervenção do Estado-Juiz nas relações privadas, quando presente o abuso do poder econômico, mostra-se imprescindível à própria garantia da liberdade econômica.

Por fim, não há como dar guarida à alegação da insurgente de que *“a exclusividade na comercialização da mercadoria pela locatária, em detrimento dos interesses comerciais da locadora (detentora da estrutura física e técnica do imóvel), ofende a livre concorrência, promovendo o domínio do mercado daquela já fixada”*.

Ora, compulsando os autos, observa-se que a sentença combatida não conferiu à floricultura autora a exclusividade na comercialização de plantas, flores, folhagens e acessórios, mas tão somente proibiu a unidade do supermercado da ré – localizada na Avenida Irineu Bornhausen, n. 5288, bairro Agrônômica, neste Município –, de vender tais produtos, vedação esta ocasionada pela própria requerida no gerenciamento do empreendimento comercial, pois, ao permitir a locação de uma de suas lojas por uma floricultura, automaticamente contraiu o dever de se abster da atividade praticada pela locatária.

Não há falar, portanto, em ofensa à livre iniciativa e à livre concorrência com base na medida inibitória buscada pela sociedade empresária locatária com a presente demanda.

Ante todo o exposto, porque configurada a situação de violação dos deveres de boa-fé contratual e caracterizada a concorrência desleal por parte da demandada, deve ser mantida incólume a sentença de procedência guerreada, que determinou à ré que se abstivesse de comercializar plantas, folhagens, acessórios e flores naturais.

Dos honorários advocatícios recursais.

Por fim, nos termos do Enunciado Administrativo n. 7 do Superior

Tribunal de Justiça, uma vez que a decisão combatida foi publicada após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, revela-se necessário o arbitramento de honorários pelo trabalho adicional dos advogados 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.

Destarte, tendo em conta a sucumbência recursal da parte apelante, majora-se, de ofício, os honorários advocatícios recursais devidos ao patrono da parte autora, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Este é o voto.

## QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

### **Agravo de Instrumento n. 4006317-10.2017.8.24.0000, de Xaxim**

Relator: Desembargador Sérgio Izidoro Heil

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE, DIANTE DA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO EXEQUENTE, HOMOLOGOU O CÁLCULO PERICIAL E DETERMINOU O PROSSEGUIMENTO DA EXECUCIONAL. ALEGADA NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS ANTE A INOBSERVÂNCIA DO PEDIDO DE INTIMAÇÃO ESPECÍFICA EM NOME DOS NOVOS ADVOGADOS DA CASA BANCÁRIA. COMPROVADO PREJUÍZO PELA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE O CÁLCULO APRESENTADO PELO PERITO. ACOLHIMENTO DA NULIDADE QUE SE IMPÕE. INTELIGÊNCIA DO ART. 272, § 5º, DO CPC/2015. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4006317-10.2017.8.24.0000, da comarca de Xaxim 1ª Vara em que é Agravante Banco do Brasil S/A e Agravado Arcildo Zanella e outros.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer e prover o agravo de instrumento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. José Carlos Carstens Köhler e Desa Janice Ubiali.

Florianópolis, 31 de julho de 2018.

Desembargador Sérgio Izidoro Heil  
Relator

## RELATÓRIO

Trato de agravo de instrumento interposto por Banco do Brasil S.A contra decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Xaxim que, nos autos da Execução de Título Extrajudicial por si proposta em face de Arcildo Zanella e outros homologou os cálculos apresentados pelo perito e determinou a intimação do recorrente para dar prosseguimento a execucional. (fl. 12).

Em suas razões recursais aduz, em síntese, que: não concorda com os cálculos apresentados pelo Perito, porquanto entende que confeccionados em desacordo com os parâmetros previstos no contrato entabulado entre as partes; há nulidade na homologação dos cálculos, pois não houve a intimação do atual procurador da casa bancária, o que causou evidente prejuízo. Requer a decretação da nulidade dos atos após a juntada do substabelecimento. (fls. 01/07).

Às fls. 24/27 foi deferido o pedido de efeito suspensivo formulado pelo agravante.

Sem contrarrazões, conforme certidão de fl. 30.

## VOTO

De início, vale esclarecer que tanto a prolação da decisão recorrida quanto a interposição deste recurso sucederam a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015).

Logo, a admissibilidade recursal deve observar o regramento disposto no Código de Processo Civil de 2015, segundo estabelecido no Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça:

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.

Dito isso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso e passo à análise de suas razões.

Aduz a casa bancária que embora conste da decisão agravada a ausência de manifestação do exequente sobre os cálculos do perito, tal fato aconteceu porque foram intimados seus antigos procuradores, não tendo o cartório judicial observado a existência de nova procuração, com pedido expresso de intimação do novo Procurador. Enfatiza que à fl. 557 da executória juntou procuração requerendo fossem todas as intimações realizadas exclusivamente nas pessoas de determinados procuradores. Requer, assim, a declaração de nulidade dos atos judiciais, após a juntada do substabelecimento (25.2.2016).

Razão assiste a parte agravante.

Sobre as comunicações dos atos processuais, estabelece o Novo Código de Processo Civil:

Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

§ 1º Os advogados poderão requerer que, na intimação a eles dirigida, figure apenas o nome da sociedade a que pertençam, desde que devidamente registrada na Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º Sob pena de nulidade, é indispensável que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, com o respectivo número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, ou, se assim requerido, da sociedade de advogados.

§ 3º A grafia dos nomes das partes não deve conter abreviaturas.

§ 4º A grafia dos nomes dos advogados deve corresponder ao nome completo e ser a mesma que constar da procuração ou que estiver registrada na Ordem dos Advogados do Brasil.

**§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos**

**advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.**

Extraio dos autos da execucional que, por meio da petição datada de 15.1.2016, o agravante requereu fossem todas as intimações realizadas exclusivamente nas pessoas dos procuradores Gustavo Rodrigo Góes Nicoladelli, Rodrigo Frassetto Góes e Elisiane De Dornelles Frassetto, sob as penas do art. 236, §1º do CPC73.

No caso, o Banco logrou demonstrar que a intimação efetuada em nome de seus antigos causídicos e, a conseqüente ausência de manifestação sobre os cálculos apresentados pelo perito – o qual manifesta inconformismo – causou-lhe prejuízo.

Sobre o tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. REQUERIMENTO DE INTIMAÇÃO EXCLUSIVA. INOBSERVÂNCIA. PREJUÍZO EFETIVO AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO. NULIDADE RELATIVA. PRECEDENTE ESPECÍFICO DA CORTE ESPECIAL. 1. Recebimento dos embargos de declaração como agravo regimental, tendo em vista o caráter exclusivamente infringente da oposição. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. 2. Nulidade relativa da intimação realizada em inobservância de requerimento de intimação exclusiva. Precedente específico da Corte Especial. 3. Ocorrência de efetivo prejuízo na espécie. 4. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL, AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (EDcl no REsp 1354774 / PE, Rel. Min. Paulo de Taso Sanseverino, DJe 03.3.2015).

E esta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO PARA IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS, QUE NÃO OBSERVOU



EXPRESSO PEDIDO PARA VEICULAÇÃO DA PUBLICAÇÃO EXCLUSIVAMENTE EM NOME DE ADVOGADO DIVERSO. PREJUÍZO DETECTADO. NULIDADE RECONHECIDA, POR OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. RECURSO DO EMBARGADO CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO DO EMBARGANTE PREJUDICADO. (TJSC, Apelação Cível n. 0000313-59.2012.8.24.0013, de Campo Erê, rel. Des. Bettina Maria Maresch de Moura, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 04-12-2017).

Dessa forma, entendo que a inobservância do requerimento de intimação em nome de Procurador específico, acarreta nulidade dos atos processuais subsequentes, mormente porque causou prejuízo à Casa Bancária que não pode se manifestar sobre os cálculos apresentados pelo Perito.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e prover o recurso.

**Apelação Cível n. 0301111-04.2018.8.24.0023**

Relator: Desembargador Torres Marques

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

CONTRATAÇÃO ABUSIVA. APOSENTADO QUE PROCUROU A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PARA OBTENÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. FORNECIMENTO DE PRODUTO DIVERSO. CARTÃO DE CRÉDITO COM DESCONTO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. MODALIDADE COM INCIDÊNCIA DE ENCARGOS SUBSTANCIALMENTE SUPERIORES. CONVERSÃO DO CONTRATO PARA EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. INCIDÊNCIA DE TODAS AS REGRAS E ENCARGOS ATINENTES A ESTE.

PRETENSÃO DE REPARAÇÃO. ILICITUDE DOS DÉBITOS. VERBA ALIMENTAR. REDUÇÃO DA MARGEM CONSIGNÁVEL. PREJUÍZOS DE ORDEM MORAL QUE NÃO SE COADUNAM COM O CONCEITO DE MERO ABORRECIMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO.

REPETIÇÃO DO INDÉBITO NA FORMA SIMPLES. CONTRATAÇÃO QUE TORNA CONTROVERSA A COBRANÇA E EXIME A CASA BANCÁRIA DA PENALIDADE EM DOBRO.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301111-04.2018.8.24.0023, da comarca da Capital – Bancário 3ª Vara de Direito Bancário em que são Apelantes e Apelados José Antônio Rodrigues e Banco BMG S/A.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso. Custas de lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Des. Sérgio Izidoro Heil e José Carlos Carstens Köhler.

Florianópolis, 31 de julho de 2018.

Des. Torres Marques  
PRESIDENTE E RELATOR

## RELATÓRIO

José Antônio Rodrigues interpôs recurso de apelação contra sentença que julgou improcedentes os pedidos deduzidos em ação de restituição de valores cumulada com indenização por danos morais ajuizada em face do Banco BMG S/A, revogou a tutela antecipatória concedida para liberar a margem consignável do benefício previdenciário percebido pelo autor e o condenou ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados estes em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), suspensa a exigibilidade por se tratar de beneficiário da justiça gratuita.

Nas razões de recurso, o consumidor asseverou ter havido venda casada, nulidade contratual, falha na prestação de serviço, não ter jamais utilizado o cartão de crédito em questão, estar configurada a responsabilidade objetiva da instituição financeira, ser devida indenização por danos morais e a restituição da quantia debitada na forma dobrada.

Com contrarrazões (fls. 315/329), os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça.

## VOTO

Trata-se de recurso interposto por consumidor contra sentença que julgou improcedente ação de restituição de valores cumulada com indenização por danos morais ajuizada em face de instituição financeira.

Em apertada síntese, a parte autora narrou que, pretendendo contratar empréstimos consignados à margem de seu benefício previdenciário, foi induzida a erro ao assinar contrato de cartão de crédito com autorização para desconto em folha de pagamento e, deparando-se com tais débitos, relativos a cartão jamais utilizado, percebeu que a má conduta da demandada estava a lhe causar inúmeros prejuízos de ordem material e moral.

Com base em tais fundamentos, sustentou a declaração de inexistência da relação negocial e da reserva de margem consignável; restituição em dobro dos valores realizados em sua folha de pagamento; alternativamente, a conversão do contrato de cartão de crédito consignado em empréstimo consignado; a condenação da demandada o pagamento de danos morais no valor de R\$ 20.000,00; e a concessão da justiça gratuita.

Acerca da relação negocial existente entre as partes, é inegável que a realização de descontos, relativos a cartão de crédito consignado não solicitado, do benefício previdenciário percebido pela parte autora, é prática abusiva repudiada pelo estatuto consumerista que, em seu art. 14, estabelece prescindir da existência de culpa a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados aos consumidores.

A propósito, da Corte Superior:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS. 1. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ENTENDIMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO

EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA N. 1.199.782/PR. 2. PRESCRIÇÃO AFASTADA. TERMO A QUO. DATA DO CONHECIMENTO DO DANO. ART. 27 DO CDC. 3. *QUANTUM* FIXADO DENTRO DA PROPORCIONALIDADE DE ACORDO COM AS PECULIARIDADES DO CASO. SÚMULA 7/STJ. 4. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. SÚMULA 284 DO STF. 5. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PARCIALMENTE E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO. (REsp 1682490/MS, Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 23/8/2017).

De outro ângulo, inegável o caráter alimentar dos proventos de aposentadoria e o constrangimento ilegal inerente às retiradas efetuadas sem autorização expressa do beneficiário, de modo a se mostrar ao menos questionável a qualificação da situação experimentada pelo recorrente como mero aborrecimento cotidiano.

Em verdade, ao contrário do afirmado às razões recursais da casa bancária, a conduta providenciada pela instituição financeira enquadra-se à hipótese prevista no art. 186 do Código Civil, apta a gerar o dever de indenizar, nos termos do art. 927 do Código Civil e no art. 5º, X, da Carta Magna.

Não é demais lembrar que ao efetuar os ditos descontos indevidos, além de ocasionar a redução de sua módica remuneração utilizada para subsistência, também minorou a utilização da reserva de margem consignável em folha de pagamento e, por corolário, impediu a aquisição de outros créditos perante instituições diversas.

Além disso, é notório que os encargos incidentes sobre contratos típicos de cartão de crédito são expressivamente superiores aos de empréstimos de outras espécies, acarretando incontestável prejuízo àquele que não optou pela pactuação de tal modalidade.

*In casu*, a análise dos documentos de fls. 61/94, consistentes nas faturas do contrato, sem nenhum apontamento de compra ou serviço

pago com o referido cartão, deixam clara a ausência de intenção da parte autora de firmar esta modalidade de pactuação.

Logo, necessária a conversão do contrato de “cartão de crédito consignado” em “empréstimo consignado” para que incidam no pacto todos os encargos e consectários legais relativos a este, por se tratar da espécie contratual visada pelo consumidor quando da pactuação.

Outrossim, reconhecida a ilegalidade do ato praticado pela casa bancária e tratar-se de hipótese em que se presume o prejuízo de ordem moral causado ao recorrente, impõe-se a fixação de indenização pelos danos alegados.

A propósito, colhe-se desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. RESTITUIÇÃO DE VALORES E REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. AUTORA QUE PRETENDIA OBTER EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. EFETIVAÇÃO DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO COM RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL - RMC. DESCONTOS NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DESTINADOS AO PAGAMENTO MÍNIMO INDICADO NA FATURA DO CARTÃO. TAXA DE JUROS INCOMPATÍVEIS COM A ESPÉCIE CONSIGNADA. PRÁTICA ABUSIVA. ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE CONTRATUAL QUE SE IMPÕE. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DANO MORAL PRESUMIDO. DEVER DE INDENIZAR. REPETIÇÃO DO INDÉBITO NA FORMA SIMPLES. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(Apelação Cível n. 0307786-84.2017.8.24.0033. Rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 9/7/2018)

E ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C DANOS MORAIS. CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO. DESCONTO DE RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA AUTORA. SENTENÇA DE

PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. RECURSO DA AUTORA. [...] DANOS MORAIS. PRETENSÃO CONDENAÇÃO. RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL (RMC) DESCONTADA DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA AUTORA, PESSOA HIPOSSUFICIENTE E DE PARCOS RECURSOS. FORNECIMENTO/UTILIZAÇÃO DO CARTÃO DE CRÉDITO OU ENVIO DAS FATURAS PARA O ENDEREÇO DA AUTORA NÃO DEMONSTRADOS. PRÁTICA ABUSIVA. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DANO PRESUMIDO. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. SENTENÇA REFORMADA NESSE ASPECTO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. MANUTENÇÃO NA FORMA SIMPLES. REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. RECURSO DO BANCO. ALEGADA LEGITIMIDADE DA CONTRATAÇÃO DO CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO. ÔNUS DE COMPROVAR A EXISTÊNCIA DA CONTRATAÇÃO E UTILIZAÇÃO DO CARTÃO DE CRÉDITO QUE PERTENCE AO BANCO, DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA NEGATIVA PELA AUTORA. UTILIZAÇÃO DO CARTÃO E ENVIO DAS FATURAS NÃO DEMONSTRADO. INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. RECURSO DESPROVIDO. HONORÁRIOS RECURSAIS. FIXAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 11, DO CPC. RECURSO DA AUTORA CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DO BANCO RÉU CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0304923-40.2017.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Soraya Nunes Lins, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 10/5/2018).

No que diz respeito ao arbitramento da verba indenizatória, sabe-se que deve ser fixada em montante moderado, todavia apta a reprimir a prática da instituição financeira, e não tão elevado ao ponto de representar enriquecimento indevido por parte do consumidor, mas suficiente para lhe minorar o dano sofrido.

Com observância a tais aspectos e levando em conta os precedentes desta Corte, para que o arbitramento seja efetuado em consonância com

o realizado em casos análogos, fixa-se a indenização por danos morais em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

No mesmo passo, desta Câmara, colhe-se:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, RESTITUIÇÃO DE VALORES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. [...] CONTRATO DE EMPRÉSTIMO E CARTÃO DE CRÉDITO COM DESCONTO DE RESERVA DE MARGEM DIRETAMENTE DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO RECEBIDO PELO AUTOR. DISCUSSÃO ACERCA DA ILICITUDE DO AJUSTE CONSIGNADO QUE NÃO É ALVO DE QUALQUER IRRESIGNAÇÃO PELA CASA BANCÁRIA. JUÍZO A QUO QUE ENTENDE PELA ILICITUDE DOS DESCONTOS OPERADOS DIRETAMENTE DA APOSENTADORIA DO REQUERENTE, DIANTE DA NÃO CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS DO DEMANDADO. DETERMINAÇÃO DE REPETIÇÃO EM DOBRO DAS QUANTIAS EXIGIDAS INDEVIDAMENTE. DEBUXE NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO AFETO AO RECONHECIMENTO OU NÃO DO DEVER DO RÉU DE INDENIZAR O DANO MORAL CLAMADO. DEDUÇÃO INDEVIDA DOS PROVENTOS DA APOSENTADORIA DO REQUERENTE, PESSOA IDOSA E HIPOSSUFICIENTE, QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA COMO MERO DISSABOR DA VIDA COTIDIANA NA MEDIDA EM QUE COMPROMETEU O SEU SUSTENTO. INDENIZAÇÃO POR OCORRÊNCIA DE DANO MORAL DEVIDA. PRECEDENTES. DISPENSABILIDADE DA COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO (DANO IN RE IPSA). QUANTUM ARBITRADO DE ACORDO COM AS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO E COM OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO RAZOABILIDADE/PROPORCIONALIDADE. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO PRIMEIRO ABATIMENTO INDEVIDO (SÚMULA N. 54 DO STJ). CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DO PRESENTE JULGAMENTO (SÚMULA N. 362 DO STJ). [...] (Apelação Cível n. 0307271-88.2017.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 30/1/2018).



A verba indenizatória deverá ser acrescida de juros de 1% (um por cento) ao mês a contar do primeiro desconto indevido, bem como de correção monetária desde a data do presente julgamento, em obediência às Súmulas 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça.

Tocante à pretensão de restituição dos montantes na forma dobrada, razão parcial assiste ao recorrente, uma vez que apesar de tornado judicialmente ineficaz, havia negócio jurídico a embasar a referida cobrança, de modo a tornar controvertida a cobrança dos montantes e isentar a casa bancária da devolução em dobro dos mesmos. Viável, entretanto, a devolução ou compensação dos valores debitados, no novo cálculo do contrato convertido em empréstimo consignado.

Em situação idêntica, esta Câmara decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TOGADO DE ORIGEM QUE JULGA IMPROCEDENTES OS PEDIDOS DEDUZIDOS NA EXORDIAL. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA. DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO PUBLICADA EM 23-4-18. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO COM RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL (RMC). DESCONTOS REALIZADOS DIRETAMENTE DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DA REQUERENTE, PESSOA HIPOSSUFICIENTE E COM PARCOS RECURSOS. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE INDICA QUE A AUTORA PRETENDIA FORMALIZAR APENAS CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE VONTADE QUANTO À CELEBRAÇÃO DE AJUSTE DE CARTÃO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO À UTILIZAÇÃO DO CARTÃO DE CRÉDITO E TAMPOUCO DO SEU ENVIO PARA O ENDEREÇO DA CONSUMIDORA. PRÁTICA ABUSIVA CONFIGURADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 39, INCISOS I, III E IV DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DESTES AREÓPAGO. SENTENÇA REFORMADA. DANO

MORAL. DEDUÇÃO INDEVIDA DE VALORES DE NATUREZA ALIMENTAR E RESTRIÇÃO INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DE RELAÇÕES CREDITÍCIAS COM TERCEIROS QUE NÃO PODEM SEREM CONSIDERADAS MERO DISSABOR DA VIDA COTIDIANA. INDENIZAÇÃO POR OCORRÊNCIA DE DANO MORAL DEVIDA. PRECEDENTES. DISPENSABILIDADE DA COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO (DANO IN RE IPSA). QUANTUM ARBITRADO DE ACORDO COM AS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO, POR SE TRATAR DE RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DO PRESENTE JULGAMENTO (SÚMULA N. 362 DO STJ). REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE DESCONTOS INDEVIDOS NA CONTA DA DEMANDANTE QUE EVIDENCIAM A VANTAGEM ILÍCITA DO BANCO. COBRANÇA QUE CARACTERIZA, ENTRETANTO, ENGANO JUSTIFICÁVEL. HIPÓTESE QUE ISENTA A CASA BANCÁRIA DA DEVOLUÇÃO EM DOBRO, SUBSISTINDO O DEVER DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES NA MODALIDADE SIMPLES, ADITADOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE A DATA DE CADA DESEMBOLSO E JUROS DE MORA, ESTES A CONTAR DA CITAÇÃO, POR FORÇA DO ART. 397, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL E 219, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. NECESSÁRIA RECALIBRAGEM FACE A MODIFICAÇÃO DO DECISÓRIO. DEMANDANTE QUE LOGROU ÊXITO EM SEUS PLEITOS. RESPONSABILIDADE ATRIBUÍDA INTEGRALMENTE AO RÉU. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO SEGUNDO OS CRITÉRIOS DO ART. 85, § 2º, INCISOS I, II, III E IV DO NCPC E DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. DECISÓRIO MODIFICADO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, §§ 1º E 11, DO CÓDIGO FUX. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE OFÍCIO EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DA VERBA PROFISSIONAL NA ORIGEM. RECURSO ALBERGADO. (Apelação Cível n. 0300073-36.2018.8.24.0029, de Imarui, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 26/6/2018).

Outrossim, diante da modificação do provimento jurisdicional de origem, a sagrar o autor vencedor em relação a grande parte dos pedidos iniciais, a parte demandada arcará com o pagamento da integralidade das despesas processuais e honorários advocatícios. Estes, dada a natureza condenatória do presente julgado, devem ser fixados com fundamento no art. 85, § 2º, do estatuto processual. Assim, fixa-se a verba honorária em favor dos procuradores da parte autora em R\$ 10% sobre o valor da condenação.

De outro tanto, diante do trabalho adicional realizado pelo advogado da parte autora neste grau de jurisdição, adiciona-se 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação a título de honorários recursais.

Por fim, registre-se que o benefício de justiça gratuita já foi deferido na origem, sem revogação até o momento.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso.

**Apelações Cíveis n. 0002573-89.2011.8.24.0031, 0000609-27.2012.8.24.0031 e 0002316-30.2012.8.24.0031, de Indaial**

Relatora: Desa. Janice Ubialli

APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. CONTRATO DE CESSÃO DE QUOTAS DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA, NÃO-CONCORRÊNCIA E OUTRAS AVENÇAS. AÇÃO CAUTELAR DE ANTECIPAÇÃO DE PROVAS, AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA E AÇÃO DE COBRANÇA C. COBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. DECISÕES PROFERIDAS SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. AÇÕES CONEXAS. JULGAMENTO CONJUNTO.

**1. AÇÃO CAUTELAR.** PERÍCIA JUDICIAL EM MAQUINÁRIO, PROJETOS, DESENHOS E DOCUMENTOS TÉCNICOS QUE SE ENCONTREM NA SEDE DA REQUERIDA. PERÍCIA REALIZADA. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA PROVA. AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTOS PELOS RÉUS.

1.1. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. APRESENTAÇÃO DE DUAS PEÇAS DEFENSIVAS EM OCASIÕES DISTINTAS. CONHECIMENTO DA PRIMEIRA COMO CONTESTAÇÃO E DA SEGUNDA COMO “MERA PETIÇÃO”. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA VALIDAMENTE RECONHECIDA. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE PREJUÍZO.

A declaração de nulidade demanda a demonstração de prejuízo, na forma do preceito *pas de nullité sans grief*.

1.2. AGRAVO RETIDO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA CAUTELARIDADE. DEMONSTRAÇÃO DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. *PROVIMENTO NEGADO*.

É cabível o deferimento de medida cautelar de antecipação de prova em situação na qual há indícios – demonstrativos do *fumus boni iuris* – de que a parte ré promove concorrência desleal mediante o desenvolvimento de máquina industrial, em inobservância à cláusula de não-concorrência contida no contrato de cessão de cotas de sociedade empresária entabulada entre as partes. O perigo da demora decorre da possibilidade de alteração do estado do bem a ser objeto de laudo pericial. Daí decorre, automaticamente, a ausência de *periculum in mora* inverso.

### 1.3. ARGUIÇÃO DE INVALIDADE DO LAUDO PERICIAL. INCAPACIDADE TÉCNICA DO *EXPERT*. PRECLUSÃO.

“A impugnação da nomeação do perito deve ser alegada na primeira oportunidade de falar nos autos, sob pena de preclusão” (STJ, AgRg no AREsp 428.933/SP, Quarta Turma, rela. Mina. Maria Isabel Gallotti, DJe 3-4- 2014).

### 1.4. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. RESISTÊNCIA À PRETENSÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. CABIMENTO.

A jurisprudência do STJ reconhece que, apresentada objeção à cautelar de antecipação de provas, são devidos honorários advocatícios, caso o requerido seja vencido (STJ, AgRg no AREsp 502.513/RJ, Quarta Turma, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 14-4-2015).

## 2. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DOS AUTORES.

### 2.1. CLÁUSULA DE NÃOCONCORRÊNCIA. VALIDADE. DECISÃO MANTIDA NO PONTO.

A previsão do art. 1.147 do Código Civil não contraria os princípios constitucionais regentes da ordem econômica, mas apenas instrumentaliza o exercício da concorrência *leal*, pois tem

por escopo permitir ao cessionário que, nos primeiros anos após a cessão da totalidade das cotas da sociedade, desenvolva empresa sobre o estabelecimento por ele adquirido, sem que tenha de concorrer com os cedentes. Mitigam-se, durante o tempo em que persistir a eficácia da cláusula de nãoconcorrência, a livre iniciativa e a livre concorrência.

2.2. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE EFICÁCIA DA CLÁUSULA DE NÃOCONCORRÊNCIA. CINCO ANOS. ART. 1.147 DO CÓDIGO CIVIL E SÚMULA 5 DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. DECISÃO REFORMADA NO PONTO.

“Mostra-se abusiva a vigência por prazo indeterminado da cláusula de ‘não restabelecimento’, pois o ordenamento jurídico pátrio, salvo expressas exceções, não se coaduna com a ausência de limitações temporais em cláusulas restritivas ou de vedação do exercício de direitos. Assim, deve-se afastar a limitação por tempo indeterminado, fixando-se o limite temporal de vigência por cinco anos contados da data do contrato, critério razoável adotado no art. 1.147 do CC/2002. (REsp n. 680.815/PR, Quarta Turma, rel. Min. Raul Araújo, j. em 20-3-2014).

2.3. VIOLAÇÃO DE SEGREDO INDUSTRIAL. TUTELA QUE VEDE UTILIZAÇÃO E DIVULGAÇÃO DE DADOS DESSA NATUREZA. FALTA DE PROVAS DA VIOLAÇÃO OU DE SUA IMINÊNCIA.

É evidente que o interesse na obtenção de tutela que sirva à prevenção de ilícito autoriza postulação em juízo. Contudo, imperioso, em tais casos, que o interessado forneça elementos que deem suporte à sua postulação, que evidenciem, no campo dos fatos, a iminência da prática que se pretende evitar ou a efetivação dessa prática de maneira contrária ao direito.

2.4. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. REDISTRIBUIÇÃO DA SUCUMBÊNCIA. RECIPROCIDADE. ARTS. 85, § 2º, E 86 DO CPC/2015.

Se a sucumbência é recíproca, ambas as partes litigantes devem ser condenadas a pagar honorários advocatícios aos procuradores da parte adversa, observada a vedação à compensação e os critérios do art. 85, § 2º, do CPC/2015.

### **3. AÇÃO DE COBRANÇA C.C OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DOS RÉUS.**

3.1. TESE: CARÁTER TENDENCIOSO DOS TERMOS EM QUE DISPOSTA A CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. FUNDAMENTO NÃO SUBMETIDO AO JUÍZO ORIGINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO EM GRAU DE RECURSO.

É defeso, em recurso, inovar os fundamentos de fato e de direito, incluir tema não apreciado na instância a quo sobre o qual não estabelecido o contraditório. Excetuadas as matérias passíveis de conhecimento *ex officio* em qualquer tempo e grau de jurisdição, só podem ser objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal as questões suscitadas e debatidas no juízo de origem.

3.2. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO APRECIÇÃO DE PETIÇÃO PROTOCOLADA ANTERIORMENTE À PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PEÇA EM QUE SE ARTICULAM RAZÕES IRRELEVANTES, QUE PASSARAM AO LARGO DAS RAZÕES DE DECIDIR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE RECHAÇADA.

3.3. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA. MULTA CONTRATUAL. EXERCÍCIO DE CONCORRÊNCIA NOS CINCO ANOS SUBSEQUENTES À TRANSFERÊNCIA DAS TOTALIDADE DAS QUOTAS DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. CONSTITUIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA COM OBJETO SOCIAL IDÊNTICO. DESENVOLVIMENTO DE MÁQUINA INDUSTRIAL SEMELHANTE A EQUIPAMENTO PRODUZIDO PELA

### SOCIEDADE EMPRESÁRIA TRANSFERIDA. PRÁTICA DE ATOS VOLTADOS A CAPTAR CLIENTES, PARCEIROS E INVESTIDORES.

O cedente viola cláusula de nãoconcorrência ao constituir pessoa jurídica com objeto social idêntico ao da sociedade empresarial transferida, ao desenvolver máquina industrial semelhante a equipamento produzido por esta sociedade e ao praticar atos voltados a atrair clientes, parceiros e investidores.

#### 3.4. CORREÇÃO MONETÁRIA. *DIES A QUO*. INÍCIO DA PRÁTICA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL.

A multa cominada à violação à cláusula de nãoconcorrência deve ser corrigida monetariamente a partir do momento em que se iniciou a concorrência desleal, que pode ser evidenciada com a constituição de pessoa jurídica com objeto social idêntico ao da pessoa jurídica alienada.

#### 3.5. MULTA DO ART. 475-J DO CPC/1973. SENTENÇA QUE DETERMINA INCIDÊNCIA IMEDIATA DA SANÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DO TRÂNSITO EM JULGADO E DO INÍCIO DA FASE DE CUMPRIMENTO. INVALIDADE. SANÇÃO AFASTADA.

A incidência da penalidade prevista do art. 475-J do CPC/1973 é condicionada ao trânsito em julgado da sentença e à deflagração, pela autora, da fase de cumprimento.

#### 3.6. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINORAÇÃO. VERBA JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INVIABILIDADE DE REDUÇÃO.

É inviável a minoração dos honorários sucumbenciais fixados em primeiro grau se estes já se encontram no mínimo legal de 10% sobre o valor da condenação, do proveito econômico ou da causa.

#### HONORÁRIOS RECURSAIS. SENTENÇA PROLATADA SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. INVIABILIDADE.



Proferida a sentença apelada sob a égide do CPC/1973, revela-se inviável a fixação de honorários recursais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Cíveis n. 0000609-27.2012.8.24.0031, 0002573-89.2011.8.24.0031 e 0002316-30.2012.8.24.0031, da comarca de Indaial (1ª Vara Cível), em que são Apelantes José Walter Alvarez e Rototech Urban Mecatrônica Ltda. EPP e Apeladas Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda., Weitmann & Konrad Gmb & Co. KG e Weko Holding GmbH:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do agravo retido de fls. 466-471 dos autos n. 0002573-89.2011.8.24.0031 e a ele negar provimento; conhecer da Apelação Cível n. 0002573-89.2011.8.24.0031 e a ela negar a provimento; conhecer da Apelação Cível n. 0000609- 27.2012.8.24.0031 e a ela dar parcial provimento; e conhecer de parte da Apelação Cível n. 0002316-30.2012.8.24.0031 e a ela dar parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. José Antônio Torres Marques, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Sérgio Izidoro Heil.

Florianópolis, 19 de junho de 2018.

Janice Ubialli  
Relatora

## RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por José Alvarez e Rototech Urban Mecatrônica Ltda. EPP da sentença proferida nos autos da “ação cautelar de produção antecipada de provas” n. 0002573-89.2011.8.24.0031, ajuizada por Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda. A

decisão contou com o seguinte dispositivo:

Destarte, HOMOLOGO a prova produzida e julgo extinto o processo.

Custas pela parte requerida e honorários advocatícios ao Advogado da parte autora que fixo em R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Os recorrentes alegam que houve cerceamento de defesa em razão do não recebimento, pela magistrada a quo, da segunda contestação apresentada, a qual foi apreciada como mera petição. Ademais, reiteram agravo retido em que sustentaram a ausência dos requisitos necessários à antecipação de tutela – argumento que repetem mais adiante, sob a forma de alegação de mérito. Indicam, ainda, a ausência de manifestação do juízo *a quo* acerca do *periculum in mora* inverso. Suscitam a invalidade do laudo pericial em razão da incapacidade técnica do expert. Por fim, defendem a impossibilidade de condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais por se tratar de mera homologação de laudo pericial.

Cuida-se, ainda, de apelação cível interposta por José Walter Alvarez e Rototech Urban Mecatrônica Ltda. EPP da sentença proferida nos autos da “ação ordinária c/c pedido parcial de antecipação de tutela” n. 0000609-27.2012.8.24.0031, aforada contra Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda., Weitmann & Konrad GmbH & Co. KG e Weko Holding GmbH. O decisório recorrido contou com a seguinte parte dispositiva:

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS deduzidos por José Walter Alvarez e Urban Mecatrônica Ltda. EPP contra Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda., Weitmann & Konrad GMBH & Co.KG e Weko Holding GMBH na presente ação.

Condene a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência que fixo em 20% do valor dado à causa atualizado.

Os recorrentes sustentam, em síntese, a nulidade absoluta da cláusula

de não-concorrência e, sucessivamente, a imposição de delimitação temporal de cinco anos àquele dispositivo contratual. Argumentam, ainda, que houve violação de segredo industrial por parte das apeladas em relação à máquina Rotodyer. Postulam, por fim, a minoração dos honorários sucumbenciais.

Cuida-se, também, de apelação cível, manejada por José Walter Alvarez e Rototech Urban Mecatrônica Ltda. EPP, da sentença proferida nos autos da “ação de cobrança c/c obrigação de fazer (com pedido de tutela antecipada)” n. 0002316- 30.2012.8.24.0031, ajuizada por Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda., Weitmann & Konrad GmbH & Co. KG e Weko Holding GmbH. O decisório mencionado tem a seguinte parte dispositiva:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO formulado nesta ação por Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda., Weko Holding GMBH e Weitmann Konrad GMB CO. KG contra José Walter Alvarez e Urban Mecatrônica Ltda, atual Rototech Urban Ltda.EPP e, em conseqüência: 1) reconheço e declaro por sentença a violação contratual da cláusula de interdição de concorrência perpetrada pela parte ré em data de 09/02/2009; 2) condeno a parte ré a pagar à parte autora a multa punitiva de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), valor que deverá ser monetariamente atualizado a partir de 09/02/2009. 3) condeno a vencida a pagar as despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência à vencedora que fixo em 10% sobre o valor da causa. Dê-se ciência à parte ré de que a intimação da presente decisão deflagrará de imediato o prazo de 15 dias para cumprimento espontâneo da obrigação pela vencida, sob pena de incidência da multa do art. 475-J do CPC, pois esta decisão não é constitutiva e sim declaratória da obrigação preexistente no contrato original de trespasse.

A sentença ainda foi integralizada mediante decisão que acolheu embargos de declaração opostos por Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda., Weitmann & Konrad GmbH & Co. KG e Weko Holding GmbH, a qual acresceu àquela sentença o seguinte excerto:

Defere-se a tutela antecipada requerida para determinar aos réus que se abstenham de produzir, fabricar, desenvolver, divulgar ou por qualquer meio comercializar a máquina industrial objeto de perícia judicial nos autos nº 031.11.002573-4, assim como o réu José Walter Alvarez, na forma da cláusula contratual, dirigir ou participar de negócios, direta ou indiretamente, por si ou interposta pessoa, no Brasil ou fora dele que possam gerar concorrência com a autora, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Os recorrentes argumentam que houve cerceamento de defesa em razão da não apreciação, pela magistrada *a quo*, de petição protocolada anteriormente à prolação da sentença, que é inviável a incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC/1973, que não houve efetiva concorrência entre as partes, que a redação da cláusula “é tendenciosa, pois pune a possível concorrência”, que a correção monetária deveria incidir somente a partir da citação e que os honorários advocatícios devem ser minorados.

Com as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte.

Em 1-6-2018, aportou aos autos petição dos apelantes José Walter Alvarez e Rototech Urban Mecatrônica Ltda. EPP. Dessa petição não se deu vista aos apelados porque, como se verá adiante, os fatos e argumentos nela expostos não são relevantes para a decisão do recurso.

## VOTO

Em primeiro lugar, vale esclarecer que tanto a prolação das decisões recorridas quanto a interposição dos presentes recursos precedem a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), que se deu em 18-3-2016 (Enunciado Administrativo n. 1 do STJ).

Assim, os pressupostos de admissibilidade recursal são os do Código de Processo Civil de 1973, segundo estabelecido no Enunciado Administrativo n. 2 do Superior Tribunal de Justiça:

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.

Mas não é só. Porque o que aqui se reexamina são decisões prolatadas sob a égide do CPC/1973, o juízo que se realizará a respeito do acerto ou desacerto do decidido será, quanto ao aspecto processual, exclusivamente orientado por essa norma. É que a aplicabilidade imediata assegurada à norma processual não acarreta a revisão dos atos já praticados pelo juiz, tampouco a desconstituição de situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei processual revogada (art. 14 do CPC/2015).

Lançado isso, passa-se ao enfrentamento dos recursos. Impende anotar que se procede a julgamento conjunto das Apelações Cíveis n. 000609-27.2012.8.24.0031, 0002316- 30.2012.8.24.0031 e 0002573-89.2011.8.24.0031. São demandas com idêntica causa de pedir remota, conexas, portanto.

É oportuno esclarecer, para melhor compreensão das lides, que José Walter Alvarez e Mônica Inge Alvarez, na condição de únicos sócios da empresa Urban Equipamentos Industriais Ltda. – da qual José Walter detinha 99,7% das cotas sociais, e Mônica Inge 0,3% –, firmaram, em 25-7-2007, “Contrato de Cessão de Quotas de Sociedade Empresária Limitada, não concorrência e outras avenças”, por intermédio do qual **cederam a totalidade das cotas** daquela empresa para as empresas alemãs Weitmann & Konrad GmbH & Co. KG e Weko Holding GmbH.

No contrato de cessão, as partes ainda estipularam cláusula de não-concorrência, de acordo com a qual o cedente, após a assinatura do contrato, não poderia “em hipótese alguma, dirigir ou participar de negócios, direta ou indiretamente, por si ou interposta pessoa, no Brasil ou fora dele, que possam gerar concorrência com os cessionários ou com

a Weko Urban Equipamentos do Brasil Ltda.”

As cessionárias alteraram a razão social da Urban Equipamentos Industriais Ltda. para Weko Urban Equipamentos Industriais do Brasil Ltda., e, posteriormente, para Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda. (6ª Alteração do Contrato Social, datada de 21-10-2010).

José Walter, por sua vez, no ano de 2009, constituiu nova pessoa jurídica, denominada inicialmente de Urban Mecatrônica Ltda., posteriormente alterada para Rototech Urban Ltda. EPP.

Na Apelação Cível n. 0002573-89.2011.8.24.0031 discute-se a decisão proferida na “ação cautelar de produção antecipada de provas” intentada por Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda. para vistoriar máquina industrial na sede da empresa Urban Mecatrônica Ltda. (atual Rototech Urban Ltda. EPP) a fim de identificar eventual violação aos termos do contrato de cessão de quotas, por conta de alegado exercício de concorrência desleal.

Na Apelação Cível n. 0000609-27.2012.8.24.0031 discute-se a decisão proferida na ação declaratória intentada por José Walter Alvarez e Rototech Urban Mecatrônica Ltda. EPP que buscam anular ou, sucessivamente, limitar no tempo a cláusula de não-concorrência contida no contrato de cessão de quotas da empresa Urban Equipamentos Industriais Ltda., firmado com as empresas alemãs Weitmann & Konrad GmbH & Co. KG e Weko Holding GmbH, atualmente representadas, em solo nacional, por Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda.. A sentença proferida em primeira instância julgou improcedentes os pedidos iniciais e, por isso, houve recurso dos autores.

Na Apelação Cível n. 0002316-30.2012.8.24.0031 discute-se a decisão proferida na “ação de cobrança c/c obrigação de fazer (com pedido de tutela antecipada)” ajuizada por Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda., Weitmann & Konrad GmbH & Co. KG e Weko Holding GmbH contra Rototech Urban Ltda. EPP e José

Walter Alvarez, na qual as autoras postularam, em síntese, que os réus se abstivessem de produzir, fabricar, desenvolver, divulgar ou comercializar a máquina industrial objeto do pedido de vistoria na ação cautelar acima referida, bem como de promover concorrência com as empresas autoras. Pleitearam, ainda, a condenação do réu José Walter Alvarez ao pagamento da multa contratual no importe de um milhão de reais.

Como visto, o substrato fático subjacente às três demandas mencionadas e aos recursos delas decorrentes é, de maneira geral, o mesmo: cessão de cotas da empresa então denominada Urban Equipamentos Industriais Ltda. em favor das empresas alemãs Weitmann & Konrad GmbH & Co. KG e Weko Holding GmbH, com o pacto de que seria vedado o exercício de concorrência (cláusula 5ª).

Passa-se, então, ao julgamento dos recursos.

#### *Cautelar de produção antecipada de provas*

A ação cautelar foi ajuizada com o objetivo de antecipar a produção de provas indicativas de que o cedente José Walter teria violado a cláusula de não-concorrência pactuada entre as partes. Tal violação teria se operado mediante a constituição, no ano de 2009, da pessoa jurídica denominada *Urban* Mecatrônica Ltda. (razão social semelhante à da pessoa jurídica cujas cotas foram cedidas, originalmente designada *Urban* Equipamentos Industriais Ltda.). Além disso, a Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda. relatou ter interceptado, em seu servidor, *e-mails* remetidos em 2011 pelo cedente José Walter a Alois Becker, ex-funcionário da empresa que ainda utilizava endereço eletrônico com o domínio *weko-urban.com.br*, dos quais se depreenderia que Alois e José Walter desenvolviam máquina têxtil muito semelhante a equipamento já produzido pela Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda.

A antecipação de provas foi deferida pelo juízo *a quo*, e, assim, produziu-se perícia técnica na máquina desenvolvida por José Walter e Rototech Urban Ltda. EPP e sobre a máquina produzida e comercializada

pela Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda.

A magistrada *a quo* proferiu sentença por intermédio da qual homologou a prova técnica produzida.

Dessa sentença os réus da ação cautelar – Rototech Urban Ltda. EPP e José Walter – interpuseram apelação cível, na qual suscitaram, de maneira preliminar, o cerceamento de sua defesa ao fundamento de que a magistrada *a quo* apenas levava em consideração a contestação protocolada anteriormente à citação dos ora recorrentes nos autos da demanda cautelar, de modo que as demais manifestações foram admitidas como petições inaptas a influenciar na sentença por conterem arguições atinentes ao mérito da demanda principal; e, no mérito, sustentam que não se faziam presentes os elementos necessários à produção antecipada de prova pericial, bem como arguem a falta de capacidade técnica do perito judicial e a impossibilidade de condenação ao pagamento de ônus sucumbenciais em ação cautelar.

Como bem registrado na sentença homologatória apelada, a conduta da parte ré na demanda cautelar é atípica: José Walter apresentou contestação antes de sua citação e, depois de realizado o exame pericial e acostado aos autos o laudo do experto, apresentou nova contestação.

Contudo, essa conduta, por mais que revele açodamento, é justificada: a apresentação de contestação antes mesmo da citação e do acesso aos autos (protegidos por segredo de justiça) teve o escopo de argumentar, perante o juízo, que a demanda cautelar ajuizada por Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda. não passava de estratégia voltada a usurpar segredo industrial da empresa Rototech Urban Ltda. EPP.

De qualquer forma, a magistrada apreciou também as arguições veiculadas na segunda peça de contestação. Ao apreciá-las, todavia, verificou que se tratava de questões atinentes ao mérito das duas ações principais, e não propriamente à cautelaridade da medida e à verificação de



seus requisitos. Nesse sentido, a julgadora observou que as preliminares arguidas na primeira contestação não constituíam defesa indireta, motivo pelo qual não podiam ser debatidas em demanda cautelar.

E de todo modo, por mais que se considerasse que o juízo *a quo* deveria ter apreciado a segunda contestação efetivamente como uma nova resposta dos réus – e não como mera petição –, o que se verifica é que a eventual impropriedade dessa apreciação não seria suficiente para macular a sentença.

Sabe-se que as nulidades somente podem ser reconhecidas se delas decorrer prejuízo – é o preceito *pas de nullité sans grief*.

No presente caso, o procedimento adotado pelo juízo de primeira instância não impôs aos réus da demanda cautelar qualquer prejuízo, mormente porque a segunda resposta foi, sim, apreciada, nada obstante seus argumentos não tenham sido debatidos, haja vista a inviabilidade de fazê-lo no rito cautelar.

Rechaça-se, pois, a preliminar de cerceamento de defesa.

No tocante à alegada ausência dos requisitos necessários à concessão da tutela cautelar – o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* –, o que se verifica é que, apreciado o contexto fático-probatório que se apresentava ao juízo de primeira instância ao tempo do deferimento do pedido cautelar, era possível constatar a presença daqueles requisitos.

Não se pode apreciar a decisão que autorizou a colheita da prova pericial à luz do cenário que atualmente se delineia, já com a conclusão da instrução probatória nas três demandas (cautelar, condenatória e declaratória) ajuizadas em meio ao imbróglio travado entre as partes.

Por outro lado, por ocasião do ajuizamento da demanda cautelar pela Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda., só o que o juízo tinha a seu dispor, para sumariamente formar seu convencimento, eram os elementos de convicção juntados pela própria autora da cautelar.

Tais elementos davam conta de que, após a cessão das quotas da Urban Equipamentos Industriais Ltda., José Walter constituiu nova empresa – então denominada Urban Mecatrônica Ltda. EPP –, com o mesmo objeto social da autora da demanda cautelar e que, além disso, estaria em processo de desenvolvimento de máquina industrial com características funcionais muito semelhantes às do equipamento já produzido pela Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda. Conjugados tais elementos, seria possível conjecturar violação à cláusula 5ª do contrato de cessão de cotas, que impunha ao cedente o dever de não exercer concorrência com as cessionárias.

É bem verdade que, na contestação açodadamente apresentada pelos réus da demanda cautelar, se argumentou que a pessoa jurídica constituída não teria praticado concorrência desleal, uma vez que se limitava a realizar a distribuição de equipamentos produzidos por empresa alemã e a prestar serviços de manutenção e assistência técnica sobre esses mesmos produtos, conforme comprovariam as notas fiscais de produtos e serviços e os balanços e balancetes contábeis. Acrescentou-se, em relação à máquina similar àquela produzida pela autora da demanda cautelar, que tal equipamento estava em fase pré-operacional e de desenvolvimento e, além disso, que seria devotado ao tingimento têxtil, ao passo que o maquinário da Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda. limitava-se ao beneficiamento têxtil.

Ainda assim, persistia a fumaça do bom direito, que indicava a possível prática de concorrência desleal por parte dos réus da demanda cautelar, como também o perigo da demora, consubstanciado no risco de que a máquina industrial objeto de perícia passasse por alguma modificação fraudulenta.

Por outro lado, atenção deve ser dada à alegação de que havia, ao tempo do deferimento da medida cautelar, *periculum in mora* inverso. Dito perigo consistiria na possibilidade de que a autora da medida

cautelar usurpasse os segredos industriais titularizados pela parte ré daquela demanda mediante o acesso à máquina que estava em processo de desenvolvimento por José Walter e Rototech Urban Ltda. EPP.

Todavia, o que efetivamente importa à demanda cautelar é que de fato havia indícios de que José Walter e a pessoa jurídica por ele controlada promoviam – ou estavam em vias de promover – concorrência desleal, de forma a violar a cláusula 5ª do contrato de cessão da totalidade das cotas da sociedade empresária.

Nesse cenário, o acesso, pela Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda., à máquina desenvolvida pelos réus consubstanciava consequência natural da necessidade de proceder à produção antecipada de provas, especificamente prova técnica materializada mediante perícia judicial. Esse alegado *periculum in mora* inverso, portanto, não constituía óbice à adoção da medida cautelar pleiteada.

Por ora, o que se afirma é que o deferimento da medida cautelar foi escoreito, em consonância com o que dispunha o art. 849 do CPC/1973.

A propósito, cita-se precedente que corrobora aquilo que ora se afirma:

A regra do artigo 849 do Código de Processo Civil deve ser interpretada de modo a não restringir os efeitos benéficos que a assecuração da prova pode trazer ao bom andamento do processo, aliás, a grande finalidade das medidas cautelares (STJ, REsp n. 31.219/SP, rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, j. 23-4-2002).

Nesse sentido, verifica-se que, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a medida cautelar realmente deveria ter sido – como efetivamente foi – deferida.

Por conta disso, as razões contidas no agravo retido agora reiteradas pelos recorrentes não justificam que o feito regresse à primeira instância para que haja nova manifestação do juízo a quo. A apreciação da demanda

cautelar foi efetuada a contento diante dos elementos de convencimento então oferecidos ao juízo. **Rechaça-se, pois, o agravo retido.**

Para definitivamente sepultar a controvérsia quanto ao deferimento da medida cautelar de produção antecipada de provas, relata-se que esta Corte, ainda que em juízo sumário peculiar aos agravos de instrumento, já teve a oportunidade de manifestar-se acerca da questão. Tal manifestação ocorreu por ocasião do julgamento, por esta Câmara – a qual esta relatora ainda não integrava –, do Agravo de Instrumento n. 0215179-30.2012.8.24.0000 (2012.052360-8), interposto por Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda., Weitmann & Konrad Gmb & Co. KG e Weko Holding Gmbh de decisão interlocutória proferida nos autos da Ação Condenatória n. 0002316-30.2012.8.24.0031.

Na decisão recorrida, o juízo *a quo* indeferiu a antecipação da tutela então requerida, no sentido de que os réus daquela demanda se abstivessem de produzir, fabricar, desenvolver, divulgar ou por qualquer meio comercializar a máquina industrial objeto da perícia realizada e/ou qualquer outra que possa estabelecer concorrência com os produtos produzidos pela Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda.

Já este órgão colegiado considerou que eram verossímeis as alegações da parte agravante e, ademais, que havia perigo de dano irreparável. O acórdão então prolatado foi assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO DE COBRANÇA C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA DE CUNHO INIBITÓRIO. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO. AGRAVO DAS AUTORAS. CESSÃO DA INTEGRALIDADE DAS QUOTAS SOCIAIS PELOS AGRAVADOS. INDÍCIOS DE IDENTIDADE ENTRE A ATIVIDADE EXERCIDA PELAS RECORRENTES E PELOS RECORRIDOS. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DAS AGRAVANTES. PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL VISLUMBRADO DIANTE DA PROBABILIDADE DE PRÁTICA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL

PELOS AGRAVADOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.052360-8, rel. Des. Altamiro de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 25-06-2013).

Do corpo do acórdão se colhe:

Para alcançar a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, as recorrentes trouxeram, como prova inequívoca da verossimilhança das suas alegações, laudo técnico comparativo formulado por perito nomeado pelo juízo – através do qual seria possível verificar o desenvolvimento de máquina industrial de beneficiamento de tecidos produzida pelos agravados com idênticas funções da máquina que as agravantes já comercializam (fl. 151/368) –, o contrato de cessão de quotas, no qual consta a mencionada cláusula de não restabelecimento do alienante (fl. 81), alterações do contrato social da sociedade empresária Urban Equipamentos Industriais Ltda., nas quais consta como objeto social da sociedade empresarial agravante a “montagem e comércio de equipamentos industriais, assistência técnica em equipamentos industriais, atividade de importação e exportação” (fl. 51), e, por fim, ata notarial a consulta de mensagens eletrônicas das quais se retiram informações da referida máquina industrial por parte dos agravados (fl. 100).

Como dano de difícil ou incerta reparação, asseveraram que a não concessão da tutela causaria severos prejuízos à sua atividade, advindos da prática de concorrência desleal pelos recorridos.

A cessão das cotas da sociedade empresarial Wekourban Equipamentos do Brasil Ltda. e as mensagens eletrônicas trocadas entre o ex-funcionário da agravante, de nome Alois – que, segundo aduziram, trabalhava no desenvolvimento das máquinas das agravantes – e José Walter Alvarez, são fortes indícios de que, com a produção de máquinas de tingir, os agravados voltaram a praticar a atividade exercida pelas recorrentes; segundo laudo técnico comparativo firmado por profissional nomeado para atuar como perito nos autos n. 031.11.002573-4 – engenheiro mecânico e engenheiro de segurança do trabalho, Marcelo Andresen – ambos os equipamentos apresentam duas bancadas com nove rotores giratórios cada uma, trabalham sobre o mesmo princípio de funcionamento, que é o do emprego da força centrífuga de um rotor giratório para aspersão de um líquido sobre uma superfície de tecido;

ainda segundo assentou o perito, tais máquinas possuem características de funcionamento, construção e aplicação similares (fl. 152/369).

[...]

Mostra-se verossímil, pois, a assertiva firmada pelas agravantes segundo a qual há uma identidade de atividades exercidas por elas pelos agravados.

[...]

Também se verifica que, caso não seja concedida tal providência nesse momento processual, há uma probabilidade de que os agravados concorram ilegalmente com as agravantes, o que caracteriza o perigo de dano irreparável ou de difícil/incerta reparação.

Assim, se havia fundamentos para a concessão da medida liminarmente pleiteada nos autos da ação condenatória, também havia para a concessão da medida cautelar de produção antecipada de provas.

Rechaçam-se, pois, os argumentos quanto à ausência da cautelaridade.

José Walter e Rototech Urban Ltda. EPP ainda arguiram a incapacidade técnica do perito nomeado pelo juízo, por se tratar de profissional com especialidade em motores e automobilística, motivo pelo qual aduziram: “**teme-se** que o mesmo não possua a qualificação técnica necessária para realização da perícia por esta ser voltada à avaliação entre dois produtos do segmento têxtil” (fl. 530, grifou-se).

Como se vê, os próprios recorrentes afirmam que a impugnação apresentada não passa de um temor, e em momento algum indicam qualquer mácula no laudo técnico produzido pelo perito judicial.

Não fosse isso, é necessário ressaltar que houve preclusão da faculdade de postular a substituição do perito judicialmente nomeado em razão da carência de conhecimento técnico ou científico (art. 424, I, do CPC/1973). A jurisprudência desta Corte indica que

cumpra à parte impugnar a nomeação do perito logo após ter sido intimado da respectiva decisão, e não fazê-lo quando já concluído o laudo [...]. Deveras, a declaração de nulidade relativa depende da iniciativa da parte e deve ser alegada na primeira oportunidade, sob pena de preclusão (art. 245 do CPC) (Ap. Cív. n. 2010.067233-8, Primeira Câmara de Direito Público, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 14-12-10).

Incumbia aos apelantes, réus na ação cautelar, impugnar a nomeação do perito tão logo fosse possível. Isso, todavia, não ocorreu, pois manifestaram-se em diversas oportunidades, e em nenhuma delas houve impugnação à capacidade técnica do perito. Em algumas dessas manifestações, inclusive, o objeto foi o próprio laudo pericial e, ainda assim, não houve impugnação.

Operou-se a preclusão, portanto, quanto à impugnação à nomeação do perito judicial.

Ainda que não houvesse esse óbice de caráter formal, a impugnação veiculada no reclamo não poderia ser acolhida. Os próprios recorrentes juntaram laudo pericial (fls. 310-327) em que houve a avaliação quanto à similitude das máquinas industriais de cada uma das partes. Se desejavam indicar a carência técnica do perito judicial, poderiam ter cotejado os laudos periciais, de modo a indicar eventual mácula naquele produzido por determinação judicial. Não o fizeram, todavia.

Nessas condições, é inviável a substituição do perito.

Em caso semelhante, pronunciou-se esta Corte: PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DO PERITO. ALEGAÇÃO DE QUE O PROFISSIONAL DA ÁREA MÉDICA NOMEADO NÃO DETÉM O NECESSÁRIO CONHECIMENTO TÉCNICO E CIENTÍFICO (ARTIGO 424, INCISO I, DO CPC). REJEIÇÃO. EXPERTO COM ESPECIALIZAÇÃO EM MEDICINA DO TRABALHO E PERÍCIA MÉDICA, COM APTIDÃO, PORTANTO, PARA CUMPRIR O ENCARGO QUE LHE FOI CONFIADO PELO JUÍZO. RECURSO DESPROVIDO. O fato de o perito não possuir conhecimento especializado em ortopedia não é suficiente para

embasar o pedido de sua substituição, mormente porque incumbe à parte requerente demonstrar que o experto não detém capacidade técnica ou científica ou que deixou ele de honrar o encargo que lhe foi conferido dentro do prazo, ex vi do art. 424 do CPC, o que não ocorreu in casu. Hipótese em que a perícia judicial já foi até mesmo realizada na origem (Agravo de Instrumento n. 2014.052388-6, rel. Des. Vanderlei Romer, Terceira Câmara de Direito Público, j. 17-3-2015).

É despropositado, portanto, o pedido de declaração de invalidade do laudo pericial sob o pretexto da suposta incapacidade técnica do perito judicial.

Relativamente à condenação da parte sucumbente ao pagamento dos ônus sucumbenciais, o Superior Tribunal de Justiça assentou diretriz jurisprudencial segundo a qual, mesmo em demanda cautelar de produção antecipada de provas, é possível a condenação dos réus ao pagamento de ônus de sucumbência se a parte apresentou resistência àquela medida:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CAUTELAR. ANTECIPAÇÃO DE PROVAS [...]. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. POSSIBILIDADE DECISÃO RECORRIDA EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

[...]

Na espécie, o posicionamento adotado na decisão recorrida coincide com a orientação desta Corte Superior segundo a qual, apresentada objeção à cautelar de antecipação de provas, são devidos honorários advocatícios, caso o réu seja vencido (STJ, AgRg no AREsp 502.513/RJ, Quarta Turma, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 14-4-2015).

Revela-se escorreita, portanto, a condenação dos recorrentes ao pagamento dos ônus sucumbenciais na ação cautelar. Ademais, não há no recurso pedido de minoração da verba honorária fixada em primeiro grau.



Assim, vota-se para conhecer do agravo retido de fls. 466-471 e a ele negar provimento; e conhecer da Apelação Cível n. 0002573-89.2011.8.24.0031 e a ela negar provimento.

*Ação declaratória intentada por José Walter Alvarez e Urban Mecatrônica Ltda. EPP*

O cerne da controvérsia, na demanda declaratória intentada por José Walter Alvarez e Rototech Urban Ltda. EPP (outrora Urban Mecatrônica Ltda. EPP), é a cláusula de interdição de concorrência. Transcreve-se tal dispositivo contratual:

Cláusula 5ª: Após a assinatura do presente contrato, os CEDENTES não poderão, em hipótese alguma, dirigir ou participar de negócios, direta ou indiretamente, por si ou interposta pessoa, no Brasil ou fora dele, que possam gerar concorrência com os CESSIONÁRIOS ou com a WEKO URBAN Equipamentos do Brasil Ltda, sob pena de pagamento de multa punitiva, não remuneratória e não compensatória de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), sem prejuízo de indenização por perdas e danos, de natureza patrimonial e extra-patrimonial.

A sentença apelada declarou a validade dessa cláusula e consignou que a falta de limite temporal não a macula, pois se trata de dispositivo compatível com o teor do contrato de cessão de cotas e, ademais, porque “a cláusula de interdição de concorrência é prática comum na lida empresarial e chega a ser presumida legalmente em caso de omissão no contrato de trespasse em algumas hipóteses”. Por isso, reconheceu que “a disposição é válida e não há, no caso concreto, qualquer circunstância que a infirme”.

Entendeu, ainda, o juízo de primeiro grau, em relação à alegação de que haveria segredo industrial a ser tutelado, que na cláusula 1ª, § 4º, está explícito que houve a transmissão de toda a propriedade material e imaterial da empresa alienada. José Walter e Rototech Urban Ltda. EPP, ao sustentar a invalidade absoluta da cláusula 5ª do contrato de cessão de cotas, argumentam que, em razão do nela disposto, estariam privados

*ad eternum* do exercício de sua profissão; citam lição doutrinária que indica que a cláusula de não-concorrência não é contrária à lei, mas deve sofrer limitações de tempo, extensão, espaço e objeto. Assim, argumentam que, em razão da ausência de limites temporais, a cláusula em apreço é inconstitucional (por violação aos arts. 1º, IV, 5º, XIII, e 170 da Constituição Federal) e, portanto, absolutamente nula. Apontam, ainda, que o dispositivo contratual também é absolutamente nulo por não conter limites territoriais: a cláusula veda *ad eternum* o exercício de concorrência “no Brasil ou fora dele” pelos cedentes, ao passo que a empresa cujas cotas foram cedidas exerce atividades apenas em solo nacional. Por fim, indicam que a ausência de limitações à cláusula de não-concorrência viola a função social do contrato, consagrada no art. 421 do Código Civil.

Subsidiariamente, José Walter e Rototech Urban Ltda. EPP postularam que se imponha à referida cláusula 5ª limite temporal de cinco anos, na forma do art. 1.147 do Código Civil.

Pois bem. Quanto à cláusula de não-concorrência, além de constituir prática corriqueira nas transações societárias, trata-se de possibilidade prevista no art. 1.147 do Código Civil, segundo o qual, “não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subseqüentes à transferência”.

A Súmula n. 5 do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica reconhece lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência “com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio.”

Veja-se que o Código Civil tratou da cláusula de nãoconcorrência ao dispor sobre a alienação de *estabelecimento*, conceito jurídico que representa muito mais do que o sentido coloquial da expressão poderia sugerir. *Estabelecimento*, no sentido técnico-jurídico, é “todo complexo

de bens organizado, *para* exercício da empresa” (art. 1.142, grifou-se), ou seja, é o conjunto de bens organizado e destinado ao exercício profissional de “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (art. 966 do CC).

Portanto, quando a lei fala em alienação de estabelecimento, não cuida apenas do elemento material – imóvel e bens que lhe guarnecem –, mas, sim, de todo o instrumental, material e imaterial, que viabiliza o exercício da atividade econômica. Dessarte, no sentido técnico-jurídico que aqui interessa, “estabelecimento” remete à atividade empresarial conceituada no art. 966 do CC; por conseguinte, transferência de “estabelecimento” é transferência da empresa (atividade) desenvolvida sobre um complexo de bens organizados.

Assim, a *cláusula de não-concorrência* – que recai, como visto, diretamente sobre exercício de empresa, o qual é instrumentalizado pelo estabelecimento – é ínsita aos contratos que, de qualquer forma (seja pela compra e venda de estabelecimento, seja pela cessão da totalidade das cotas de sociedade empresarial), importem na transferência do direito de exercício de empresa (entendida esta como a “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” – art. 966, *caput*, do CC) sobre determinado conjunto de bens corpóreos e incorpóreos.

Essa cláusula visa impedir que o alienante ou cedente exerça, durante determinado período de tempo, concorrência com o adquirente ou cessionário, favorecendo-se da expertise adquirida no exercício de sua atividade empresarial anterior.

Segundo a doutrina, trata-se de dispositivo implícito aos contratos daquela espécie, de sorte que é prescindível a sua previsão expressa:

Salvo autorização expressa (cláusula de não restabelecimento), o alienante não pode concorrer com o adquirente nos cinco anos subsequentes à transferência do estabelecimento. Infração a essa regra

tipifica concorrência desleal e obriga a reparação dos danos. Trata-se de regra explícita de não concorrência. Essa restrição posta na lei refere-se exclusivamente ao exercício da mesma atividade empresarial no lugar onde o alienante atuava. Nada obsta que ele se dedique à mesma atividade noutra praça, desde que não faça concorrência desleal ao adquirente. Essa cláusula é presumida no trespasse, ou seja, está implícita no contrato, não havendo necessidade de previsão expressa. As partes podem convencionar expressamente o contrário. Na omissão aplica-se o disposto em lei (GUSMÃO, Mônica. Lições de Direito Empresarial, 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 326-327).

A cláusula em questão tem o escopo de permitir aos cessionários que desenvolvam, nos primeiros anos após a cessão, a empresa ínsita à pessoa jurídica cujas cotas foram por eles adquirida, sem que, em tal atividade, tenham de concorrer com os cedentes, aos quais se impõe um dever de concorrência **leal**. É essa, pois, a *ratio* que norteia a cláusula de não-concorrência. Exatamente por isso, mitigam-se, durante o tempo em que persistir a eficácia da cláusula de não-concorrência, a livre iniciativa e a liberdade de profissão, a fim de que os cedentes não imponham aos cessionários concorrência desleal.

A doutrina elucida o papel desempenhado pela cláusula de não-concorrência:

A previsão do artigo 1.147 do Código Civil, todavia, não reflete limitação à liberdade de concorrência, mas, pelo contrário, expressão de um dever de concorrência leal. Em fato, como se verá no Capítulo 12, um dos elementos incorpóreos do estabelecimento empresarial é justamente a sua clientela, uma das formas de expressão do benefício de mercado ou aviamento. O restabelecimento, dessa forma, constitui – ao menos potencialmente – uma redução de vantagens no trespasse, o que só é admitido com expressão da liberdade de contrato e renúncia do trespasatário. O que o art. 1.147 do Código Civil está fazendo, portanto, é estabelecer um período para composição de condições adequadas para a existência de concorrência livre e leal. O trespasatário, no gozo desta vantagem, poderá mostrar à clientela (um dos elementos intangíveis

do estabelecimento empresarial) que pode bem servi-la. Assim, com o restabelecimento do trespassatário, os clientes poderão escolher entre os concorrentes. Sem esse período, romper-se-iam as condições para a concorrência, já que o trespassante poderia simplesmente esvaziar o estabelecimento trespassado de sua clientela, levando o trespassário à falência (MAMEDE, Gladston. *Empresa e Atuação Empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 235).

Proibição de concorrência. Para proteção do estabelecimento empresarial e do ponto, que é um dos seus elementos essenciais, em função do vulto do empreendimento, do tipo de atividade econômica exercida e do perfil da clientela: a) o alienante, ocorrendo o trespassse, não poderá durante os cinco anos subsequentes à transferência, restabelecer-se em idêntico (ou similar) ramo de atividade, na mesma praça, para fazer concorrência ao adquirente do estabelecimento, a não ser que haja autorização expressa; e poderão fazer concorrência ao locatário, ou arrendatário, e ao seu usufrutuário do estabelecimento empresarial, durante todo o prazo de vigência dos contratos (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 904).

E da jurisprudência desta Corte se colhe:

Em breves linhas, consubstanciada em vedação à concorrência desleal decorrente do trespassse do estabelecimento comercial, a expressa vedação contida no contrato pactuado entre as partes é respaldada por farta posição da doutrina e da jurisprudência pátrias, que pautam a cláusula de interdição da concorrência ou de não restabelecimento na prevenção de que o adquirente do estabelecimento seja prejudicado pela conduta do alienante de restabelecer-se em local no qual disputará a clientela, prática vedada pelo prazo de até 5 anos após a alienação, a depender do recesso estipulado. Constitui-se, pois, tal cláusula, em obrigação de não fazer assumida no contrato - e subsidiado pela lei - pelo empresário alienante (Apelação Cível n. 2012.092492-7, Quarta Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 6-8-2013).

Esse dispositivo contratual, por outro lado, não se presta a eliminar peremptoriamente os cedentes do mercado. Assim, revela-se evidente que o fim almejado pelas cessionárias das cotas com o dispositivo

contratual em questão está à margem da lei: com efeito, arguiu-se que “a estipulação contratual foi estabelecida sem tal limitação [temporal], de forma propositada e devidamente ajustada pelas partes, a fim de que os autores [da Ação Declaratória n. 0000609-27.2012.8.24.0031] jamais pudessem concorrer deslealmente com as requeridas” (fl. 612, grifou-se).

Ora, somente seria possível considerar desleal a concorrência se exercida imediatamente após a cessão das cotas da sociedade empresária. A lei civil alude ao prazo de cinco anos. Somente dentro desse lapso, portanto, seria desleal a concorrência eventual exercida pelos cedentes. Decorrido esse interregno, não haveria óbice ao exercício da concorrência.

Portanto, é necessário que à cláusula de nãoconcorrência sejam impostos certos limites, sobretudo de caráter territorial e temporal. Por isso mesmo o art. 1.147 do Código Civil limita a eficácia do dispositivo contratual em questão aos cinco anos subsequentes à transferência do estabelecimento empresarial.

Eventualmente, a depender da natureza do estabelecimento empresarial alienado, esse prazo pode ser estendido. De qualquer forma, esse lapso em que há vedação ao exercício de concorrência pelos cedentes não pode ser abusivo; na hipótese de esse prazo se revelar abusivo, é possível a sua revisão judicial. É o que se extrai do Enunciado n. 490 da V Jornada de Direito Civil:

A ampliação do prazo de 5 (cinco) anos de proibição de concorrência pelo alienante ao adquirente do estabelecimento, ainda que convencionalizada no exercício da autonomia da vontade, pode ser revista judicialmente, se abusiva.

Desse enunciado se extrai, por um lado, que efetivamente é possível a extensão do prazo a que alude o art. 1.147 do Código Civil e, por outro, que a cláusula de não-concorrência não pode ser abusiva. Daí se extrai, a toda evidência, que o dispositivo contratual em tela não pode ter eficácia *ad eternum*.

Essa interpretação é compartilhada pela doutrina, que assim se posiciona em relação ao limite temporal que deve ser imposto à cláusula de não-concorrência:

Trata-se de uma proteção do aviamento, que não viola qualquer liberdade constitucional, na medida em que limita no tempo tal proibição. Caso se tratasse de uma proibição por prazo indeterminado, não haveria dúvida da inconstitucionalidade desta. Todavia, com a limitação de cinco anos, se restringe uma liberdade para tutelar outra, sem destruir nenhuma das duas. Não se limita a liberdade de concorrência, mas se evita a concorrência desleal (TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. 2. ed., v. 1. São Paulo: Atlas, 2009. p. 122, grifou-se).

O Superior Tribunal de Justiça, em caso semelhante ao presente – no qual se argüía a abusividade de cláusula de não-concorrência temporalmente indeterminada –, limitou a eficácia do dispositivo contratual aos cinco anos subsequentes ao negócio:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E EMPRESARIAL. ACÓRDÃO ESTADUAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. INEXISTÊNCIA DE MALFERIMENTO AOS ARTS. 165, 458, II E III, E 535, II, DO CPC. “CLÁUSULA DE NÃO RESTABELECIMENTO”. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 166, II E VII, E 421 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRAZO INDETERMINADO DA REFERIDA CLÁUSULA. ABUSO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. NECESSIDADE. PRAZO DE 5 ANOS. CRITÉRIO DO ART. 1.147 DO CC/2002. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMOSTRADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Rejeita-se a alegada violação aos arts. 165, 458, II e III, e 535, II, do CPC, uma vez que o acórdão recorrido está devidamente fundamentado.

2. É válida a cláusula de “não restabelecimento” no tocante ao seu objeto, rejeitando-se a alegada violação ao art. 166, II e VII, do Código Civil de 2002, pois é regra comum nos negócios jurídicos que envolvem

transmissão de direitos sobre estabelecimentos, amplamente utilizada no cotidiano empresarial. Insta mencionar que o CC/2002 inovou ao trazer expressamente, no seu art. 1.147, a “cláusula de não restabelecimento”.

3. O art. 421 de CC/2002 positivou o princípio da função social dos contratos como limitador da liberdade de contratar, inexistindo violação a essa norma, no estabelecimento da cláusula de “não restabelecimento”, usual na realidade empresarial para coibir a concorrência desleal.

4. Mostra-se abusiva a vigência por prazo indeterminado da cláusula de “não restabelecimento”, pois o ordenamento jurídico pátrio, salvo expressas exceções, não se coaduna com a ausência de limitações temporais em cláusulas restritivas ou de vedação do exercício de direitos. Assim, deve-se afastar a limitação por tempo indeterminado, fixando-se o limite temporal de vigência por cinco anos contados da data do contrato, critério razoável adotado no art. 1.147 do CC/2002.

5. A aludida cláusula não se incompatibiliza com os arts. 20, II e IV, e 21, IV, V e X, da Lei n. 8.884/94, pois para se configurar infração à ordem econômica é imprescindível que alguma das condutas elencadas no art. 21 ocasione, de forma efetiva ou potencial, efeitos previstos no art. 20, o que não ocorre no caso em exame.

6. Dissídio jurisprudencial não demonstrado, uma vez que não houve indicação de dispositivo de lei federal que teria sido interpretado de forma divergente ao posicionamento firmado no paradigma.

7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp n. 680.815/PR, Quarta Turma, rel. Min. Raul Araújo, j. em 20-3-2014, grifou-se).

Do voto, colhe-se:

Nessa perspectiva, deve ser reconhecido como abusivo o prazo “indeterminado” da cláusula de “não estabelecimento”, fixando-se o limite temporal da vedação em 5 (cinco) anos, lapso de tempo razoável, pois adotado em norma que o legislador veio a editar no já transcrito art. 1.147 do Código Civil de 2002.

Ademais, como apontado no Enunciado nº 470/CJF [*rectius*, 490] supratranscrito, entende-se como cabível a intervenção do Poder Judiciário para revisar cláusula de “não restabelecimento”, quando o



prazo ajustado mostrar-se abusivo.

Da interpretação conjugada do precedente do Superior Tribunal de Justiça com aquilo que prega a doutrina verifica-se, por um lado, que não é cabível a declaração de invalidade completa da cláusula 5ª do contrato firmado entre as partes e, por outro, que a eficácia de tal dispositivo deve ser limitada aos cinco anos subsequentes à cessão das cotas da sociedade empresária. Assim, assinado o “contrato de cessão de quotas de sociedade empresária limitada, não concorrência e outras avenças” em 25-7-2007 (fl. 46), verifica-se que a cláusula de não-concorrência perdeu sua eficácia a partir de 25-7-2012.

Apenas para ratificar o que aqui se decreta, vale observar que os próprios precedentes transcritos por José Walter e Rototech Urban Ltda. EPP (do STJ, do TJRS e do TJMG) indicam que se deve declarar a abusividade apenas parcial – e não total – da cláusula que não seja temporalmente limitada.

Dessa forma, o único modo de considerar válido o dispositivo contratual em questão é limitar a sua eficácia aos cinco anos subsequentes à cessão das cotas.

À luz do Código Civil, indica-se que a função social do contrato (art. 421) de cessão da totalidade das cotas de sociedade empresária não consiste em excluir os cedentes do mercado, inviabilizado o exercício de empresa em idêntico ou similar ramo de atividade; consiste, sim, em transferir o direito de exercício de empresa sobre um determinado estabelecimento, com todo o seu patrimônio material e imaterial, em troca de uma contraprestação pecuniária. A cláusula de não-concorrência, nesse cenário, é apenas uma disposição contratual acessória que busca permitir ao cessionário que, nos primeiros anos após a operação comercial em questão, exerça a sua atividade sem o embaraço que poderia ser representado pela concorrência desleal exercida pelos cedentes.

A cláusula contratual, da forma como redigida – sem limitação

temporal ou mesmo territorial – inviabiliza completamente o exercício, por José Walter, engenheiro de formação, de sua atividade profissional. Assim, por mais vultosa que tenha sido a contraprestação auferida pelo cedente (três milhões e duzentos mil euros), a legislação brasileira dá amparo ao reconhecimento da invalidade parcial da cláusula em questão.

Assim, rechaça-se o pleito primário (de invalidade absoluta) formulado por José Walter e Rototech Urban Ltda. EPP e acolhe-se o pedido sucessivo, de sorte a limitar a vedação constante da cláusula 5ª do contrato de cessão de cotas da sociedade empresária ao prazo de 5 (cinco) anos, vale dizer, até 25-7-2012.

No que diz respeito à usurpação, pelas cessionárias, de segredo industrial dos cedentes, tem-se como ponto de partida a petição inicial dos autos da ação declaratória, na qual os cedentes, ora apelantes, postularam a expedição de ordem para que as rés não se utilizem de “qualquer um dos segredos industriais dos requerentes, objeto do pedido de Patente de Invenção n. PI 1102063-6”, bem como de “qualquer dos desenhos ou croquis objeto de direito autoral das requerentes, anexados aos *e-mails* interceptados pela Wekoaméria Latina em seu servidor de informática, bem como seja determinada a imediata retirada das referidas obras do site da Weitmann / Weko alemã [...], sob pena de aplicação de multa diária”.

É necessário observar que, consoante informam os próprios apelantes, os referidos “desenhos ou croquis” não se encontram mais disponíveis no sítio eletrônico das apeladas, razão pela qual não há interesse quanto à providência a essas relativas.

No entanto, reclamam os apelantes a expedição de ordem para que as apeladas não utilizem as informações obtidas por intermédio da medida cautelar, “com aplicação de sanção pecuniária por descumprimento de determinação judicial”. Segundo os apelantes, o que pretendem com essa medida é impedir a usurpação de segredo industrial.

Embora aqueles pedidos tenham sido objeto da petição inicial da ação proposta pelos apelantes, e tenham estes sustentado a alegada usurpação de segredo industrial como matéria de defesa na demanda cautelar e na ação de cobrança proposta pelas apeladas cessionárias, o fato é que não existem nos autos elementos de convicção capazes de apontar a efetiva utilização, pelas apeladas, de qualquer dos dados técnicos obtidos por intermédio da medida cautelar de produção antecipada de prova.

É evidente que o interesse na obtenção de tutela que sirva à prevenção de ilícito autoriza postulação da medida adequada em juízo. Contudo, imperioso, em tais casos, que o interessado forneça elementos que deem suporte à sua postulação, que evidenciem, no campo dos fatos, a iminência da prática que se pretende interditar ou a efetivação dessa prática de maneira contrária ao direito. Esses elementos, contudo, não há nos autos.

Sublinhe-se, no entanto, que referido pedido, em tese, poderá ser objeto de ação própria, sem qualquer reflexo no julgamento das ações já propostas, nas quais debatida a validade da cláusula de não-concorrência e sua eventual violação, materializada em fatos ocorridos antes mesmo do ajuizamento da ação cautelar (a primeira das ações propostas, ainda no ano de 2011).

Por fim, pleiteiam os recorrentes a minoração dos honorários sucumbenciais arbitrados em 20% do valor atualizado da causa.

Todavia, em razão da reforma parcial da sentença proferida nos autos da Ação Declaratória n. 0000609- 27.2012.8.24.0031 – decorrente da declaração de invalidade parcial da cláusula contratual impugnada –, o pedido de minoração dos honorários perdeu seu objeto. Faz-se necessária, diante do novo contexto delineado com a reforma do *decisum*, nova distribuição dos ônus sucumbenciais, uma vez que, com o provimento parcial do presente recurso, reformou-se a sentença recorrida para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados pelos autores, ora

recorrentes.

A fixação dos honorários sucumbenciais deve atender às diretrizes do art. 86, uma vez que houve sucumbência recíproca. Com efeito, os recorrentes sagraram-se vencedores em relação ao pedido (subsidiário) de delimitação temporal da eficácia da cláusula impugnada, mas decaíram em relação aos pedidos *a* e *b* (fl. 29 da ação declaratória), concernentes à utilização de segredo industrial.

Nessas condições, verifica-se as partes devem ser condenadas cada qual ao pagamento de metade das custas processuais.

Além disso, é necessário fixar a verba advocatícia a ser paga em favor dos procuradores de cada uma das partes, considerada a impossibilidade de compensação (art. 85, § 14, do CPC/2015).

Essa fixação deve se dar na forma dos critérios delineados pelo art. 85, § 2º, do diploma processual.

Esta relatora já teve oportunidade de, com fundamento na doutrina processualista, discorrer acerca dos parâmetros legais em julgados proferidos nesta Câmara. Cita-se, a título exemplificativo:

Em relação a essas diretrizes legais - que correspondem àquelas registradas no art. 20, § 3º, alíneas a, b e c, do CPC/1973 -, colhe-se, de modo bastante geral, o seguinte:

Trata-se de levar em conta parâmetros objetivos ligados a todo o trabalho despendido pelo profissional, especialmente o desenrolar do trâmite processual, o tempo de sua duração e a instrução probatória (complexidade da causa), bem como se a ação terá exigido viagens do advogado a outras comarcas (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 189).

Vale discorrer acerca de tais critérios individualmente.

Quanto ao grau de zelo do profissional, Yussef Said Cahali

observa que se trata de elemento subjetivo ligado à pessoa do advogado, uma vez que “ele se traduz no cuidado, no interesse, na dedicação, na vigilância, no desvelo. Não se confunde com o resultado de tudo isso, que pode ser medíocre. O advogado zeloso pode, não obstante, produzir trabalho bisonho” (Honorários advocatícios. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 339-341). No que toca ao local de prestação do serviço, Celso Agrícola Barbi (Comentários ao código de processo civil: Lei nº 5.869. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 141) afiança que tal critério considera “o maior estipêndio de tempo e os incômodos com viagens, quando o advogado não residir na comarca”; Cahali (op. cit., p. 342) complementa que por lugar de prestação do serviço há “de se entender todas as diligências que tenham sido feitas, pelo advogado, para levar a causa a bom termo”.

Por sua vez, a natureza e a importância da causa devem ser sopesadas segundo a premissa de que uma causa de maior complexidade jurídica exige mais do profissional advogado que aquela fundada em jurisprudência pacífica, por exemplo; naqueles casos, a lei pressupõe que a parte tenha se servido de advogado que despendeu mais tempo em suas pesquisas e teses (CAHALI, op. cit., p. 345).

Já a análise do trabalho realizado pelo advogado deve ser objetiva, fundada no produto da atuação do advogado nos atos processuais e diligências (CAHALI, op. cit., p. 345).

Por fim, o tempo considerado para fixação dos honorários deve ser aquele relativo à duração do processo e ao estudo e preparo das petições (CAHALI, op. cit., p. 347). (TJSC, Apelação Cível n. 0807288-97.2013.8.24.0023, rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubialli, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. em 3-4-2018).

Pois bem. No presente caso, os critérios atinentes ao grau de zelo dos profissionais e ao lugar de prestação de serviço não recomendam que se fixe a verba honorária além do mínimo legal – 10% sobre o valor da causa, já que não houve condenação e o proveito econômico é inestimável. Por outro lado, os parâmetros concernentes à natureza e à importância da causa, bem como ao trabalho realizado pelos advogados e o tempo exigido para seu serviço recomendam que se elevem os

honorários, sobretudo em razão das peculiaridades da causa em análise.

Por isso, fixam-se os honorários no patamar de 16% sobre o valor da causa – verba que deve ser paga por ambas as litigantes aos procuradores da parte adversa.

Assim, vota-se para conhecer e dar parcial provimento à Apelação Cível n. 0000609-27.2012.8.24.0031 para limitar a vedação constante da cláusula 5ª do contrato de cessão de cotas da sociedade empresária ao prazo de 5 (cinco) anos – vale dizer, até 25- 7-2012 –, e condenar as partes ao pagamento das despesas processuais – na fração de 50% para cada um dos polos da lide – e dos honorários advocatícios arbitrados em 16% sobre o valor atualizado da causa.

*Ação de cobrança intentada por Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda., Weitmann & Konrad GmbH & Co. KG e Weko Holding GmbH.*

Preliminarmente, deixa-se de conhecer da impugnação recursal atinente ao *caráter tendencioso* da cláusula 5ª do contrato. Conforme alegam os recorrentes, não teriam eles praticado concorrência desleal, posto que “a redação da cláusula é tendenciosa, pois pune a possível concorrência, quando o correto seria impedir a efetiva concorrência que gere prejuízos às apeladas” (fl. 798v).

Ocorre, porém, que a questão quanto ao alegado caráter tendencioso da cláusula não foi debatida nos autos da ação condenatória em primeira instância, conforme se depreende da resposta apresentada às fls. 312-341. Essa mesma questão tampouco foi objeto da demanda em que os apelantes postularam o reconhecimento da invalidade daquela disposição contratual. Logo, por não se tratar de matéria de ordem pública, é inviável debatê-la originalmente em grau recursal, pois tal constituiria supressão de instância.

Nesse sentido:

A inovação dos fundamentos de fato, em sede recursal, é inadmissível, pois viola o princípio do duplo grau de jurisdição, além de configurar deslealdade processual, na medida em que obstaculiza a defesa da parte adversa, salvo comprovação da parte de que deixou de fazê-lo por motivo de força maior, incorrente na hipótese (Apelação Cível n. 0002669-14.2007.8.24.0074, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 19-4-2016).

O recurso, então, não pode ser conhecido no ponto.

Ainda a título preliminar, os apelantes arguem cerceamento de defesa com base alegação de que não teria sido juntada aos autos – e, por conseguinte, não enfrentada pelo juiz – a petição por eles protocolada em 15-9-2014, na qual se manifestavam acerca da alegação de que novos atos de concorrência desleal eram praticados.

A esse respeito, convém lembrar que os próprios apelantes observam que os fatos narrados pelas recorridas na petição de fls. 571-694 ocorreram mais de seis anos após a cessão das cotas da sociedade empresária e, exatamente por isso, são irrelevantes para fins de caracterizar concorrência desleal, porque concretizados em período no qual a cláusula de não-concorrência já não mais seria eficaz.

De fato, reconheceu-se acima a invalidade parcial da cláusula 5ª do “Contrato de Cessão de Quotas de Sociedade Empresária Limitada, não concorrência e outras avenças” em razão da ausência de limite temporal, motivo pelo qual se restringiu a eficácia de tal dispositivo contratual aos cinco anos posteriores àquela transação. Logo, os fatos relatados pelas recorridas às fls. 571-694 são mesmo irrelevantes. A própria sentença apelada não os mencionou.

É desnecessária, portanto, a remessa dos autos à primeira instância para que o juízo se manifeste acerca da petição acostada às fls. 806v-807v, porque trata de fatos irrelevantes ao deslinde do feito.

Rejeita-se, por isso, a preliminar de cerceamento de defesa.

Antes do enfrentamento das teses recursais, frente a todo o decidido acima, convém sejam esclarecidos alguns pontos.

Munidas do laudo pericial produzido nos autos da Ação Cautelar acima mencionada, Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda. ajuizou a Ação Condenatória n. 0002316-30.2012.8.24.0031, na qual postula (1) a condenação de José Walter ao pagamento de multa no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em razão da violação à cláusula de não-concorrência; (2) a imposição a José Walter e a Rototech Urban Ltda. EPP da obrigação de não produzir, fabricar, desenvolver, divulgar ou por qualquer meio comercializar a máquina industrial objeto de perícia judicial; e (3) a imposição a José Walter da obrigação de não dirigir ou participar de negócios que possam gerar concorrência com Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda.

Impende anotar, nessa senda, que o fato de se ter limitado, no julgamento da Apelação Cível n. 0000609- 27.2012.8.24.0031, em cinco anos a eficácia da cláusula de nãoconcorrência não afeta a discussão quanto à alegada concorrência desleal praticada pelo apelante José Walter, uma vez que os fatos que a caracterizam ocorreram antes de 25-7-2012 – marco temporal de cessação da eficácia da cláusula 5ª do contrato de cessão de cotas da sociedade empresária.

Frise-se, ainda, que, muito embora a parte recorrente tenha suscitado a invalidade do dispositivo contratual em questão também por conta da ausência de limites territoriais, trata-se de questão irrelevante para aferir o exercício de concorrência desleal. Diz-se isso porque tanto Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda. quanto Rototech Urban Ltda. EPP são situadas na cidade de Indaial. Dessa forma, por mais que a eficácia da cláusula fosse territorialmente restringida, ainda assim o cedente não poderia, nos cinco anos subseqüentes à cessão das cotas da sociedade empresária, exercer concorrência na mesma cidade.

Como anotou a magistrada *a quo*, apesar de a contenda estar



entremeada por diversos termos técnicos e volume significativo de documentos – inclusive em língua estrangeira –, a questão que se coloca a julgamento é restrita à verificação da ocorrência de violação à cláusula de não-concorrência, de modo a justificar a incidência da multa contratual valorada em um milhão de reais.

A essa indagação a julgadora de primeira instância respondeu afirmativamente: considerou que houve violação à cláusula de não-concorrência, pois levou em conta a constituição, pelo cedente apelante, de pessoa jurídica que, conforme se extrai de seu objeto social, poderia gerar concorrência com a Wekoamérica Latina Equipamentos Industriais Ltda.

Os apelantes sustentam que as apeladas se apropriaram de segredo industrial por ocasião da elaboração da prova pericial, e que o julgamento dos demais feitos (a ação cautelar e a ação declaratória) poderia repercutir no julgamento da ação condenatória.

A alegada usurpação de segredo industrial foi tratada acima, no julgamento da Apelação Cível n. 000609-27.2012.8.24.0031 interposta da sentença prolatada nos autos da ação declaratória movida pelos ora apelantes. O mesmo vale para a alegação de nulidade absoluta da cláusula de não-concorrência.

Estabelecidas essas premissas, passa-se ao enfrentamento do mérito recursal.

Quanto ao efetivo exercício de concorrência desleal, os recorrentes sustentam que a máquina por eles desenvolvida era distinta em relação àquela comercializada pelas recorridas e que estas não experimentaram prejuízo algum, uma vez que não houve a comercialização dos protótipos desenvolvidos.

A concorrência desleal, todavia, não se limitou ao desenvolvimento de maquinário similar àquele comercializado pelas recorridas.

A questão deve ser apreciada, evidentemente, à luz da cláusula de não-concorrência, que novamente se transcreve:

Cláusula 5ª: Após a assinatura do presente contrato, os CEDENTES não poderão, em hipótese alguma, dirigir ou participar de negócios, direta ou indiretamente, por si ou interposta pessoa, no Brasil ou fora dele, que possam gerar concorrência com os CESSIONÁRIOS ou com a WEKO URBAN Equipamentos do Brasil Ltda, sob pena de pagamento de multa punitiva, não remuneratória e não compensatória de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), sem prejuízo de indenização por perdas e danos, de natureza patrimonial e extra-patrimonial.

A disposição contratual, como se vê, é bastante abrangente, uma vez que, como os próprios recorrentes observaram, faz menção não somente à efetiva concorrência, mas também à potencial concorrência. Com efeito, a cláusula impõe ao cedente que se abstenha de “dirigir ou participar de negócios, direta ou indiretamente, por si ou interposta pessoa, no Brasil ou fora dele, que possam gerar concorrência com os CESSIONÁRIOS ou com a WEKO URBAN Equipamentos do Brasil Ltda” (grifou-se). A utilização da expressão “que possam gerar” – em vez, por exemplo, da expressão “que gerem” – torna nítido que se veda até mesmo a potencial concorrência, e não apenas a efetiva concorrência.

Assim, a controvérsia deve ser apreciada em cotejo com a cláusula de não-concorrência, exatamente como originalmente redigida pelas partes – ressalvado, evidentemente, o limite temporal.

Analisada a controvérsia através dessa lente, é evidente que os recorrentes promoveram atos que no mínimo representam potencial concorrência à atividade desempenhada pelas recorridas.

Muito embora as partes tenham se prendido, no apelo e nas contrarrazões, a questões atinentes às similitudes das máquinas industriais, não atentaram ao fato de que a sentença apelada, assim que reconheceu o exercício de concorrência desleal, aludiu à constituição, por José Walter, de pessoa jurídica com denominação e objeto social semelhantes aos da

sociedade empresarial alienada. Disse o magistrado da origem:

Ponderando todos os elementos trazidos aos autos pelas partes, concluo que houve, sim, violação contratual ensejadora da multa punitiva.

O simples fato – incontroverso nos autos – de o senhor José Walter Alvarez ter constituído nova empresa com denominação que remete à empresa trespassada e sendo o objeto social de sua nova empresa colidente em algum aspecto com o objeto social desta seria suficiente para a configuração da quebra contratual. Como transcrevi acima, o objeto social da nova empresa do Sr. José Walter fala em “fabricação de pulverizadores e centrifugadores, peças e acessórios para a indústria têxtil, de papel e de plástico...”, enquanto o objeto social da Wekoamérica, aqui autora antes da especificação introduzida pela 6ª alteração contratual, já era, desde o momento subsequente ao trespasso “montagem e comércio de equipamentos industriais, assistência técnica em equipamentos industriais, atividades de importação e exportação”.

As categorias “pulverizadores e centrifugadores, peças e acessórios para a indústria têxtil” inserem-se no gênero “equipamentos industriais”.

A evidência é semântica.

A Cláusula 5ª – que é ato jurídico perfeito – foi taxativa ao estabelecer que o senhora José Walter Alvarez, aqui réu, não poderia “... em hipótese alguma, dirigir ou participar de negócios, direta ou indiretamente, por si ou interposta pessoa, no Brasil ou fora dele, que possam gerar concorrência com os cessionários ou com a Weko Urban...”

Seria até mesmo supérflua a produção de prova pericial para a verificação da similaridade dos equipamentos, pois o envolvimento da parte ré na produção de equipamentos industriais (*lato sensu*) está fartamente documentada, sendo suficiente a prova documental para caracterizar a quebra contratual.

Como se vê, a constatação de que o ora apelante constituía empresa voltada à exploração no mesmo ramo de atividade foi considerada suficiente a caracterizar a concorrência desleal, a ponto de o magistrado declarar supérflua a prova pericial.

Supérflua ou não a produção da prova técnica, a sentença consigna que “a perícia apenas corroborou o que já estava delineado na prova documental que instrui os autos” (fls. 699-700).

Além disso, observou-se que, após a cessão das cotas, o cedente continuou a trabalhar em projetos industriais, à revelia do que lhe impunha a cláusula de não-concorrência. Reconheceu-se que, em razão desse trabalho, José Walter desenvolveu equipamento que representa avanço tecnológico em relação àquele comercializado pelas recorridas, com a incorporação da função de tingimento têxtil. Registrou-se que o princípio funcional de ambas as máquinas industriais é o mesmo: a partir de duas bancadas com nove rotores giratórios cada uma, emprega-se força centrífuga de um rotor giratório para aspersão de um líquido sobre uma superfície de tecido.

Constatações similares já haviam sido registradas por esta Câmara no julgamento do já citado Agravo de Instrumento n. 0215179-30.2012.8.24.0000 (2012.052360-8). Transcreve-se novamente parte do voto elaborado pelo relator daquele reclamo:

A cessão das cotas da sociedade empresarial Wekourban Equipamentos do Brasil Ltda. e as mensagens eletrônicas trocadas entre o ex-funcionário da agravante, de nome Alois – que, segundo aduziram, trabalhava no desenvolvimento das máquinas das agravantes – e José Walter Alvarez, são fortes indícios de que, com a produção de máquinas de tingir, os agravados voltaram a praticar a atividade exercida pelas recorrentes; segundo laudo técnico comparativo firmado por profissional nomeado para atuar como perito nos autos n. 031.11.002573-4 – engenheiro mecânico e engenheiro de segurança do trabalho, Marcelo Andresen – ambos os equipamentos apresentam duas bancadas com nove rotores giratórios cada uma, trabalham sobre o mesmo princípio de funcionamento, que é o do emprego da força centrífuga de um rotor giratório para aspersão de um líquido sobre uma superfície de tecido; ainda segundo assentou o perito, tais máquinas possuem características de funcionamento, construção e aplicação similares (fl. 152/369).

[...]

Mostra-se verossímil, pois, a assertiva firmada pelas agravantes segundo a qual há uma identidade de atividades exercidas por elas pelos agravados.

O juízo formulado no agravo de instrumento foi formado, evidentemente, em apreciação sumária da demanda e diante do acervo probatório então delineado. Ainda assim, indicou-se que José Walter e Rototech Urban Ltda. EPP praticaram atividade semelhante àquela desempenhada pelas recorridas.

O juízo então constituído por esta Câmara em caráter sumário é confirmado, agora, em cognição exauriente.

Se a constituição de pessoa jurídica com objeto social e denominação semelhantes aos da sociedade empresária alienada, voltada à exploração do mesmo ramo de atividade desta, é indicativa da prática de concorrência desleal, a quebra da cláusula de nãoconcorrência fica ainda mais evidente quando cotejadas com as demais circunstâncias apuradas no decorrer do feito.

É bem verdade que a cláusula de não-concorrência redigida sem delimitação de tempo se revela abusiva. Exatamente por isso sua eficácia foi limitada.

De qualquer forma, ao tempo em que os recorrentes exerceram atos de concorrência desleal – a partir de 9-2-2009, com a constituição da pessoa jurídica –, a cláusula de não-concorrência gozava de plena eficácia, a qual somente cessou em 25-7-2012.

Além disso, os recorrentes ainda desenvolveram máquina industrial com princípio funcional similar a equipamento comercializado pelas recorridas. O equipamento desenvolvido pelos recorrentes durante a vigência da cláusula obstativa de concorrência se caracteriza pela adição de uma determinada funcionalidade que não existia no

maquinário transferido. Toda a tecnologia inicial (a que adicionada aquela funcionalidade) é a mesma existente no equipamento transferido. Os recorrentes, portanto, sob cláusula de não-concorrência, transferiram uma específica tecnologia às recorridas, mas dela se utilizaram para desenvolver maquinário ainda mais moderno, o qual vinha até mesmo sendo anunciado em revistas especializadas.

De todo o modo, o que importa à presente demanda é a constatação de que José Walter praticou atividades das quais deveria se abster.

Quanto ao fato de que não houve a efetiva comercialização da máquina desenvolvida pelos recorrentes, mais uma vez se trata de circunstância que não obsta o reconhecimento da concorrência desleal. Esta não se materializa apenas com a venda de produtos e serviços. Com efeito, ao ofertar esses mesmos produtos e serviços – mesmo que a pretexto de buscar investidores e realizar pesquisas de mercado –, os recorrentes passaram a exercer concorrência desleal. De fato, constata-se ter havido tentativa de captação de clientes, como se depreende de encarte comercial (especialmente o material publicitário encartado às fls. 226v e 227v) e de ata notarial que registra o conteúdo do sítio eletrônico da Rototech Urban Ltda. EPP. Aliás, essa tentativa de captar “parceiros e possíveis investidores” é admitida pelos apelantes nas razões do recurso (fls. 801 e 801v)

É evidente, portanto, que os recorrentes praticaram concorrência desleal e, assim, violaram a cláusula de nãoconcorrência, motivo pelo qual efetivamente devem pagar a multa prevista naquele dispositivo contratual, no montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

No ponto, portanto, a sentença não merece reforma.

Ainda há postulação recursal de ajuste do termo inicial para a incidência da correção monetária, que deveria remeter à citação dos recorrentes na Ação Condenatória.

A sentença apelada fixou a data da constituição da pessoa jurídica Rototech Urban Ltda. EPP como o *dies a quo* para a atualização monetária, por considerar que a partir de então passou a haver concorrência desleal.

Acima já se frisou que a violação à cláusula de nãoconcorrência deflui de um conjunto de atos praticados pelos apelantes, dos quais a constituição da pessoa jurídica foi o fato que tornou concreta e objetivamente aferível aquela violação. O nascimento da sociedade empresária, assim, é marco temporal a ser empregado.

Registre-se, *en passant*, a existência de precedentes que reconhecem como termo inicial da correção monetária da multa contratual a data da celebração do contrato (v. TJSC, Embargos de Declaração n. 0005548-94.2013.8.24.0005, Terceira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Saul Steil, j. 15-5-2018). Contudo, ainda que o exame desses precedentes porventura levasse à conclusão da aplicabilidade ao caso, tal não seria possível, pois não houve recurso da parte interessada.

Logo, é precisamente a partir da data de constituição da pessoa jurídica Rototech Urban Ltda. EPP que deve incidir a correção monetária.

### *Multa do art. 475-J do CPC/1973*

Dispôs a sentença:

Dê-se ciência à parte ré de que a intimação da presente decisão deflagrará de imediato o prazo de 15 dias para cumprimento espontâneo da obrigação pela vencida, sob pena de incidência da multa do art. 475-J do CPC, pois esta decisão não é constitutiva e sim declaratória da obrigação preexistente no contrato original de trespasse.

Por intermédio desse comando, o juiz determinou a imediata incidência da multa do art. 475-J do CPC/1973, independentemente do trânsito em julgado da sentença e da instauração, pela autora, da fase de cumprimento. Nos termos em que dispôs o magistrado sentenciante, assim que intimados os réus da sentença, passaria a fluir não só o prazo

para interposição de recurso, como também o prazo para “cumprimento espontâneo da obrigação” – cuja inobservância acarretaria a incidência da multa processual –, independentemente do efeito em que recebida a apelação (art. 520 do CPC/1973) e até mesmo do trânsito em julgado da sentença.

A sentença condenou as rés ao pagamento da multa de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Ao contrário do anotado pelo juiz, o fato de essa multa preexistir à propositura da ação (pois constava ela do contrato firmado entre as partes) não autoriza a antecipação da incidência daquela penalidade do art. 475-J, condicionada que é ao trânsito em julgado da sentença, à deflagração do cumprimento, à intimação do devedor para pagamento e o transcurso do prazo de 15 dias.

A respeito do tema:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - MULTA DO ART. 475-J DO CPC - TERMO INICIAL - INTIMAÇÃO ESPECÍFICA PARA PAGAMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

INCONFORMISMO DA EXEQUENTE.

1. Violação ao art. 535 do Código de Processo Civil não configurada.

Acórdão estadual que enfrentou todos os aspectos essenciais à resolução da controvérsia de forma clara e fundamentada.

2. A multa de 10% prevista no caput do artigo 475-J do CPC não incide automaticamente após o trânsito em julgado da decisão, revelando-se necessária (e suficiente) a intimação do devedor na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a ser devida a sanção incidente sobre o montante da condenação (REsp 1.262.933/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial,



julgado em 19.06.2013, DJe 20.08.2013).

Entendimento firmado no âmbito no art. 543-C do CPC. Súmula 83/STJ.

3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AREsp 437.457/DF, Quarta Turma, rel. Min. Marco Buzzi, DJe 25-9-2015)

No ponto, então, vota-se para acolher o pedido recursal para que a multa do art. 475-J do CPC/1973 incida apenas após o trânsito em julgado da sentença e se, atendidos os demais pressupostos (intimação do devedor e não pagamento no prazo legal)

Por fim, os recorrentes postulam a minoração dos honorários sucumbenciais, uma vez que as recorridas somente apresentaram petição inicial e réplica.

Na sentença *a quo*, a verba advocatícia foi fixada no patamar de 10% do valor da causa. Não há, todavia, a indicação do fundamento legal.

Seria possível supor que os honorários advocatícios tenham sido fixados com fundamento no art. 20, § 3º, do CPC/1973, em razão da mensuração da verba em percentual.

Todavia, o dispositivo legal em questão utiliza como base de cálculo o valor da causa, e não o valor da condenação.

De qualquer forma, no presente caso ambos os valores coincidem, porque à causa foi dado exatamente o valor da multa a cujo pagamento os recorrentes foram condenados: um milhão de reais.

Considera-se, pois, que a fixação dos honorários sucumbenciais adotou como fundamento o art. 20, § 3º, do CPC/1973.

É inviável, portanto, reduzir o valor já fixado pelo juízo *a quo*, uma vez que se deve observar o mínimo legal de 10% sobre o valor da condenação.

Rechaça-se, pois, o pleito recursal.

Assim, vota-se para conhecer de parte da Apelação Cível n. 0002316-30.2012.8.24.0031 e a ela dar parcial provimento para afastar a incidência imediata da penalidade do art. 473-J do CPC/1973, nos termos acima expostos.

### *Fato novo*

Por intermédio de petição protocolada em 1-6-2018, os apelantes vieram aos autos para noticiar aquilo que, segundo eles, se caracteriza como fato novo e que consiste na aprovação, pelo órgão competente da República Federal da Alemanha, do pedido de patente de equipamento “da mesma tecnologia para tingimento de tecidos e fios desenvolvida pelos Apelantes e abrangida por aquele depósito de patente”.

O fato comunicado carece de relevância para o julgamento da causa, pois o que se debateu nos autos foi a prática de concorrência desleal perpetrada entre os anos de 2007 e 2012. Além disso, o reconhecimento da da concorrência desleal é fruto de um conjunto de fatores, como detalhadamente exposto acima.

A obtenção da patente pleiteada a órgão de governo estrangeiro, após decorridos aproximadamente 6 (seis) anos do término do prazo de eficácia da cláusula de não-concorrência, é elemento que não assume relevância para a solução da lide.

Por isso, como dito no relatório, embora não se tenha dado à parte contrária vista da petição – protocolada que foi pela apelante na última sexta-feira (1º-6-2018), quando a abertura de vista às apeladas importaria na retirada dos autos da pauta dessa sessão de 5-6-2018 –, não decorre disso qualquer nulidade, pois os fatos e alegações trazidos não socorrem os apelantes em sua pretensão.

Assim, conjuntamente apreciadas as três demandas e os recursos daí decorrentes, vota-se no sentido de conhecer do agravo retido de fls. 466-471 dos autos n. 0002573-89.2011.8.24.0031 e a ele negar provimento;

conhecer da Apelação Cível n. 0002573- 89.2011.8.24.0031 e a ela negar a provimento; conhecer da Apelação Cível n. 0000609-27.2012.8.24.0031 e a ela dar parcial provimento; e conhecer de parte da Apelação Cível n. 0002316- 30.2012.8.24.0031 e a ela dar parcial provimento.

Independentemente da realização de trabalho adicional e do êxito em grau recursal, revela-se inviável a fixação de honorários recursais, uma vez que a sentença foi proferida sob a égide do CPC/1973.

## QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

### **Apelação cível n. 0303198-98.2016.8.24.0023, da Capital**

Relator: Des. Jânio Machado

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA INVIABILIZADO. CONSUMIDOR QUE AFIRMA TER SIDO VÍTIMA DO GOLPE CONHECIDO POR “BOA NOITE CINDERELA”. TRANSAÇÕES REALIZADAS NOS CARTÕES DE CRÉDITO DOS AUTORES, OS QUAIS ESTAVAM SOB SUA POSSE NA MADRUGADA EM QUE OS FATOS OCORRERAM. CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR. ARTIGO 14, § 3º, INCISO II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INAPLICABILIDADE DA ORIENTAÇÃO CONTIDA NA SÚMULA N. 479 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

RECURSOS PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 0303198-98.2016.8.24.0023, da comarca da Capital (3ª Vara Cível), em que são apelantes Banco Cooperativo Do Brasil S/A – Bancoob e outro, e apelados Gabriel Augusto Peregrino Ferreira e outro:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento aos recursos. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 24 de maio de 2018, foi presidido pelo relator, e dele participaram os desembargadores Soraya Nunes Lins e Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 28 de maio de 2018.

Jânio Machado  
PRESIDENTE E RELATOR

## RELATÓRIO

Gabriel Augusto Peregrino Ferreira e PFA Suporte Administrativo a Empresas Ltda. ME ajuizaram “ação de indenização por responsabilidade civil de fornecedor por vício no fornecimento de serviço com pedido de tutela provisória de urgência (Art. 300 do CPC/2015)” contra Cooperativa de Crédito Mútuo dos Advogados de Santa Catarina e Banco Cooperativo do Brasil S/A - BANCOOB alegando, em resumo, que: a) em 23.1.2016, tornou-se vítima do golpe denominado “boa noite cinderela” num bar da cidade de São Paulo, sendo que apenas no dia seguinte, quando recobrou a consciência, verificou em seu aparelho celular o recebimento de “torpedos” das requeridas informando a realização de vultosos pagamentos, o que demonstra a negligência das instituições financeiras em não bloquear os cartões preventivamente por indício de fraude (5h20min e 5h28min: R\$15.000,00 cada em serviço de buffet; 5h36min e 5h38min: R\$1.000,00 e 8.000,00, respectivamente, em assistência técnica autorizada; 5h43min: R\$3.500,00 em lojas de informática); b) embora de posse dos seus cartões (pessoal e empresarial), por receio de possível clonagem, imediatamente providenciou o bloqueio de todos os cartões junto às requeridas e também registrou boletim de ocorrência dos aludidos fatos, e; c) assim que retornou de viagem para

Florianópolis, contestou administrativamente os referidos débitos em seus cartões e acionou a seguradora responsável (estava amparado por seguro de furto, perda ou extravio de cartão), mas mesmo assim houve a cobrança dos pretensos créditos e respectivos acessórios legais. Ao final pleitearam a: a) concessão de tutela antecipada para o fim de: a1) sustar a cobrança dos valores contestados nas faturas dos cartões de crédito; a2) manter os contratos de crédito; a3) liberar os limites dos cartões e; a4) impedir a inscrição dos nomes nos cadastros restritivos ao crédito ou deles excluir, sob pena de multa diária no valor de R\$1.000,00 (mil reais); b) declaração de inexistência do débito e indenização por danos morais decorrente do abalo moral sofrido e do risco da inscrição do seu nome nos cadastros restritivos.

A antecipação da tutela foi deferida e o ônus da prova invertido:

“Ante o exposto, DEFIRO o pedido de tutela antecipada e determino a sustação das cobranças das importâncias de R\$ 15.000,00, R\$ 2,75, R\$ 1.000,00 e R\$ 8.000,00 (p. 49), referente ao cartão de final nº 9701 e das importâncias de R\$ 12.500,00, R\$ 3.500,00, R\$ 10,10 e R\$ 8,10 (p. 51), referente ao cartão de final nº 5264, bem como que as rés se abstenha de inscrever os nomes dos autores, no cadastro de devedores inadimplentes, por não pagamento da dívida referente aos cartões de final nº 5264 (titular: PFA Suporte Administrativo a Empresas Ltda Me) e nº 9701 (titular: Gabriel Augusto Peregrino Ferreira). Caso o nome dos autores já estejam negativados nos cadastros de órgãos de proteção ao crédito, determino que as rés excluam no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Inverto o ônus da prova, pois entendo configurada a situação de hipossuficiência dos autores em relação às rés e à matéria discutida, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC.” (fls. 82/83).

O agravo de instrumento n. 1000920- 55.2016.8.24.0000, interposto pelo Banco Cooperativo do Brasil S/A - BANCOOB contra a decisão que deferiu a tutela antecipada, foi provido em parte “para afastar a multa diária cominada e determinar a expedição de ofício aos

órgãos de proteção ao crédito, caso a agravante não tenha providenciado o cumprimento” (fls. 345/352).

As requeridas apresentaram contestação (fls. 105/271), que foram impugnadas (fls. 292/304).

Na sequência, o magistrado Humberto Goulart da Silveira prolatou sentença (fls. 305/312) nos seguintes termos:

“Ante o exposto, com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil, confirmando a antecipação dos efeitos da tutela, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados por Gabriel Augusto Peregrino Ferreira em face da Cooperativa de Crédito e Mútuo dos Advogados de Santa Catarina e Banco Cooperativo do Brasil S.A. BANCOOB, para declarar a inexistência dos débitos objeto do litígio relativamente ao autor.

Diante da sucumbência recíproca, os ônus processuais deverão ser distribuídos entre as partes, a teor do disposto no art. 86 do Código de Processo Civil, arcando o autor com 80% (oitenta por cento) das custas processuais e os réus com os 20% (vinte por cento) restantes. Fixo os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da atualizado da causa, a teor do § 2º do art. 85 do Código de Processo Civil, divididos entre os patronos das partes na proporção antes estabelecida, sendo que a quantia destinada aos réus deverá ser suportada na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada litisconsorte (CPC, art. 87).”

Irresignado, o Banco Cooperativo do Brasil S/A - BANCOOB interpôs recurso de apelação cível (fls. 357/371) sustentando, em síntese, a inexistência de sua responsabilidade diante da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (não houve falha na prestação do serviço, pois as compras foram realizadas por meio da “apresentação física do cartão original e o uso de senha pessoal”), tendo cumprido o ônus que lhe competia, que era de enviar mensagens para o celular cadastrado com informação de cada compra realizada.

Cooperativa de Crédito Mútuo dos Advogados de Santa Catarina,

também inconformada, interpôs recurso de apelação cível (fls. 372/384) alegando, em resumo, a excludente de responsabilidade por fato exclusivo da vítima (embriaguez e ausência de zelo na guarda dos cartões e na utilização de senha pessoal), sendo que as compras foram realizadas dentro do limite de crédito diário e com o envio de “SMS de segurança”.

Com a resposta dos apelados, momento em que pleitearam a condenação integral das apelantes no ônus da sucumbência e mais indenização por danos morais (fls. 391/403), os autos vieram a esta Casa.

## VOTO

Os pedidos iniciais sustentam-se na afirmação de fraude praticada por terceiro, consistente na utilização dos cartões de crédito na madrugada de 23.1.2016, após a ocorrência do golpe denominado “boa noite cinderela”, observando-se que o boletim de fls. 45/48 foi registrado perante a autoridade policial no mesmo dia, às 16h36min. Afirmou-se a responsabilidade civil dos apelantes em razão de as transações terem sido realizadas num curto espaço de tempo e em estabelecimentos diversos, com o envolvimento de quantias vultosas e fora do padrão usual do apelado (entre 5h20min e 5h43min): 1) 5h20min - R\$15.000,00 - “serviços de buffet” (fls. 57 e 68); 2) 5h28min - R\$12.500,00 - “serviços de buffet” (fls. 60 e 64); 3) 5h36min - R\$1.000,00 - “assistência técnica autorizada” (fls. 56 e 68); 4) 5h38min - R\$8.000,00 - “assistência técnica autorizada” (fls. 58 e 68) e 5) 5h43min - R\$3.500,00 - “lojas de informática” (fls. 59 e 64).

Destaca-se que o apelado Gabriel contestou administrativamente as aludidas transações em 28.1.2016 (“Contestação por Desconhecimento de Transações”, fls. 49/51), ou seja, 5 (cinco) dias após a pretensa fraude.

Não se desconhece o teor da súmula n. 479 e a tese firmada no Tema 466 pelo Superior Tribunal de Justiça: “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno



relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”, afirmando-se a sua inaplicabilidade ao caso examinado. Afinal, aqui não se trata de “fortuito interno”, tendo, em verdade, origem em causa provocada pelo usuário do cartão de crédito, sem qualquer participação, ainda que indireta, dos apelantes.

Note-se as particularidades do caso concreto, as quais impedem a aplicação do enunciado antes referido, constatação que se retira do que foi afirmado pelo apelado Gabriel, constituindo, tais declarações, típico comportamento negligente, no que diz respeito ao seu dever de guarda dos cartões de créditos e da senha individual e personalizada:

“por volta das 01:51 pediu um táxi UBER através do aplicativo e foi atendido pelo motorista RODRIGO, telefone 11 99572-2241 o qual levou a vítima até a Rua Sousa Lima, numeral 130. Informa que assim que pegou o táxi, já não se recordou mais sobre os fatos posteriores, apenas de flasches do ocorrido. Esclarece que pediu ao motorista que o levasse a uma casa de acompanhantes e segundo consta no registro do aplicativo, o motorista lhe deixou na Rua Souza Lima, 130, não sabendo ao certo o nome do estabelecimento. Se recorda que tratava-se de um bar e que pagou a quantia de R\$130,00 no cartão de débito neste local, o qual consta em sua fatura como FORPAY SÃO PAULO BRA. No local haviam algumas mulheres e acreditam que elas tenham colocado alguma coisa em sua bebida que o fez esquecer de tudo o que aconteceu. Nesta data pela manhã, verificou que seu cartão pessoal e cooperativo foram utilizados indevidamente em lugares que desconhece por completo.” (fl. 46).

E:

“consumiu mais algum drink, desta feita efetuando pagamento com o cartão SICOBCARD MASTERCARD BLACK, seu cartão pessoal, e a partir de então não mais se recordou dos acontecimentos, vindo somente a recuperar sua consciência plena por volta das 9h30m da manhã seguinte no Hotel onde se encontrava hospedado. O autor fora vítima do golpe denominado ‘boa noite cinderela’” (fl. 2).

Afirmou-se, ainda, que depois de ter “recobrado” a memória,

“nada lhe havia faltado” (fl. 2). Ou seja, retira-se da narração de todo o ocorrido que os fatos deram-se por fatores estranhos às atividades desenvolvidas pelas apelantes, que em nada contribuíram para a fraude que teria sido praticada por terceiro. Por consequência, não há o dever de indenizar, conforme o que está posto no artigo 14, § 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

Em casos a tudo semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu:

“DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Cartão de crédito. Compras não reconhecidas pelo titular. Autor que foi vítima de golpe conhecido por “boa noite Cinderela”, facilitando o acesso de terceiro aos seus pertences e senha pessoal, após a ingestão de bebida alcoólica oferecida pelo estelionatário. Inexistência do nexos causal. Ausência de falha na prestação de serviços. Débito exigível. Indenização indevida. Sentença reformada para julgar improcedente a ação. RECURSO DO RÉU PROVIDO E NÃO CONHECIDO O RECURSO DO AUTOR.” (apelação cível n. 1099802-57.2014.8.26.0100, de São Paulo, 17ª Câmara de Direito Privado, relator o juiz Rodrigo Galvão Medina, j. em 25.4.2018).

E:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. Declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por danos morais e materiais. Autor vítima do golpe “boa noite, Cinderela”. Ausência de responsabilidade do banco. Culpa exclusiva do consumidor. Inteligência do artigo 14, parágrafo 3º, II, do CDC. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.” (apelação cível n. 1001009-95.2015.8.26.0020, de São Paulo, 38ª Câmara de Direito Privado, relator o desembargador Fernando Sastre Redondo, j. em 7.2.2018).

O Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, tem decidido que a responsabilidade civil da instituição financeira deve ser afastada quando o evento danoso decorre de culpa exclusiva do consumidor (recurso especial n. 1633785, de São Paulo, Terceira Turma, relator o ministro

Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 24.10.2017).

Nesta Casa, são encontrados precedentes que seguem a mesma orientação:

“APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FURTO DE CARTÃO DE CRÉDITO. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS NA ORIGEM. RECURSO DA AUTORA. AUSÊNCIA DE PROVA DA COMUNICAÇÃO DO FURTO AO BANCO ANTERIORMENTE AOS SAQUES E COMPRAS EFETUADOS COM O CARTÃO. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO PELOS DÉBITOS A PARTIR DA COMUNICAÇÃO DO FURTO/EXTRAVIO PELO CLIENTE. CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR RECONHECIDA PELA SENTENÇA. OPERAÇÃO DE SAQUE QUE DEPENDIA DA SENHA PESSOAL DA AUTORA. NEGLIGÊNCIA DA CONSUMIDORA QUE FACILITOU A AÇÃO DOS CRIMINOSOS. CULPA DO BANCO NÃO CONFIGURADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Os débitos decorrentes do uso fraudulento de cartão de crédito objeto de furto somente são de responsabilidade exclusiva da instituição financeira a partir do momento em que o cliente a notifica acerca do fato.” (apelação cível n. 0303866-92.2014.8.24.0038, de Joinville, Quarta Câmara de Direito Civil, relator o desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, j. em 8.3.2018).

E:

“APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA AUTORA. CARTÃO DE CRÉDITO FURTADO E UTILIZADO POR TERCEIRO. TRANSAÇÕES REALIZADAS ANTES DO CANCELAMENTO DO CARTÃO. FURTO REALIZADO POR CONHECIDO DA AUTORA, QUE A ACOMPANHOU EM COMPRAS E OBSERVOU A SENHA. DESCUIDO DA AUTORA AO DEIXAR SUA BOLSA COM SEUS PERTENCES E O CARTÃO DE CRÉDITO A DISPOSIÇÃO DO TERCEIRO FRAUDADOR. NEGLIGÊNCIA DA DEMANDANTE EVIDENCIADA.

FACILITAÇÃO DA SUPOSTA FRAUDE. INCIDÊNCIA DO ART. 14, § 3º, INCISO II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CULPA EXCLUSIVA DA CORRENTISTA. DEVER DE INDENIZAR NÃO CARACTERIZADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (apelação n. 0000350-05.2014.8.24.0082, da Capital, Primeira Câmara de Direito Civil, relator o desembargador Saul Steil, j. em 28.7.2016).

Ainda:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AVENTADO CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ALEGAÇÃO GENÉRICA. IRRELEVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS NOS AUTOS SUFICIENTES À PLENA CONVICÇÃO DO JULGADOR. PRELIMINARAFASTADA. FURTO DE CARTEIRA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE, APÓS CONTATO DA AUTORA, CANCELOU IMEDIATAMENTE TODOS OS CARTÕES BANCÁRIOS. ASSALTANTES QUE, ANTES DO TELEFONEMA, REALIZARAM COMPRAS À VISTA (DÉBITO) POR TEREM DESCOBERTO A SENHA DA AUTORA, A QUAL COINCIDIA COM A DATA DE SEU ANIVERSÁRIO. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER RESPONSABILIDADE ATRIBUÍVEL À RÉ PELO OCORRIDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.” (apelação cível n. 2009.031842-3 da Capital, Terceira Câmara de Direito Civil, relator o desembargador Marcus Tulio Sartorato, j. em 4.5.2010).

Mais:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - FURTO DE CARTÃO DE CRÉDITO - COMPRAS REALIZADAS POR TERCEIRO - CULPA EXCLUSIVA DO CLIENTE - IMPRUDÊNCIA AO DEIXAR A SENHA JUNTAMENTE COM O CARTÃO - NEGLIGÊNCIA AO NÃO COMUNICAR IMEDIATAMENTE A OCORRÊNCIA DO FATO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - INEXISTÊNCIA DE DEFEITO

## NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO - RECURSO DESPROVIDO.

I - Evidenciada a imprudência do cliente ao deixar a senha juntamente com o cartão, bem como a negligência ao não promover a imediata comunicação da instituição bancária acerca da ocorrência do furto, não há que se falar em defeito do serviço prestado, mas sim de culpa exclusiva da vítima, o que afasta o dever de indenizar.

II - É dever do correntista zelar pela guarda e segurança do seu cartão magnético, bem como da respectiva senha pessoal.” (apelação cível n. 2014.054658-5, de Chapecó, Câmara Especial Regional de Chapecó, relator o desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. em 25.4.2016).

Por fim:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E DE CONDENAÇÃO À REPARAÇÃO DE DANO MORAL. INSCRIÇÃO DO NOME DO SUPOSTO DEVEDOR EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. COMPRAS REALIZADAS COM CARTÃO DE CRÉDITO TIDO COMO FURTADO. FURTO COMUNICADO POSTERIORMENTE ÀS COMPRAS. RESPONSABILIDADE DO TITULAR DO CARTÃO PELO DÉBITO. PRETENSÃO JULGADA IMPROCEDENTE. RECURSO DESPROVIDO.

01. ‘Os gastos decorrentes de uso indevido de cartão de crédito alegadamente furtado somente são de responsabilidade da instituição financeira se houver comunicação do fato pelo cliente. Não há qualquer possibilidade da instituição financeira obstar as transações realizadas por terceiro, suposto autor de furto, enquanto não ocorrer a devida comunicação’ (TJSC, 6ª CDCiv, AC n. 2011.098035-5, Des. Jaime Luiz Vicari; 5ª CDCiv, AC n. 2013.085620-1, Des. Henry Petry Junior).

02. A inscrição do nome do devedor em órgão de proteção de crédito não caracteriza ato ilícito, mas exercício regular de um direito (CC, art. 188, inc. I).

Consequentemente, não responde o credor pelo dano moral

resultante do ato (STJ, T-4, AgRgAg n. 1.022.190, Min. Aldir Passarinho Junior; TJSC, 1ª CDP, AC n. 2012.088384-1, Des. Gaspar Rubick; 3ª CDP, AC n. 2012.003309-9, Des. Luiz César Medeiros).” (apelação cível n. 2015.000404-2, da Capital, Segunda Câmara Civil, relator o desembargador Newton Trisotto, j. em 8.10.2015).

Com essas considerações, o recurso é provido, o que se faz para o fim de julgar improcedente (artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015) o pedido inicial e, em consequência, condenar os autores da ação ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$3.000,00 (três mil reais) em favor dos advogados dos requeridos, valor que remunera, também, o trabalho por eles executado no segundo grau de jurisdição.

Por último, não se faz necessária “a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes” e, tampouco, a “menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados”. (AgRg no REsp. 1.480.667/RS, rel. min. Mauro Campbell Marques, j. em 18.12.2014).

**Apelação cível n. 0321530-05.2015.8.24.0038, de Joinville**

Relator: Des. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO PARA FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REVISÃO QUE É POSSÍVEL EM FACE DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. ARTIGOS 6º, INCISOS IV E V, E 51, INCISO IV, AMBOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CAPITALIZAÇÃO DIÁRIA DOS JUROS. POSSIBILIDADE DA SUA EXIGÊNCIA, PORQUE FOI PACTUADA EXPRESSAMENTE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NOVA ORIENTAÇÃO DA CÂMARA, A PARTIR DO QUE FICOU DECIDIDO NA SESSÃO DE 5.10.2017. REPETIÇÃO DO INDÉBITO QUE É AFASTADA SE AUSENTE A COBRANÇA DE ENCARGOS ABUSIVOS. MANUTENÇÃO DOS ENCARGOS DA NORMALIDADE E INADIMPLENTO SUBSTANCIAL DA OBRIGAÇÃO QUE IMPEDEM A DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. CONSOLIDAÇÃO DA POSSE E DA PROPRIEDADE PLENA E EXCLUSIVA DO VEÍCULO NO PATRIMÔNIO DO CREDOR DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E AFASTAMENTO DA MULTA DO § 6º DO ARTIGO 3º DO DECRETO-LEI N. 911, DE 1º.10.1969, QUE FOI IMPOSTA NA SENTENÇA. BEM QUE JÁ FOI VENDIDO. QUANTIA DEPOSITADA EM JUÍZO CORRESPONDENTE AO VALOR DE MERCADO DO BEM E À MULTA IMPOSTA QUE DEVE SER RESTITUÍDA AO CREDOR PELO MUTUÁRIO, UMA VEZ QUE JÁ FOI LIBERADA POR DETERMINAÇÃO DO JUÍZO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA QUE É IMPOSTO AO LITIGANTE VENCIDO. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 0321530-05.2015.8.24.0038, da comarca de Joinville (2ª Vara de Direito Bancário), em que é apelante Banco J Safra S/A, e apelado Eduardo Roberto Rivelino Hammers:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 1º de março de 2018, foi presidido pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou a desembargadora Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 5 de março de 2018.

Jânio Machado  
RELATOR

## RELATÓRIO

Banco J. Safra S/A ajuizou ação de busca e apreensão contra Eduardo Roberto Rivelino Hammers sob o fundamento de que o “Contrato de Financiamento para Aquisição de Bens” n. 088012272, celebrado em 29.4.2015, com garantia de alienação fiduciária, deixou de ser adimplido a partir da parcela vencida em 30.6.2015.

A liminar foi deferida (fls. 28/29 e 48/49) e efetivada (fls. 67/70). Inconformado, o requerido interpôs recurso de agravo de instrumento (autos n. 4005561-35.2016.8.24.0000), sendo deferido o efeito suspensivo (fls. 115/117). Irresignado, o autor interpôs agravo interno, que foi desprovido (fls. 165/168 e 324/329).

O requerido apresentou contestação (fls. 73/87), que foi impugnada (fls. 93/114), determinando-se a devolução do veículo ao



requerido (fl. 122). O autor informou a impossibilidade do atendimento desta providência em face de o veículo já ter sido alienado (fls. 124/126), sendo determinado o depósito em juízo do valor de mercado do bem (Tabela Fipe), “(...) assim como a multa prevista no Decreto n. 911/69, sob pena de constrição de valores” (fl. 127). Os embargos de declaração n. 0023581-28.2016.8.24.0038 opostos pelo autor foram acolhidos para afastar a imposição da penalidade de multa (fls. 9/10 dos autos em apenso). O requerido pleiteou o uso do Sistema Bacenjud (fls. 143/148), o que foi deferido após o julgamento dos embargos de declaração (fls. 149 e 157) e o bloqueio de valores, efetivado (fls. 160/161). Na sequência, o digno magistrado Rafael Maas dos Anjos proferiu sentença (fls. 170/182), o que fez nos seguintes termos:

“Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido deduzido na inicial, o que faço com fulcro nos arts. 1º e seguintes do Decreto-Lei n. 911/1969 e 487, I, do CPC/15, e, em consequência, reconhecendo a possibilidade de revisão das cláusulas contratuais em sede de ação de busca e apreensão, ante o caráter dúplice da defesa apresentada pela ré:

a) **AFASTO** a incidência da capitalização diária na Cédula de Crédito Bancário n. 0108800010012272, declarando a legalidade da capitalização de juros em periodicidade mensal;

b) **MANTENHO** os demais termos da cédula de crédito bancário firmada pelas partes, declarando exigíveis seus valores;

c) **DECLARO** a descaracterização da mora, determinando a exclusão dos encargos moratórios previstos contratualmente; e

d) **DECLARO** a legalidade da repetição de indébito na forma simples, com compensação. Considerando que o veículo objeto da cédula de crédito bancário sub judice já foi vendido em leilão extrajudicial (fl. 126), o que impossibilita a sua devolução, e que foi concedida a tutela recursal a fim de suspender a decisão que concedeu a liminar nestes autos (fls. 119-121 e 165-168), **CONDENO** o requerente:

a) à perda do valor do bem segundo a Tabela Fipe depositado nos autos (fl. 169). **EXPEÇA-SE ALVARÁ** em favor do requerido para

levantamento do valor depositado nos autos, devidamente atualizado, atentando-se para os dados bancários declinados à fl. 158; e

**b)** ao pagamento de multa, em favor do réu, equivalente à 50% (cinquenta por cento) do valor originalmente financiado – R\$ 17.950,00 (dezesete mil e novecentos e cinquenta reais) –, devidamente atualizado, nos termos do art. 3º, § 6º, do Decreto-lei n. 911/69.

Também **CONDENO** o autor à restituição das quantias que eventualmente tenham sido pagas a maior pelo requerido, as quais deverão ser corrigidas monetariamente pelo INPC-IBGE e com incidência de juros moratórios nos termos do Código Civil a partir da data do desembolso, compensando-se com eventual débito, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

**CONDENO** o requerente, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §§ 2º e 6º do CPC/15.

**INDEFIRO** os benefícios da justiça gratuita à parte requerida, porquanto não comprovada a sua hipossuficiência financeira.

Os cálculos necessários à liquidação desta sentença deverão ser realizados nos moldes do art. 509 e seguintes do CPC/15.

Oficie-se ao e. TJSC, dando ciência desta sentença no Agravo de Instrumento n. 4005561-35.2016.8.24.0000.” (grifo está no original).

A decisão que não conheceu do recurso de agravo de instrumento n. 4005561-35.2016.8.24.0000 pela perda do objeto foi juntada (fls. 193/194 e 358/359).

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação cível (fls. 195/228) argumentando com a: a) impossibilidade da revisão de cláusulas contratuais em ação de busca e apreensão; b) não incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor; c) necessidade de serem respeitados o ato jurídico perfeito e o princípio do “pacta sunt servanda”; d) possibilidade da capitalização dos juros em periodicidade inferior a um

ano; e) caracterização da mora; f) inexistência de direito à repetição do indébito ou à compensação de valores, até porque o erro no pagamento não foi demonstrado; g) inaplicabilidade da multa de “50% (cinquenta e por cento) do valor originalmente financiado” e h) imposição do ônus da sucumbência ao requerido, com exclusividade.

O apelado ofereceu resposta (fls. 367/374), o valor depositado em juízo foi liberado para o apelado (fls. 381 e 387) e os autos vieram a esta Corte.

## VOTO

O agravo de instrumento n. 4005561- 35.2016.8.24.0000 foi julgado prejudicado porque, na origem, a ação foi julgada definitivamente, lendo-se no SAJ - Sistema de Automação do Judiciário que, em data de 17.11.2017, os autos foram remetidos à comarca, após certificado o trânsito em julgado da decisão antes referida. Então, prejudicado o exame dos temas tratados na decisão agravada, resta à Câmara a apreciação das questões devolvidas por força dos efeitos do recurso de apelação cível interposto.

A ação de busca e apreensão está suportada na “Cédula de Crédito Bancário (CDC – Pessoa Natural)” n. 0108800010012272, emitida em 29.4.2015 (no valor de R\$35.900,00), que foi destinado à aquisição do veículo Hyundai I 30 GLS 2.0 16V, ano 2011, modelo 2012, placas n. MIG0918, para pagamento em 36 (trinta e seis) parcelas (cada uma no valor de R\$1.482,56), com incidência de juros à taxa efetiva de 1,93% (um vírgula noventa e três por cento) ao mês e de 25,72% (vinte e cinco vírgula setenta e dois por cento) ao ano, capitalizados em periodicidade diária (fls. 10/16).

A relação contratual submete-se à incidência do Código de Defesa

do Consumidor, tema superado com o advento da súmula n. 297 do Superior Tribunal de Justiça, o que tem sido dito, com insistência, na Câmara.

O contrato é passível de revisão pela superveniência de fatos extraordinários e, também, por causas simultâneas à sua formação. No caso, a pretensão de reequilíbrio contratual está amparada na alegação de nulidade de cláusulas iníquas ou abusivas, a teor do artigo 6º, incisos IV e V, e artigo 51, inciso IV, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Logo, o pedido de revisão é viável do ponto de vista jurídico e não fica inviabilizado pelas singelas alegações de que o pactuado deve ser cumprido ou que o negócio constitui ato jurídico perfeito (veja-se o que decidiu a Câmara por ocasião do julgamento da apelação cível n. 2004.014199-8, de Tangará, relatora a desembargadora Soraya Nunes Lins, na sessão de 9.6.2011).

E o pedido revisional pode ser apresentado na contestação da ação de busca e apreensão, o que também já se disse na Câmara:

“APELAÇÃO CÍVEL. BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INSURGÊNCIA DO BANCO. POSSIBILIDADE DE PEDIDO DE REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS EM CONTESTAÇÃO. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DA CÂMARA. ENCARGOS DA INADIMPLÊNCIA. LIMITAÇÃO DOS JUROS MORATÓRIOS A 1% AO MÊS. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO. MULTA CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. POSSIBILIDADE NA FORMA SIMPLES. ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. APELO DESPROVIDO.” (apelação cível n. 0501323- 12.2012.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, relator o desembargador Cláudio Barreto Dutra, j. em 30.11.2017).

E, ainda:

“APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES.

(...)

SUSCITADA IMPOSSIBILIDADE DE PLEITO DE REVISÃO DO CONTRATO EM CONTESTAÇÃO. TESE ARREDADA. CABIMENTO DA DISCUSSÃO ACERCA DA LEGALIDADE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS EM SEDE DE BUSCA E APREENSÃO, AINDA QUE APRESENTADA COMO MATÉRIA DE DEFESA. CONTRATO DE ADESÃO. CONSUMIDOR QUE ACEITA AS CLÁUSULAS EM BLOCO, OU NÃO AS ACEITA. PRINCÍPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA* MITIGADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 6º E 54 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO NÃO PROVIDO NESSE ASPECTO.

(...)” (apelação cível n. 0311042-56.2016.8.24.0005, de Balneário Camboriú, relatora a desembargadora Soraya Nunes Lins, j. em 14.9.2017).

A capitalização diária dos juros, pactuada expressamente na cédula examinada (cláusula segunda, fl. 11, e quadro “Características da Operação” do preâmbulo, fl. 10), vinha sendo considerada abusiva pela Câmara, por importar em onerosidade excessiva ao consumidor (apelação cível n. 2014.047842-6, de São Joaquim, relator o desembargador Guilherme Nunes Born, j. em 31.7.2014; apelação cível n. 2014.040997-1, de Pomerode, relatora a desembargadora Soraya Nunes Lins, j. em 10.7.2014, e apelação cível n. 2013.004710-1, de Porto Belo, relator o desembargador Cláudio Barreto Dutra, j. em 10.4.2014).

E uma vez reconhecida a abusividade, a Câmara compreendia que a capitalização dos juros seria vedada em qualquer periodicidade, em razão da ausência de previsão legal, conforme o que já se decidiu no Superior Tribunal de Justiça (agravo regimental no agravo de instrumento n. 966.398/AL, j. em 26.8.2008, e embargos de declaração no recurso

especial n. 147.353/DF, j. em 10.9.2002, ambos da Quarta Turma e da relatoria do ministro Aldir Passarinho Júnior).

Todavia, com a evolução dos debates na Câmara, que levaram em consideração a orientação mais recente do Superior Tribunal de Justiça, de permitir a capitalização diária dos juros, quando pactuada (recurso especial n. 1.682.492/RS, decisão monocrática proferida pela ministra Laurita Vaz, na data de 22.9.2017; recurso especial n. 1.449.630/RS, decisão monocrática proferida pelo ministro Raul Araújo, no dia 14.9.2017; agravo interno no recurso especial n. 1.670.119/SC, Quarta Turma, relator o ministro Raul Araújo, j. em 29.8.2017), prevaleceu, a partir da sessão de 5.10.2017, a compreensão de que tal exigência é válida (confira-se o julgamento da apelação cível n. 0300829-22.2016.8.24.0027, de Ibirama, da relatoria da desembargadora Soraya Nunes Lins).

Idêntica compreensão do tema é acolhida pela Terceira Câmara de Direito Comercial (apelação cível n. 0012412- 72.2009.8.24.0011, de Brusque, relator o desembargador Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. em 14.9.2017; apelação cível n. 0300221-50.2015.8.24.0159, de Armazém, relator o desembargador Tulio Pinheiro, j. em 31.8.2017).

Então, porque foi demonstrado o pacto expresso, o apelante está autorizado a exigir juros capitalizados em periodicidade diária.

A repetição do indébito, com compensação, se for o caso, é devida na forma simples, para o fim de coibir o enriquecimento ilícito (dentre outras, veja-se o julgamento pela Câmara da apelação cível n. 0003542-51.2012.8.24.0005, de Balneário Camboriú, relator o desembargador Cláudio Barreto Dutra, na data de 4.8.2016). No caso, porque os encargos impugnados pelo apelado não foram considerados abusivos, nada há para ser compensado ou repetido.

Sabe-se que a possibilidade de revisão do contrato e a eventual exigência de encargo abusivo no período da contratualidade, por si só, não são suficientes para que se tenha por descaracterizada a mora,

especialmente se o apelado deixou de demonstrar o adimplemento substancial da obrigação.

A circunstância de não ter havido a cobrança de encargos abusivos no período da normalidade (juros remuneratórios e sua capitalização) inviabiliza a pretensão de descaracterização da mora. O Superior Tribunal de Justiça assim já decidiu (agravo regimental no recurso especial n. 1.0784.12, do Rio Grande do Sul, Quarta Turma, relator o ministro Raul Araújo, j. em 4.12.2012) e também a Câmara (apelação cível n. 0300670-78.2016.8.24.0092, da Capital – Bancário, relator o desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 14.12.2017). Registra-se que a inadimplência do apelado é substancial (consta do “demonstrativo de débito/parcelas” de fl.24 que o apelado pagou apenas a primeira das 36 parcelas do negócio) e nenhum valor foi depositado em juízo ou oferecida caução idônea.

Então, porque configurada a mora, o pedido inicial deve ser julgado procedente, com a confirmação da liminar deferida no dia 18.11.2015 (fls. 28/29) e restabelecida na data de 23.6.2016 (fls. 48/49), além da consolidação da posse e da propriedade definitiva do bem em mãos do apelante.

A multa do § 6º do artigo 3º do Decreto-Lei n. 911, de 1º.10.1969, imposta na sentença (fl. 181), por decorrência lógica, fica afastada.

O valor depositado em juízo e transferido para a conta indicada pelo apelado (R\$36.124,38), conforme o que foi informado pela Divisão de Gestão de Depósitos Judiciais no dia 20.12.2017 (fl. 387), deverá ser restituído ao apelante pelo apelado, acrescido da atualização monetária pelo INPC/IBGE (Provimento n. 13, de 24.11.1995, da Corregedoria-Geral da Justiça), desde a data em que foi transferido, e de juros de mora à taxa de 1% (um por cento) ao mês (artigo 402 do Código Civil), a contar da data em que o apelado for intimado para devolver o valor recebido (artigo 397, parágrafo único, do Código Civil).

O acolhimento do pedido inicial tem por consequência a imposição

do ônus da sucumbência ao apelado (aplica-se o “caput” do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015), que responde pelo pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes que são fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015.

Por último, não se pode deixar de anotar fatos interessantes que norteiam o presente caso, e que evidenciam o quanto o Judiciário é usado para fins nem sempre lícitos e justificados. O apelado efetuou apenas o pagamento da primeira parcela (vencida em 30.5.2015), do total de 36 (trinta e seis), o que justificou o ajuizamento da ação em outubro de 2015, momento em que já se encontravam vencidas outras 4 (quatro) parcelas (ver o cálculo de fl. 24). A liminar foi deferida em 18.11.2015, mas o mandado de busca e apreensão somente foi cumprido em 14.7.2016, quando as prestações inadimplidas atingiam a quantidade de 13 (treze). Na contestação apresentada, o apelado nunca se insurgiu quanto à condição de inadimplente, limitando-se a trazer questionamentos de natureza secundária e que acabaram justificando a determinação de restituição do bem (mais tarde, a apelante acabou depositando o valor do veículo e em favor do apelado expediu-se alvará para levantamento da quantia de R\$36.124,38). Então, transcorridos mais de 2 (dois) anos desde o inadimplemento nunca refutado, tem-se a curiosa e vexatória situação: o mutuário que pagou uma parcela, do total de 36 (trinta e seis), fruiu do bem sem qualquer contraprestação por mais de 12 (doze) meses e, após ser privado do seu uso, teve creditado em sua conta corrente o valor equivalente do mesmo bem que nunca pagou!

Com essas considerações, o recurso é provido para o fim de: a) julgar procedente o pedido inicial (artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015); b) consolidar a posse e a propriedade plena do veículo gravado com a alienação fiduciária em favor do apelante, afastando a imposição da multa do § 6º do artigo 3º do Decreto-Lei n. 911/1969 e determinando a restituição pelo apelado do valor depositado em juízo



e já transferido (R\$36.124,38, fl. 387), com o acréscimo da atualização monetária pelo INPC/IBGE desde a data em que foi transferido para o apelado e de juros de mora à taxa de 1% (um por cento) ao mês a contar da intimação para sua restituição; c) rejeitar o pedido de revisão da relação contratual e, por consequência, afastar a repetição do indébito e d) impor ao apelado o pagamento do ônus da sucumbência, nos termos acima expostos.

Por último, não se faz necessária “a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes” e, tampouco, a “menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados”. (AgRg no REsp. 1.480.667/RS, rel. min. Mauro Campbell Marques, j. em 18.12.2014).

**Apelação cível n. 0003100-44.2011.8.24.0030, de Imbituba**

Relator: Desembargador Des. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO E EMBARGOS. CHEQUE. EXTRAVIO DA CÁRTULA APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. NULIDADE DA EXECUÇÃO POR AUSÊNCIA DE TÍTULO. ARTIGO 803 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO E DOS EMBARGOS. DEVEDOR QUE, NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO, RECONHECE PARCIALMENTE A DÍVIDA E A EXISTÊNCIA DA CÁRTULA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO. FATO INCONTROVERSO. SENTENÇA ANULADA. VIABILIDADE DO EXAME DOS TEMAS INVOCADOS NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXCESSO DE EXECUÇÃO E NULIDADE DO TÍTULO PORQUE A DATA DO CHEQUE TERIA SIDO PREENCHIDA NO DIA DA COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.013, § 3º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. EXCESSO DE EXECUÇÃO ADMITIDO PELO CREDOR. VÍCIO NO PREENCHIMENTO DO CHEQUE QUE É INADMITIDO PORQUE O EMBARGANTE NÃO PROVOU E NEM REQUEREU A PRODUÇÃO DA PROVA NA PETIÇÃO INICIAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA E PROPORCIONAL. ARTIGO 86, “CAPUT”, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 0003100-44.2011.8.24.0030, da comarca de Imbituba (1ª Vara), em que é apelante Diego Felipe de Medeiros, e apelado Sizenando Pittigliani.

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso e, com fundamento no artigo 1.013, § 3º, incisos I e II, do Código de Processo Civil, julgar parcialmente procedentes os

embargos à execução. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 1º de fevereiro de 2018, foi presidido pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou a desembargadora Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 5 de fevereiro de 2018.

Jânio Machado  
RELATOR

## RELATÓRIO

Diego Fellipe de Medeiros ajuizou ação de execução contra Sizenando Pittigliani dizendo-se credor da importância de R\$23.409,75 (vinte e três mil, quatrocentos e nove reais e setenta e cinco centavos), representada pelo cheque n. 000103, da Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Servidores Públicos do Estado de Santa Catarina, agência n. 3258.

O executado foi citado (fl. 18) e opôs embargos à execução (autos n. 030.11.004129-1), que foram impugnados.

Na sequência, constatou-se o extravio do cheque que embasou a presente ação (fl. 21), a razão de o credor ser intimado para exibir o título executivo (fl. 22).

Após a manifestação do credor (fls. 26/27), determinou-se à instituição financeira a apresentação do título executivo, por meio de microfilmagem (fl. 28), sobrevivendo a informação de que “o executado não é associado desta Cooperativa Central de Crédito de SC – SICOOB CENTRAL SC” (fl. 31).

Instado, o exequente preferiu o silêncio (fl. 34).

Após, o digno magistrado Antônio Carlos Ângelo proferiu sentença nos seguintes termos:

**“ANTE O EXPOSTO, JULGO EXTINTA a presente execução deflagrada por DIEGO FELIPE DE MEDEIROS em face de SIZENANDO PITIGLIANI.**

Consequentemente, assegurado o reembolso em caso de comprovação da responsabilidade pelo insucesso da demanda, **CONDENO** o (a) exequente ao pagamento as custas e despesas processuais, além de honorários de sucumbência, fixados em 10% do valor atualizado atribuído à causa” (o grifo consta no original) (fls. 35/36).

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação cível (fls. 40/65) alegando: a) a nulidade da sentença por julgamento diverso do pedido; b) a inexistência de contrariedade pelo executado acerca do sumiço do cheque; c) a ausência dos requisitos do artigo 803 do Código de Processo Civil de 2015; d) a existência de certeza, exigibilidade e liquidez do título apresentado na ação de execução; e) a ocorrência de confissão da dívida no valor de R\$11.236,56 (onze mil, duzentos e trinta e seis reais e cinquenta e seis centavos), o que constitui fato não controvertido; f) a impossibilidade de recair sobre si a responsabilidade do sumiço do cheque apresentado ao Poder Judiciário e; g) a necessidade de redistribuição do ônus da sucumbência tendo em vista que o devedor também decaiu dos pedidos formulados nos embargos à execução.

Com a resposta do apelado (fls. 68/76), os autos vieram a esta Corte.

## VOTO

É fato incontroverso que a ação de execução está suportada no cheque n. 000103, da Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Servidores Públicos do Estado de Santa Catarina, cooperativa n. 3258, emitido em 16.3.2011, no valor de R\$22.000,00 (vinte e dois mil reais),

que estaria acostado à fl. 6. Assim se conclui pelas certidões de fls. 21 e 23 da ação de execução e a confirmação do executado de que “a cópia original se encontrava nos autos e que se fosse a ausência da cópia original teria sido objeto de impugnação, e não o foi.” (fl. 31 dos embargos à execução).

A respeito da origem da dívida, o executado esclareceu que:

“A presente cópia cheque 000103, do banco SICOOB-SICRED, no valor de R\$22.000,00, foi dada como garantia de dívida obtida de Jocedilia Mota, isso em meados de julho de 2007, para ser descontado em 22 de agosto de 2008.

O dinheiro foi emprestado ao Embargante, por Jocedilia a juros de 3% ao mês.

Entretanto, a data não foi preenchida, sendo preenchida pelo Dr. Raul Carlos de Orleans (endossante) como 16 de março de 2011, **após a compensação por duas oportunidades (fls. 6 dos autos em anexo). Tanto é que as alíneas 31 e 43 são como erro formal - SEGUNDO dados do Banco Central, conforme planilha em anexo.**

Na verdade, Jocedilia procurou o Dr. Raul Carlos de Orleans para cobrar o cheque. Este entrou em contato com a procuradora, filha do Embargante, e esta informou que o Embargante já havia pagado mais da metade do valor do cheque, que detinha os comprovantes de pagamento e de materiais que havia comprado para Jocedilia, mas que poderiam fazer um acordo do saldo restante.

Raul (o endossante) ardilosamente e usando de clara má-fé, com o cheque em branco (data) colocou em compensação. O banco devolveu por erro formal sendo que Raul preencheu a data após ser compensado e endossou para o Embargado.” (o grifo consta no original) (fls. 2/3 dos embargos à execução).

Mais adiante, ressaltou:

“Como o embargante não possuía todo o dinheiro à época acertada para pagamento, acertou com Jocedilia o recebimento de R\$1.000,00 para 10/12/2007, R\$5.000,00 para 11/12/2008 e pagou seis parcelas de

R\$400,00, mais um boleto em nome de Jocedilia no valor de R\$208,49.

Junto a esses pagamentos comprou material de construção sendo R\$1.554,90 + R\$600,00, perfazendo o total de pagamentos na ordem de R\$10.763,44, devendo os valores serem atualizados.

Assim, dos R\$22.000,00 originais o embargante deve somente R\$11.236,56.” (fl. 8 dos embargos à execução).

Na impugnação aos embargos à execução, o credor/embargado requereu: “a determinação de depósito do valor incontroverso, visto que houve confissão do embargante neste particular, no prazo de 03 (três) dias, a fim de evitar maiores prejuízos financeiros ao embargado durante a tramitação do feito.” (fl. 23).

Ou seja, o crédito buscado na ação de execução passou a ser de R\$11.236,56 (onze mil, duzentos e trinta e seis reais e cinquenta e seis centavos), a quantia confessada pelo executado e aceita pelo credor.

Então, ainda que o cheque tenha se extraviado após o ajuizamento da execução, inexistente discussão acerca da sua existência, o que possibilita o prosseguimento da ação, até porque “não dependem de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, nos termos do artigo 374, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, se o devedor admite a existência do cheque e a dívida tem valor certo (R\$11.236,56), a execução não é nula porque o título executivo é líquido, certo e exigível.

Além do mais, a rediscussão do tema em outra lide ordinária vai de encontro aos princípios da celeridade processual e da instrumentalidade das formas. Assim se afirma porque os embargos à execução é um meio processual equiparado ao processo de conhecimento.

Araken de Assis, ao tratar da cognição na ação de embargos, leciona:

“Concebe-se o processo de conhecimento, voltado a conferir certeza à

posição das partes no conflito de interesses, com instrumento apto a resolver a lide de modo radical e definitivo. Este objetivo exige um campo ilimitado de investigação, atribuindo ao juiz grandes poderes instrutórios, e a indiscutibilidade do futuro resultado, decorrente da eficácia de coisa julgada.

Tal esquema, designado por Victor Fairén Guillén de arquétipo do processo declarativo, representa a cognição plena, igualmente chamada de ‘ordinária’. Explica-a Chiovenda: ‘diz-se ordinária, ou seja, plena e completa, a cognição do juiz quando tem por objeto o exame a fundo de todas as razões das partes, quer dizer, de todas as condições para a existência do direito e da ação e de todas as exceções do réu. É fácil compreender que, no mencionado sistema, a liberdade das partes, trazendo ao conhecimento do juiz a lide em toda a sua extensão, tenha a recíproca ideal de extinguir a desavença e lhes impedir a retomada da controvérsia em outro processo.’ (*Manual da execução*. 10 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2006, p. 1049).

Humberto Theodoro Júnior ensina:

“Aboliu o novo Código a ação executiva, equiparando a execução dos títulos extrajudiciais à de sentença.

Como, entretanto, o direito do credor, nos casos de títulos extrajudiciais, ainda não foi discutido em juízo, admite-se que nos embargos o devedor se defenda da maneira mais ampla possível, sem aquelas limitações próprias da execução de sentença (art. 741).

Destarte, ‘quando a execução se funda em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento’ (art. 745).

(...)

O devedor será, todavia, o autor da ação de embargos, podendo discutir amplamente o negócio jurídico criador do título executivo, mas terá a seu cargo o ônus da prova que só será desincumbido mediante a produção de elementos de convencimento robustos e concludentes, dada a presunção de legitimidade e certeza que milita em prol do título

executivo.

(...)

Os embargos do devedor, quando opostos, é que são submetidos a um julgamento de mérito, tendo por objeto a pretensão de desconstituir a eficácia do título do credor. Eles é que serão julgados procedentes ou improcedentes, nunca a execução que estará sempre aparelhada, seja com base em sentença, seja com fundamento em título extrajudicial.” (*Processo de execução*, 23. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2005, p. 461-462).

A execução, portanto, não é nula, encontrando-se presentes os requisitos do artigo 803 do Código de Processo Civil de 2015.

Os embargos à execução versam unicamente sobre questão de direito e se encontram instruídos com os documentos necessários ao deslinde da questão, circunstâncias que possibilitam a aplicação do artigo 1.013, § 3º, incisos I e II, do Código de Processo Civil de 2015:

“Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

(...)

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I – reformar sentença fundada no art. 485;

II – decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

(...).”.

Os argumentos que fundamentam os embargos (excesso de execução e a nulidade do título executivo porque a data teria sido preenchida após a compensação) são de pronto afastados. Primeiro, porque o embargante confessou a existência da dívida de R\$11.236,56 (onze mil, duzentos e trinta e seis reais e cinquenta e seis centavos), que foi aceita pelo exequente, de modo que o alegado excesso desapareceu.



Segundo, porque a nulidade invocada (preenchimento da data do cheque após a compensação) cai por terra no instante em que o embargante reconheceu parcialmente a dívida e não requereu a produção de qualquer prova, o que se fazia necessário já que “o cabimento dos embargos à execução está condicionado ao preenchimento de certas condições específicas, que se somam à necessidade de se atender às condições da ação e aos pressupostos processuais exigíveis para a admissão de qualquer ação e processo. Deverá, então, o embargante apresentar petição inicial que considere todos estes requisitos.” (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil, volume 3: execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 447). Terceiro, porque, como alegado nos embargos, “os títulos de crédito, entre eles o cheque, quando formalmente perfeitos, gozam de autonomia, certeza e liquidez, sendo impossível desconstituí-los à base de simples alegações, fazendo-se necessário, pois, a apresentação de provas robustas, que ficam a cargo do devedor, a teor do art. 333, II, do Código de Processo Civil (...) (AC n. 2004.033615-8, de Chapecó, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 11.10.2007)” (fl. 4 dos embargos).

No presente caso, o devedor não demonstrou e nem requereu a produção de prova para comprovar o vício no preenchimento do cheque, ônus que lhe incumbia, nos termos do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

Com essas considerações, o recurso é provido para anular a sentença e, com fundamento no artigo 1.013, § 3º, incisos I e II, do Código de Processo Civil, julgar parcialmente procedentes os embargos à execução opostos pelo devedor para reconhecer: a) o excesso de execução, devendo a ação prosseguir pelo valor de R\$11.236,56 (onze mil, duzentos e trinta e seis reais e cinquenta e seis centavos), que deverá ser atualizado pelo INPC a partir da data da emissão do cheque e os juros de mora são contados desde a data da sua apresentação à instituição financeira (9.3.2011, fl. 5 dos embargos à execução), conforme a orientação

que vem do Superior Tribunal de Justiça em julgamento submetido à sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015 (tema 942) e; b) a sucumbência recíproca e proporcional, suportando cada parte o pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) do valor atribuído aos embargos à execução.

Por último, não se faz necessária “a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes” e, tampouco, a “menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados”. (AgRg no REsp. 1.480.667/RS, rel. min. Mauro Campbell Marques, j. em 18.12.2014).

**GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO****Mandado de Segurança n. 4014113-86.2016.8.24.0000, do Tribunal**

Relator: Desembargador Artur Jenichen Filho

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL EFETIVADO QUADRO DE FUNCIONÁRIOS DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DE SANTA CATARINA – UDESC, CARGO TÉCNICO, QUE FOI LOTADA NA SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO DE SANTA CATARINA POR MEIO DA PORTARIA N. 465/2005. TRANSFORMAÇÃO, POR FORÇA DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 311/2005, DO CARGO TÉCNICO PARA ANALISTA, COM INCLUSÃO DE PAGAMENTO DE VANTAGEM POR PRODUTIVIDADE. SITUAÇÃO QUE FOI ANULADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, POR MEIO DA PORTARIA N. 489/2016, EM CUMPRIMENTO DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS, QUE CONSIDEROU AQUELA LEI INCONSTITUCIONAL. DETERMINAÇÃO DE RETORNO AO REGRAMENTO JURÍDICO *QUO ANTE* (CARGO TÉCNICO UDESC), MAS COM POSSIBILIDADE DE PERMANÊNCIA DE LOTAÇÃO NA SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO. CLAMA A IMPETRANTE PELO RECONHECIMENTO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA PERCEPÇÃO DAQUELA VANTAGEM EXPURGADA. IMPOSSIBILIDADE. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PODE ANULAR ATOS INCONSTITUCIONAIS A QUALQUER TEMPO, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINA QUALQUER DIREITO (SÚMULA N. 473 DO STF). ADEMAIS, EM RAZÃO DA DITA ANULAÇÃO, FOI CRIADA A LEI COMPLEMENTAR N. 676/2016, ART. 16, §

6º, A QUAL PROIBIU EXPRESSAMENTE A PERCEPÇÃO, POR SERVIDOR LOTADO FORA DE SEU ÓRGÃO DE ORIGEM, DE QUALQUER VANTAGEM DEVIDA AOS SERVIDORES ORIGINÁRIOS DO QUADRO DE FUNCIONÁRIOS DA SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO. *AD ARGUMENTANDUM TANTUM*, A VANTAGEM ANTERIORMENTE PERCEBIDA PELA IMPETRANTE, POR TER CARÁTER TRANSITÓRIO, PODERIA TER SIDO REVOGADA A QUALQUER TEMPO, E ISSO NÃO COMPORTARIA REDUÇÃO DE SEUS VENCIMENTOS. PRECEDENTES NESTE GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO. ORDEM DENEGADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 4014113-86.2016.8.24.0000, da comarca Tribunal em que é impetrante Gisele Faffe Pellegrini e Impetrado Secretário de Administração do Estado de Santa Catarina.

A Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por unanimidade, denegar a ordem. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargador Wilson Fontana, Desembargador Paulo Ricardo Bruschi, Desembargador Pedro Manoel Abreu, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Desembargador Cid Goulart, Desembargador Jaime Ramos, Desembargador João Henrique Blasi, Desembargador Jorge Luiz de Borba, Desembargadora Sônia Maria Schmitz, Desembargador Luiz Fernando Boller, Desembargador Odson Cardoso Filho, Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Desembargador Júlio César Knoll, Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti, Desembargador Francisco Oliveira Neto e Desembargador Hélio do Valle Pereira.

Florianópolis, 25 de julho de 2018.

Desembargador Artur Jenichen Filho  
Relator

## RELATÓRIO

Gisele Faffe Pellegrini impetrou mandado de segurança contra ato supostamente ilegal perpetrado pelo Secretário de Estado da Administração.

Alega que é servidora pública e que exerce o cargo efetivo de Técnico Universitário de Desenvolvimento, lotada na Secretaria de Estado da Administração; que em 2005, optou pela lotação naquela Secretaria, por meio da Portaria n. 465; que a partir de janeiro de 2014, por força de lei, passou a perceber “retribuição financeira por desempenho da gestão”; que a Administração Pública, ao perceber inconstitucionalidade da lei que a enquadrava por transformação, determinou a anulação da anomalia funcional e excluiu da folha de pagamento da impetrante o valor da retribuição citada.

Reputa referida exclusão ilegal, de modo que pugnou pelo deferimento de liminar para que se coíba a redução da remuneração mensal, e se restabeleça a retribuição financeira por desempenho da gestão; que ao final, isso se confirme.

Pela decisão de fl. 53-54, foi determinada a prestação de informações pela autoridade coatora, a qual foi procedida à fl. 64-68.

A liminar foi indeferida por meio da decisão interlocutória de fl. 90-93.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Plínio Cesar Moreira (fl. 98-99), sem interesse.

Vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

## VOTO

O presente *mandamus* deve ser admitido, pois impetrado no prazo legal.

O caso dos autos trata da impetrante, que é funcionária pública estadual, inicialmente lotada na Universidade do Estado de Santa Catarina (fl. 16), no cargo efetivo de “técnico universitário de desenvolvimento”, que foi posteriormente lotada na Secretaria do Estado da Administração do Estado de Santa Catarina, por meio da Portaria n. 465/2005, publicada no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina n. 17.598, em 15.3.2005, na página 32.

Ela foi enquadrada por transformação no “cargo de Analista Técnico em Gestão Pública”, por força do art. 5º da Lei Complementar Estadual n. 311/2005, que assim previa:

Art. 5º Os ocupantes de cargos de provimento efetivo, lotados na Secretaria de Estado da Administração, serão enquadrados por transformação para o novo cargo, conforme linha de correlação estabelecida pelo Anexo III, parte integrante desta Lei Complementar.

§ 1º Na linha de correlação prevista no Anexo III serão mantidos o nível e a referência em que o servidor se encontrar na data de 1º de janeiro de 2006.

§ 2º Os titulares de cargos de provimento efetivo, na condição de isolado, lotados na Secretaria de Estado da Administração por força do disposto no art. 199 da Lei Complementar nº 284, de 28 de fevereiro de 2005, serão atingidos pelas disposições do caput deste artigo, assegurando-se a diferença da remuneração percebida e a prevista para o novo cargo como vantagem pessoal nominalmente identificável, sendo enquadrados em nível e referência de acordo com o tempo de serviço no cargo ocupado.

§ 3º Os servidores em exercício na Secretaria de Estado da Administração, na data de publicação desta Lei Complementar, terão lotação neste órgão e poderão ser enquadrados de acordo com as disposições desta Lei Complementar, independentemente da nomenclatura do cargo de

provimento efetivo ocupado e do quadro lotacional a que pertençam.

§ 4º Os servidores de que trata o parágrafo anterior, poderão optar pela lotação e enquadramento, no prazo de trinta dias, contados da publicação desta Lei Complementar. (grifei).

Da letra dessa lei complementar extrai-se que os ocupantes de cargo efetivo que estiverem lotados na Secretaria de Estado da Administração (caso da autora), seriam enquadrados por transformação para um novo cargo, que no caso, foi um salto de nível técnico para analista.

Tal enquadramento foi anulado pela Portaria n. 489/2016, em cumprimento da decisão do Tribunal Pleno n. 2.440/2008/TCE, que entendeu que a transformação era inconstitucional.

A impetrante, por não ter optado pela redistribuição de que trata o art. 17 da Lei Complementar Estadual n. 676/2016, entende que não lhe são aplicáveis tal norma em sua situação funcional e financeira. A norma em questão, representada pelo art. 16 daquela lei complementar, contém o seguinte teor:

Art. 16 O servidor titular de cargo de provimento efetivo originário dos demais Quadros de Pessoal da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo, cujo ato de enquadramento, expedido com fundamento nas Leis Complementares de que tratam os incisos I a XXIII do art. 29 desta Lei Complementar, tenha sido anulado por ato administrativo próprio, será reenquadrado no respectivo Plano de Carreira originário.

[...]

§ 6º O servidor de que trata este artigo não faz jus a qualquer vantagem privativa dos servidores integrantes do Quadro de Pessoal próprio do respectivo órgão ou entidade ao qual tenha pertencido por força dos atos de enquadramento e/ou de alteração de lotação anulados por atos administrativos próprios. (grifei).

A impetrante é servidora com lotação originária da UDESC, que foi lotada na Secretaria de Estado da Administração - SEA, e que teve

seu cargo técnico transformado em analista e anulado posteriormente por inconstitucionalidade; logo, o que essa lei acima fez foi determinar o retorno ao seu plano de carreira originário (atitude que reputo correta), e ainda explicitou que a impetrante por ser servidora lotada em outro órgão que não o original, não teria direito a qualquer vantagem privativa dos servidores lotados originariamente na SEA, ou seja, seu tratamento remuneratório será dado com base no tratamento do órgão originário, qual seja, a UDESC.

A não opção pela redistribuição (retorno à UDESC) não altera a força imperativa do artigo supracitado, pois ela não pertence aos quadros dos servidores efetivos da SEA.

Não custa lembrar à impetrante que *“a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”*. (Súmula n. 473, do STF).

Uma vez anulado o cargo novo da impetrante, e determinado o retorno para o tratamento jurídico *quo ante* – e ainda porque a nova lei expressamente proibiu que vantagem devidas a servidor originário serem implementadas a servidor não originário do quadro pessoal da SEA –, é nítido que não há direito líquido e certo a ser reclamado. Veja-se que a lei que a impetrante pretende lhe seja aplicada para conseguir a vantagem pretendida é de 2013, ou seja, pretérita à de 2016.

Desse modo, em razão do princípio *tempus regit actum*, é de se apontar que a nova lei – de acordo com o § 2º, art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro expressa sem sombra de dúvidas que *“a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”*.



No caso em tela, a lei de 2013, na matéria tratada, é incompatível com a lei posterior de 2016, razão pela qual parte da lei de 2013 fora derogada, de modo que a situação da impetrante terá o regramento jurídico lançado pela lei de 2016. Não se pode sequer alegar, *ad argumentandum tantum*, o direito adquirido, pois aquela vantagem (de 2013) é caráter transitório e não incorpora o salário; assim, ela pode ser retirada a qualquer tempo. Não à toa lhe foi dado a nomenclatura de “*retribuição financeira*”.

Por isso, não comporta inclusive o debate sobre a redução de vencimentos, pois incabível à espécie, veja-se do norte jurisprudencial deste Grupo de Câmaras de Direito Público:

MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR AUTÁRQUICO - IOESC - GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE - LEI N. 9.485/94 - EXTENSÃO AOS INATIVOS E PENSIONISTAS - OMISSÃO DO PAGAMENTO - VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM CONCEDIDA.

A gratificação de produtividade, diante de sua natureza transitória, não se incorpora, pelo menos em tese, aos proventos do servidor, podendo o legislador, excepcionalmente, dispor de maneira diversa. Havendo norma que determine expressamente a extensão da vantagem ao inativo, a omissão implica violação a direito líquido e certo. (TJSC, Mandado de Segurança n. 1998.005624-1, da Capital, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 12.6.2002).

É do entendimento, também, das Câmaras Isoladas de Direito Público deste egrégio Tribunal:

ADMINISTRATIVO - CONCESSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA - AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS - FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. 1. A medida liminar em sede de mandado de segurança está restrita ao exame de dois pressupostos indispensáveis - relevância do fundamento e probabilidade de ineficácia da medida caso deferida a final. Inexistindo prova nos autos da situação jurídica que poderia ensejar a análise do aventado direito líquido e certo brandido pelos impetrantes, fica prejudicado o primeiro requisito e, portanto, inviabilizada a concessão

da segurança provisória. 2. A Lei Municipal n. 991/2000, na qual os agravantes fundamentam seus pedidos, fixou a competência do Poder Executivo Municipal para regulamentar a gratificação de produtividade sobre serviços de fiscalização, disciplinada em seu art. 67, inc. IV. Não se verifica, portanto, qualquer ilegalidade no fato de o Município de Palhoça alterar, mediante o Decreto n. 017/2005, a forma de se calcular a referida verba. “Não importa ofensa ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos a revogação ou redução do limite máximo do valor da gratificação de produtividade outorgada aos fiscais de tributos municipais, pois se trata de vantagem pecuniária de caráter transitório, que não se incorpora ao vencimento do servidor público [...]” (ACMS n. 2003.001331-8, Des. Jaime Ramos). 3. A flagrante ausência de direito líquido e certo impõe ao órgão julgador não simplesmente a denegação da medida liminar, mas a extinção do mandado de segurança por falta de pressuposto legal (Lei n. 1533/51, art. 8º). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2005.014797-0, de Palhoça, Rel. Des. Luiz César Medeiros, Segunda Câmara de Direito Público, j. 13.9.2005).

À vista de tais elementos, não verifico direito líquido e certo que ampare a impetrante em seu desiderato.

Ante o exposto, voto no sentido de DENEGAR a ordem reclamada no presente *mandamus*.

Sem fixação de honorários, pois incabíveis.

Este é o voto.

**Agravo n. 4000639-77.2018.8.24.0000/50000, de Tribunal de Justiça**

Relator: Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

AGRAVO INTERNO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO UNIPESSOAL QUE EXTINGUIU MANDADO DE SEGURANÇA. WRIT IMPETRADO POR SERVIDORA PÚBLICA QUE SE AUSENTOU DO TRABALHO POR 1 ANO E 4 MESES, PRETENDENDO QUE CESSEM OS DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO POR FALTAS INJUSTIFICADAS. MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL E EXTINGUIU O PROCESSO POR AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ- CONSTITUÍDA DE QUE A IMPETRANTE ESTEVE ABSOLUTAMENTE INCAPACITADA DE COMPARECER AO SETOR PARA INFORMAR SUA CONDIÇÃO PRECÁRIA DE SAÚDE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015.

“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 da causa devidamente atualizado (art. 1.021, § 4.º). Note-se 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 (tratase, portanto, de técnica voltada não só à promoção da boa fé processual, art. 5.º, mas também a concretização do direito ao processo com duração razoável, arts. 5.º, LXXVIII, da CF, e 4.º, CPC). Condenado o agravante, a interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao

depósito prévio do valor da multa prevista no § 4.º [...] (Curso de Processo Civil. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 538)”. (Agravo n. 4014585- 87.2016.8.24.0000, de Fraiburgo, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 6-6-2017)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo n. 4000639-77.2018.8.24.0000/50000, da comarca de Tribunal de Justiça em que é Agravante M. V. R. e Agravados J. M. do T. de J. de S. C e outro:

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, à unanimidade, negar provimento ao recurso e fixar multa no valor de 1% do valor atualizado da causa. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Pedro Manoel Abreu (Presidente), Júlio César Knoll, Vera Lúcia Ferreira Copetti, Francisco Oliveira Neto, Hélio do Valle Pereira, Artur Jenichen Filho, Vilson Fontana, Paulo Ricardo Bruschi, Sérgio Roberto Baasch Luz, Cid Goulart, Jaime Ramos, João Henrique Blasí, Jorge Luiz de Borba, Sônia Maria Schmitz, Luiz Fernando Boller e Odson Cardoso Filho

Florianópolis, 25 de julho de 2018.

Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva  
Relator

## RELATÓRIO

M. V. R. impetrou mandado de segurança contra ato da Junta Médica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Excelentíssimo Senhor Presidente desta Corte.

Alegou que:

A Impetrante ingressou no Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina como servidora concursada em 2011, mas era estagiária desde 2004. Desde o ano de 2012, é acometida por transtorno depressivo recorrente (F33.2) e transtorno de pânico (ansiedade paroxística episódica) (F41.0). Além de Ceratocone (H18.6), que acarretou na perda de visão de seu olho esquerdo e problemas em seu braço direito devido à excesso de digitação, conforme comprovam os documentos anexos.

Referidas enfermidades debilitam e invalidam a Impetrante severamente, comprometendo assim sua capacidade laborativa de forma a impedi-la a cumprir com suas responsabilidades no trabalho.

M. já contava com histórico da doença em meados de 2012, contudo havia melhorado, mas os sintomas das doenças psicológicas voltaram a aparecer a partir do momento que foi transferida para o Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (NURER) e após eventos graves ocorridos em sua vida pessoal, como o falecimento de seu sobrinho e afilhado por soterramento em sua cidade natal (certidão de óbito anexa). Importante salientar que as irregularidades ora apuradas se deram no período em que laborava no NURER, ou seja, período de recaída de sua saúde mental.

A Impetrante reside sozinha nesta Capital, e quando e por causa das fortes crises que advêm de suas enfermidades fica impossibilitada de sair de seu quarto para comer, falar com outras pessoas, bem como promover sua própria higiene pessoal. Além disso, seus pais já possuem idade avançada e sofrem de problemas de saúde, ou seja, não conseguem ajuda-la. Sua mãe é alcoólatra e depressiva e seu pai sofre de glaucoma e obstrução das artérias, além de já contar com seus 82 anos de idade. Importante informar também que os pais residem em cidade do interior do estado (200km da capital).

No período compreendido entre 19/09/2016 (considerando o término de LTS em 16/09 e a concessão de LTS em 20/09/2016) até a presente data, com exceção do período de

férias dos dias 08/02/17 a 19/03/17, período esse em que não compareceu para trabalhar, a Postulante estava acometida por severa depressão c/c crises recorrentes de pânico/ansiedade. Em decorrência desse período de ausência ao trabalho, foi instaurado processo administrativo disciplinar (PAD) em desfavor da Postulante, tombado sob o n. 604722-2017.0.

O psiquiatra Guido Boabaid May (CRM/SC 5432), em consulta recente de M. a seu consultório, atestou que M. não está apta para exercer suas funções, e que a doença, sem dúvida alguma, comprometeu severamente sua capacidade laborativa de forma a impedi-la a cumprir com suas responsabilidades no trabalho. (atestado anexo).

Nessa mesma consulta o médico psiquiatra atestou sua necessidade de afastamento do trabalho por 90 (noventa) dias, e receitou novo tratamento para M., que devido aos seus problemas financeiros vinha contando apenas com consultas recorrentes ao pronto atendimento psiquiátrico do Instituto São José, ou seja, estava praticamente se automedicando.

Referido tratamento consiste no acompanhamento recorrente em consultório c/c o uso das seguintes medicações: Imense, Rivotril, Quetros 100mg e Patz SL 5 mg.

No período acima aludido, M., que sofre de problemas financeiros, recorreu durante suas crises ao pronto atendimento psiquiátrico do Centro de Psiquiatria e Dependência Química Instituto São José, conforme prontuário anexo. Há época utilizou-se do plano de saúde (SC saúde), que conseguia pagar a mensalidade, com o salário que recebe do Judiciário, contudo, com os descontos que estão sendo feitos em sua folha de pagamento a Impetrante não consegue manter-se, gerando, sem dúvidas, ainda mais, prejuízo a funcionária que necessita continuar seu tratamento e garantir sua subsistência.

Por essas razões, pleiteou-se junto à Diretoria de Saúde desta Egrégia Corte a concessão de licença para tratamento de saúde pelo prazo de 90 dias, o abono das faltas compreendidas

entre 19/09/2016 até a presente data, com exceção do período de férias dos dias 08/02/17 a 19/03/17, nos termos do art. 18, §8º da Resolução n. 03/2017 GP. (pleito tombado sob o nº 35453/2017)

Em laudo psicológico realizado mediante solicitação da junta médica à psicóloga Fernanda C. R. Caldas, a conclusão foi de que “(...)a servidora apresenta sintomas de depressão e ansiedade e que Do ponto de vista psicológico, neste momento não apresenta condições de retomar suas atividades laborais.” (Pag. 03 do laudo psicológico anexo).

Ainda assim, o pedido de abono de faltas foi negado, e foi concedido apenas 60 (sessenta) dias de licença para tratamento de saúde, quando o psiquiatra responsável pelo seu tratamento havia indicado 90 (noventa) dias.

É contra a parte da decisão que negou o abono das faltas é que se volta o presente mandamus, mormente por estarem sendo realizados descontos abusivos na folha de pagamento da impetrante, que não está conseguindo manter seu tratamento e sua subsistência. (grifou-se) (f. 1/3)

Requeru a concessão da liminar para que “sejam vedados, até o julgamento de mérito do presente mandamus, os descontos em folha que sejam inerentes a faltas da Impetrante ao trabalho” (f. 6).

Ao final, postulou:

A concessão da segurança, ante a flagrante violação de direito líquido e certo, a fim de:

- a. Abonar as faltas compreendidas entre 19 de setembro de 2016, até a presente data, com exceção dos dias em que autorizada a licença para tratamento de saúde e férias da Impetrante, nos termos do art. 18, §8º da Resolução n. 03/2017/GP;
- b. Determinar que não mais sejam realizados descontos na folha de pagamento da Impetrante que estejam relacionados à falta ao trabalho. (f. 7)

Em 19-1-2018 este relator proferiu decisão com a seguinte conclusão:

Ante o exposto, INDEFIRO a liminar e determino a intimação da impetrante, para que, no prazo de 15 dias úteis, junte: 1) transcrição (e não mera cópia) legível dos prontuários de f. 40/45; 2) prova pré-constituída da alegação de que, por motivos de saúde, estava absolutamente impossibilitada de comparecer ao trabalho pelo período objeto deste processo e 3) esclareça nestes autos qual a sua atual situação funcional perante o setor de recursos humanos do TJSC. (f. 106/108)

Em cumprimento à determinação, a impetrante peticionou (f. 110/113).

O writ foi extinto com base no art. 10 da Lei n. 12.016/2009 (f. 146/154).

A requerente, em agravo interno, sustenta que: 1) os depoimentos de seus colegas, colhidos na sindicância administrativa, demonstram que ela é depressiva e por isso não pôde comparecer ao trabalho e 2) o médico do Tribunal consignou que a servidora tem sintomas de depressão e ansiedade.

Com as contrarrazões (f. 15/17), entendeu a d. Procuradoria- Geral de Justiça ausente o interesse ministerial (f. 23/24).

## VOTO

O mandado de segurança visa à obtenção do abono de faltas de servidora pública do Poder Judiciário de Santa Catarina, ocorridas de 19-6-2016 até a presente data, além da determinação de abstenção, pela Administração, de efetuar descontos em folha de pagamento que estejam relacionados à falta ao trabalho.



Ao analisar o pedido de liminar, consignei:

Data venia, mas, aparentemente, não há prova préconstituída do direito almejado.

Colhe-se do laudo de exame psicológico realizado em 20-10-2017 neste Tribunal:

[...]

Analisando os documentos do SPA, verificou-se que a servidora manteve-se em acompanhamento psiquiátrico e pela evolução dos médicos, não apresentava tantos sintomas incapacitantes quanto os relatados na consulta. Segundo anotações do prontuário de acompanhamento, ela compareceu sozinha às consultas realizadas nos meses de abril a agosto de 2017, e não manifestou tantas queixas, apenas solicitou novas receitas de medicamento.

#### CONCLUSÃO

Diante do que foi relatado e observado na entrevista, considera-se que a servidora apresenta sintomas de depressão e ansiedade, mas parece ter havido certo exagero e dramatização dos sintomas e do quadro durante a entrevista, provavelmente em razão do desespero frente à possibilidade de perder o emprego. Diante da forma como abandonou o emprego, do uso abusivo de cigarro e de história pregressa de uso abusivo de álcool mencionada no prontuário médico do Instituto de Psiquiatria, levanta-se a possibilidade de investigar se a servidora segue com problema de alcoolismo. Do ponto de vista psicológico, neste momento não apresenta condições de retomar suas atividades laborais. Indicado acompanhamento continuado do serviço social. (f. 83)

Entre a data do afastamento (19-6-2016) e a da perícia (20-10-2017), que chega a mais de 1 ano e 4 meses, foram juntados apenas prontuários do Instituto de Psiquiatria de São José, sendo que a maior parte dos registros é absolutamente ilegível (f. 40/45).

Do pouco que se consegue ler, percebe-se que as consultas

eram somente para solicitar receitas de remédios controlados. Inclusive, em 12-4-2017 consta que “diz que vai viajar e necessita de receitas; sem queixas” (f. 43).

Por fim, quanto à documentação acostada, há também dois atestados, de 28-9-2017 e 4-10-2017 (f. 35/36), pouco antes de ingressar com processo administrativo para pedir o abono das faltas (5-10-2017).

Eis, em ordem cronológica, a transcrição dos documentos, subscritos por psiquiatra:

Atesto, para os devidos fins, que Marcia Vieira Rodrigues necessita de 90 dias de licença do trabalho devido F33.2/F41.0 (CID-10). (f. 35)

Atesto, para os devidos fins, que Márcia Vieira Rodrigues esteve em tratamento sob minha responsabilidade entre outubro de 2012 e dezembro de 2013 devido F33.2 + F41.0 (CID-10); que retornou em 28 de setembro do corrente ano com o mesmo diagnóstico, severamente sintomática, para retomar tratamento sob meus cuidados, o qual foi reiniciado; que relatou (e apresentou documentação) ter procurado ambulatório hospitalar desde 2014; que desde 2014 até a presente data seguiu sofrendo dos mesmos sintomas; que seu quadro, a longo do período citado, foi agravado por alguns eventos de alto impacto estressor em sua vida pessoal; que atualmente a paciente não está apta para retornar ao trabalho e, finalmente, que sua doença, sem dúvida alguma, comprometeu severamente sua capacidade laborativa de forma impedila a cumprir com suas responsabilidades no trabalho. (f. 36)

Data venia, mas referidos documentos não são suficientes para afirmar que o quadro depressivo da impetrante era tão severo a ponto de não poder sequer explicar aos seus superiores o afastamento do trabalho por 1 ano e 4 meses (!!!).

Em tese, o laudo emitido por psicóloga da junta médica deste Tribunal somente poderá ser derruído

mediante dilação probatória, o que é incabível por meio de writ.

Por outro lado, é necessário que se oportunize à impetrante a correção dos vícios, pois, em clara materialização do princípio da primazia do exame do mérito, o art. 321 do CPC/2015 estabelece que:

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Consigna-se, por fim, que a junta médica deferiu licença para tratamento de saúde por 60 dias a contar de 28- 9-2017 (expirada, portanto, em 28-12-2017) (f. 86) e não se tem notícia de eventual renovação, a qual supõe-se não ter ocorrido, tendo em vista que a folha de pagamento de janeiro/2018 foi zerada (f. 91).

Ante o exposto, INDEFIRO a liminar e determino a intimação da impetrante, para que, no prazo de 15 dias úteis, junte: 1) transcrição (e não mera cópia) legível dos prontuários de f. 40/45; 2) prova pré-constituída da alegação de que, por motivos de saúde, estava absolutamente impossibilitada de comparecer ao trabalho pelo período objeto deste processo e 3) esclareça nestes autos qual a sua atual situação funcional perante o setor de recursos humanos do TJSC. (grifos no original) (f. 106/108)

A impetrante peticionou, informando, em resumo, que: 1) no transcorrer da sindicância punitiva tombada sob o n. 601125 2016.0 foram colhidos depoimentos de colegas de trabalho e de pessoas que a ajudam em seu cotidiano, todos confirmando seu quadro de saúde e sua situação financeira e 2) tramita pedido de licença para tratamento de saúde sob o n. 47024/2017, no qual a impetrante foi submetida à perícia médica e à avaliação psicológica (f. 110/113). Juntou documentos (prontuários legíveis e os depoimentos colhidos na seara administrativa, f. 114/144).

A par disso, proferi decisão unipessoal de indeferimento da petição inicial e consequente extinção do processo por não ser caso de mandado de segurança. Eis os fundamentos:

Em cumprimento à determinação, a impetrante peticionou apresentando documentos e alegações que, data venia, não são suficientes para demonstrar a existência de prova pré-constituída.

Em primeiro lugar, é preciso frisar, como já destaquei na interlocutória anterior, que a servidora, para obter êxito no mandamus, necessitaria comprovar que, por motivos de saúde, estava absolutamente impossibilitada de comparecer ao trabalho pelo período objeto deste processo, ou, pelo menos, de vir a esta Corte para apresentar um atestado ou se justificar.

Entretanto, só o fez [justificou sua ausência por 1 ano e 4 meses] em 5-10-2017, após sofrer significativos descontos em suas folhas de pagamento, que, a partir de outubro/2017, passaram a vir zeradas.

Vejamos a transcrição legível dos prontuários de f. 40/45, cujas datas são próximas ao período de afastamento, que ocorreu a partir de 19-6-2016: 11.01.16 21:10 hrs

Histórico: Ansiedade + Stresse Crônico

- Solicita receita: PATZ sl 5 mg + Rivotril 2 mg/noite.
- Sinais clínicos associados psoríase e ouvido.
- Receita Rivotril 2 mg a noite e PATZ Sl 5 mg a noite.

Ass. Dr. Alexei Magier Kachava Psiquiatra - CRM 12.689 RQE 8093 FOLHA 06 26.02.16 21:00 hrs. Refere que a nove dias seu sobrinho [cic afilhado] faleceu soterrado. Diz que desde então está triste, desanimada, mas estava conseguindo trabalhar. A dois dias terminou Rivotril e desde então passa a referir dificuldade de dormir e baixa concentração.

Receito: PATZ 5 mg SL + Rivotril 2 mg ½ a noite por 2 meses.

Oriento sobre o uso crônico e necessidade de acompanhamento para fazer desmame mais adiante e psicoterapia.

Ass. Dra. Bianca Schuwab CRM-SC 17.623 05.04.16  
Receito PATZ 5 mg 0-0-2 e Rivotril 2 mg 0-0-1 Ilegível

Ass. Dr. Victor Rafael Correa Voss Psiquiatra - CRM  
20096 RQE 11.934

#### FOLHA 07

28.04.16 19:00 hrs Consulta sozinha

Indico PATZ SL 5 MG 0-0-1 + Rivotril 2 mg 0-0-1

- quadro ansioso recorrente crônico em decorrência de dinâmica familiar. -associa excitalopram 10mg juntamente com os demais.

Ass. Dr. Alexei Magier Kachava Psiquiatra - CRM  
12.689 RQE 8093

01.06.16 Solicita receita do PATZ sl 5 mg para ansiedade?  
Alerto. Fala de receio de deprimir novamente e de crises de pânico.

Histórico de uso Diprestik 50mg dia. Prescrevo 1 cx.  
Mantenho PATZ 5 mg a noite.

Reavaliação início de jul/16. F3 F39 CID

#### FOLHA 08

M. 35

22.07.16 Paciente solicitando receita dos medicamentos para insônia sendo que cedo somente ao Rivotril 1 mg + PATZ 5 mg sublingual. Sugiro acompanhamento psiquiátrico regular.

Ass. Dr. Henrique T. Ludwig Psiquiatra - CRM-SC  
23.000 RQE 3667

22.08.16 20:50hrs Consulta sozinha

Solicita receitas Rivotril 2 mg a noite e PATZ sl 5 mg a noite. Refere vários problemas familiares no momento. Requisito acompanhamento regular psiquiátrico.

Ass. Dr. Alexei Magier Kachava Psiquiatra -CRM 12689  
RQE 8093

FOLHA 09 26.09.16 17:50 hrs Consulta sozinha

Relata ansiedade recorrente com medicação atual PATZ sl 5 mg + Rivotril 2 mg a noite.

Questiono uso da Quetiapina como ansiolítico.

Alega crises de pânico.

Receito Quetiapina 25 mg 0-0-1, PATZ sl 5 mg 0-0-1 + Rivotril 2 mg 0-0-1

Ass. Dr. Alexei Magier Kachava Psiquiatra - CRM 12689  
RQE 8093

27.11.16 # M.

OM 20:10 # Rivotril 2 mg 0-0-1 (a 10 anos)

# PATZ sl 5 mg 0-0-1

- Há 1 dia sem medicação, vem para renovar receita. Descreve boa resposta com o atual esquema.

Eutímica, afeto modulado, crítica preservada, sem ideação suicida. F. 41.9 F 13.2

Renovo prescrição para 30 dias.

Ass. Vinícius Brun Prá Médico Psiquiatra CRM 18016  
RQE 13.388 FOLHA 10

22.03.17 Vem solicitando novas receitas da medicação. Relata problemas com familiares e necessita de mais comprimidos para aliviar Stress. Ilegível. Dificuldade de concentração (quadro por uso de benzodiazepínicos)

Prescrevo 30 cp PATZ + 30 cp rivotril oriento sobre de abuso BZP + acompanhamento ambulatorial.

Ass. Dra. Luiza B. S. Bertolino Médica Psiquiatra CRM-SC 16.991

RQE 11.736

FOLHA 11 12.04.17 \* Em uso de Rivotril 2 mg/noite + Stil. digo PATZ SL 5 mg \* Esta sem medicação. Diz que vai viajar e necessita de receitas. Sem queixas CD: Oriento acompanhamento ambulatorial. Forneço receita p/2 meses. 07.06.17

Em uso de Rivotril 2 mg/n + PATZ SL 5mg Necessita receita. Sem acompanhamento. CD = Acompanhamento ambulatorial. Receita p/ 2 meses. Ass. Dr. Alexandre Bello Médico psiquiatra CRM-SC 19.548 RQE 14.605 FOLHA 12 27/12/2016 Faz uso de PATZ 5 mg 0-0-1 e Rivotril 2 mg 0-0-1 Necessita de medicação, refere que tem muita insônia sem. CD: Prescrevo para 30 dias. Oriento a receber acompanhamento ambulatorial. Ass. Dr. Victor Raphael Correa Voss Médico psiquiatra CRM-SC 20096 RQE 11.934 14/01/2017 Refere que compra PATZ, mas a medicação veio esfarelada.

CD: receita p 30dias.

Ass. Dr. Victor Raphael Correa Voss Médico psiquiatra CRM-SC 20096 RQE 11.934 04/02/17

PATZ 5 mg 1 cp./noite Rivotril 2 mg/noite

Solicita medicação pois a mesma acabou a dois dias e tem tido conflitos no local que trabalha.

CD: Oriento acompanhamento ambulatorial.

Prescrevo p/ 2 meses.

Ass. Dra. Luiza B. S. Bertolino Médica Psiquiatra CRM-SC 16.991 RQE 11.736

FOLHA 13

07/08/2017 19:25 Comparece sozinha.

- Solicita receitas da medicação atual (PATZ SL 5 mg /noite e Rivotril 2 mg/noite) -Fornecida p/60 dias. (sic) (f. 137/139)

Tais relatos apenas reforçam o que já se imaginava pelo pouco que se conseguia ler das vias originais: as visitas ao Instituto de Psiquiatria de São José eram somente para solicitar receitas de remédios controlados e não há registros do quadro narrado na inicial.

Ao contrário, em 27-11-2016, o psiquiatra consignou: “Há 1 dia sem medicação, vem para renovar receita. Descreve boa resposta com o atual esquema. Eutímica, afeto modulado, crítica preservada, sem ideação suicida. F. 41.9 F 13.2”.

Em 12-4-2017: “Está sem medicação. Diz que vai viajar e necessita de receitas. Sem queixas”.

Quanto à determinação de apresentação de prova préconstituída da alegação de que, por motivos de saúde, estava absolutamente impossibilitada de comparecer ao trabalho pelo período objeto deste processo, a impetrante acostou apenas três depoimentos de testemunhas ouvidas na audiência de instrução de sua sindicância punitiva.

Nenhuma das pessoas ouvidas era médica.

A primeira delas disse, de início, não ser amiga ou inimiga da requerente, mas ao longo da fala deu detalhes de sua vida pessoal, disse que é convidada para festas da família e que “gosta de M. como uma irmã” (f. 117/119). Seus relatos, então, somente poderiam servir como prova para corroborar outros elementos fortemente constituídos, o que não é o caso.

A segunda testemunha, também servidora do TJSC, não trabalhou com M. no período de seu afastamento do serviço, disse que “tem conhecimento das crises de M. por relato e não por ter presenciado” (f. 120/121).

O terceiro, por fim, trabalhou com a impetrante em período mais recente, porém afirmou que “não se recorda bem a



respeito de atrasos e faltas de M., porque faz muito tempo” e que “não se recorda se conversou com M. ou não sobre seus atrasos e ausência não justificadas e que isto deve ter ocorrido com a coordenadora” (f. 122/124).

Data *venia*, mas tais relatos são demasiadamente frágeis para desconstituir a presunção *juris tantum* de que goza o laudo da junta médica do TJSC.

Somente por meio de uma perícia realizada por profissional habilitado ou por uma instrução processual aprofundada seria possível verificar o real estado da servidora a partir de 19-6-2016, e, como se sabe, isso é inviável pela via de *writ*.

Não há outro caminho, portanto, senão o indeferimento da inicial.

Ressalta-se que M. ingressou com novo pedido administrativo de licença para tratamento de saúde e foi submetida a perícia médica em 8-2-2018 e avaliação psicológica em 9-2-2018 (f. 116), cujos relatórios não foram acostados. (grifos no original) (f. 150/154)

Em agravo interno, a autora sustenta que: 1) os depoimentos de seus colegas, colhidos na sindicância administrativa, demonstram que ela é depressiva e por isso não pôde comparecer ao trabalho e 2) o médico do Tribunal consignou que a servidora tem sintomas de depressão e ansiedade.

Requer a reconsideração da decisão monocrática ou, subsidiariamente, o provimento do agravo interno para apreciação do *mandamus*.

*Data venia*, mas o agravo não merece provimento.

Como já consignado na decisão terminativa, o êxito da impetrante dependeria da demonstração de que, por motivos de saúde, ela estava absolutamente impossibilitada de comparecer ao trabalho pelo período

objeto deste processo ou, pelo menos, de vir a esta Corte para apresentar um atestado ou se justificar.

Tal prova não foi apresentada na inicial, tampouco na manifestação e documentos de f. 110/144.

Como se vê, já foram respondidos os argumentos do agravo de que o estado incapacitante foi demonstrado por testemunhas ouvidas no processo administrativo e pelas conclusões da Junta Médica.

Repita-se: as falas dos depoentes são demasiadamente frágeis para desconstituir a presunção *juris tantum* de que goza o laudo da junta médica do TJSC, que concluiu que, embora a impetrante apresente quadro depressivo, houve certo exagero na narrativa dos fatos.

Consigna-se, por fim, que não foram acostados os laudos das perícias médica e psicológica realizadas em fevereiro deste ano.

No dia de ontem, 24-7-2018, a agravante entregou memoriais no gabinete deste relator, nos quais afirmou:

Em laudo pericial mais recente, realizado pela junta médica do TJSC e pela médica especialista em psiquiatria, Dra. Bárbara Saviato (CRM 16420), concluiu-se que:

“Através dos dados presentes nos autos e da avaliação psiquiátrica é possível concluir para o momento que a periciada apresenta quadro de sintomas compatíveis com Transtorno Depressivo Maior associado à Transtorno de Pânico. Os sintomas iniciaram há cerca de 9 anos, período da separação conjugal e desde então apresenta períodos de melhora e períodos de recaída. Iniciou tratamento medicamentoso no final do ano de 2012, quando após duas consultas com psiquiatra foi internada em clínica por período de cerca de 14 dias devido intensidade dos sintomas e abuso de álcool e tabaco. Apresentou melhora sustentada dos sintomas após alta hospitalar, porém não seguiu tratamento adequado alegando dificuldades financeiras, no entanto consta nos autos que durante tal período a periciada recebeu seu salário. Em relação às faltas não justificadas e não comunicadas durante os meses de 2017 ora diz que

precisava cuidar dos pais, ora diz que estava desanimada considerando-se incapaz para se organizar. A periciada apresenta e apresentou quadro de sintomas de Transtorno Depressivo Maior e Transtorno de Pânico, porém os sintomas dessas doenças conforme se apresentaram nesse caso não explicam a ausência da justificativa de suas faltas ao trabalho”. (grifou-se)

Aparentemente, esse excerto referido nas alegações é parte integrante de laudo pericial realizado no último pedido administrativo de licença para tratamento de saúde.

Data venia, mas não se pode levar em consideração as informações médicas destacadas, pois, como dito anteriormente, o documento correspondente não foi juntado nem nos autos do mandado de segurança, nem neste agravo interno. Quer dizer, não há como saber da sua veracidade.

Além disso, a própria médica teria verificado, em tese, que “A periciada apresenta e apresentou quadro de sintomas de Transtorno Depressivo Maior e Transtorno de Pânico, porém os sintomas dessas doenças conforme se apresentaram nesse caso não explicam a ausência da justificativa de suas faltas ao trabalho”, o que vai ao encontro dos fundamentos da decisão monocrática terminativa, isto é, de que não há prova pré-constituída do direito da impetrante.

Assim, não há outro caminho senão manter a decisão agravada.

Por ser o agravo improcedente e diante da sua rejeição por unanimidade, incide a multa do art. 1.021, § 4º, do CPC/2015:

Art. 1.021. [...]

§ 4º 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.

Sobre o tema, colhe-se do voto proferido pelo e. Des. Pedro Manoel de Abreu, cujos fundamentos são adotados como razão de

decidir:

Por derradeiro, cumpre atentar para a norma prevista no §4º do art. 1021 do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual:

§ 4º - 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.

Trata-se de norma de aplicação imperativa, sem discricção quanto à incidência da multa na hipótese de manifesta improcedência do agravo interno, como na espécie.

Sobre o assunto lecionam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

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 da causa devidamente atualizado (art. 1.021, § 4.º). Note-se 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 (trata-se, portanto, de técnica voltada não só à promoção da boa fé processual, art. 5.º, mas também a concretização do direito ao processo com duração razoável, arts. 5.º, LXXVIII, da CF, e 4.º, CPC). Condenado o agravante, a interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4.º [...] (Curso de Processo Civil. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 538).

A Corte Superior também já se posicionou sobre a interposição desarrazoada do agravo interno nos seguintes termos:

Tendo em vista que aviado agravo interno contra decisão que se amparou em entendimento firmado em recurso especial submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/73, é de se reconhecer manifesta a improcedência do agravo, sendo, pois, aplicável a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do Novo CPC/2015 (STJ, AgInt no REsp 1580822/RN,

rel. Min. Sérgio Kukina, DJe de 16/08/2016).

Nos termos dos arts. 1.021 do NCPC e 258 do Regimento Interno do STJ, somente as decisões singulares são impugnáveis por agravo regimental, configurando erro grosseiro a interposição do recurso contra acórdão proferido por órgão colegiado. O recurso se mostra manifestamente inadmissível a ensejar a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 1% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º do mencionado artigo de lei. (STJ - AgInt nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgrRg nos EDcl no AREsp 636.058/MT, rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª Turma, j. em 16.8.2016, p. em 22.8.2016).

No mesmo sentido, extrata-se da jurisprudência desta Corte:

Agravo interno. Decisão monocrática que manteve interlocutória que acolheu exceção de pré-executividade e arbitrou honorários advocatícios. Insurgência desarrazoada. Entendimento consolidado na jurisprudência da Corte. Agravo desprovido com aplicação da multa prevista no art. 1.021, §4º, do contemporâneo Código Instrumental (TJSC, Agravo n. 0010306-29.2016.8.24.0000, da relatoria do signatário, j. 21-02-2017).

É manifestamente improcedente o agravo interno dirigido contra decisão que, sustentada na orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, nega seguimento a recurso especial, daí por que se aplica à agravante a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil de 2015 (TJSC, Agravo n. 0005128-59.2008.8.24.0007, de Biguaçu, rel. Des. Jaime Ramos, j. 05-10-2016)

De acordo com a norma disposta no novo Código de Processo Civil, declarado manifestamente improcedente o agravo interno, mediante votação unânime, devida se faz a incidência da multa constante no art. 1.021, § 4º, a qual deve ser fixada entre o percentual de um e de cinco por cento sobre o valor atualizado da causa. (TJSC, Embargos de Declaração n. 0010293-30.2016.8.24.0000, de Chapecó, rel. Des. José Maurício Lisboa, j. 14-12-2016).

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO INTERNO - NCPC, ART. 1.021 - MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA - MULTA O agravo interno que desafia a decisão unipessoal não se presta para a rediscussão das matérias ali ventiladas, razão pela qual cabe ao recorrente impugnar a ausência dos requisitos que permitem a análise sumária do pleito recursal ou demonstrar que o paradigma não é aplicável à espécie. (TJSC, Agravo n. 0301015-59.2014.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 12-12-2016).

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno e impõe-se ao agravante a multa correspondente a 1% (um por cento) do valor da causa. (Agravo n. 4014585- 87.2016.8.24.0000, de Fraiburgo, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 6-6-2017)

O valor da causa é de R\$ R\$ 1.000,00 (f. 7), cujo montante atualizado pelos índices da CGJSC, da data da propositura (janeiro/2018) até o último indexador disponível (maio/2018), chega a R\$ 1.009,71.

Diante da ausência de causa que mereça especial valoração, aplica-se a multa em seu patamar mínimo, ou seja, 1% (R\$ 10,09).

Nega-se provimento ao recurso, fixando-se multa no percentual de 1% do valor atualizado da causa, o que corresponde a R\$ 10,09.

**Mandado de Segurança n. 4021125-20.2017.8.24.0000, do Tribunal de Justiça**

Relator: Desembargador Jorge Luiz de Borba

MANDADO DE SEGURANÇA. MAGISTRADO APOSENTADO PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA DE HIPÓFISE. ISENÇÃO PARCIAL DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA ANTERIORMENTE DEFERIDA NOS MOLDES DO ART. 40, § 21, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. BENESSE SUSPENSA AO ARGUMENTO DA CURA DA MOLÉSTIA.

LEGITIMIDADE TANTO DA COORDENADORA DE MAGISTRADOS QUANTO DO PRESIDENTE DO IPREV. HIPÓTESE EM QUE AMBOS CONTRIBUÍRAM PARA O DESATE DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS.

ILICITUDE DO ATO COATOR. IMPOSSIBILIDADE DE SE ENQUADRAR O CÂNCER DENTRE AS DOENÇAS PASSÍVEIS DE CONTROLE. PRECEDENTES. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO.

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que “após a concessão da isenção do Imposto de Renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma percebidos por portadores de moléstias graves, nos termos art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, o fato de a Junta Médica constatar a ausência de sintomas da doença não justifica a revogação do benefício isencional, tendo em vista que a finalidade desse benefício é diminuir o sacrifícios dos aposentados, aliviando-os dos encargos financeiros” (STJ - REsp n. 1.202.820/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques), daí por que, ‘em casos de neoplasia maligna, não se exige a demonstração da

contemporaneidade dos sintomas, ou a comprovação de recidiva da enfermidade, para que o contribuinte faça jus à isenção de Imposto de Renda' (STJ - REsp n. 1436877/PR, Rel. Ministro Og Fernandes)" (MS n. 2015.036722-9, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Des. Jaime Ramos, j. 12-8-2015).

Esse raciocínio serve para desautorizar, sob o argumento da suposta cura dessa mesma doença, a suspensão da isenção parcial da contribuição previdenciária deferida anteriormente nos moldes do art. 40, § 21, da Lex Mater.

#### CONCESSÃO DA ORDEM EM DEFINITIVO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 4021125-20.2017.8.24.0000, do Tribunal de Justiça, em que é Impetrante Pedro Caetano de Carvalho e Impetrados Presidente da Coordenadoria de Magistrados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e outros.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por unanimidade, conceder a ordem em definitivo. Sem custas nem honorários advocatícios.

O julgamento, realizado na data de 25 de julho de 2018, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Sônia Maria Schmitz, Des. Luiz Fernando Boller, Des. Odson Cardoso Filho, Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Des. Júlio César Knoll, Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Des. Francisco Oliveira Neto, Des. Hélio do Valle Pereira, Des. Artur Jenichen Filho, Des. Vilson Fontana, Des. Paulo Ricardo Bruschi, Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Des. Cid Goulart, Des. Jaime Ramos e Des. João Henrique Blasi.

Florianópolis, 15 de agosto de 2018.

Jorge Luiz de Borba  
RELATOR



## RELATÓRIO

Pedro Caetano de Carvalho impetrou mandado de segurança contra atos da Coordenadoria de Magistrados deste Tribunal de Justiça, da Junta Médica Oficial desta Corte e do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Iprev. Relatou que é magistrado aposentado e portador de “neoplasia maligna da glândula hipófise, neoplasia de comportamento incerto ou desconhecido do encéfalo e do sistema nervoso central e flutter e fibrilação arterial” (in verbis; fl. 2); que, em razão dessas doenças, foi aposentado por invalidez permanente em 28-5-2004; que o Iprev, contudo, considerando-o curado dessas moléstias, questionou a isenção na contribuição previdenciária, de que goza nos moldes do § 21 do art. 40 da CF, o que ensejou a instauração do processos administrativos (SPAs n. 28047/2016 e 1393/2017); e que, porém, sua aposentadoria é definitiva, pelo que seria inviável alterar a isenção em debate ou outras porventura incidentes, como a sobre o imposto de renda. Clamou a concessão de liminar, a ser ao final confirmada, “para manter os benefícios a que faz jus, ratificando o registro em sua ficha funcional e junto ao IPREV, para que o mesmo se abstenha de realizar o desconto da contribuição previdenciária sobre o teto previdenciário, retornando ao status quo ante, em que o desconto era realizado sobre o dobro do teto, nos termos a que faz direito, bem como preventivamente, que seja deferida medida para que o Judiciário, o Estado, a União, a Receita Federal ou o Tribunal de Contas, venham a cassar o benefício de isenção do Imposto de Renda” (fl. 16).

Postergou-se o exame da liminar para após prestadas as informações (fl. 148). Nessas, o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (fls. 162-168) aduziu que a legitimação passiva ad causam não é sua, mas do ente federado responsável pelo recolhimento da contribuição em debate, e que é lícita a revisão da isenção, derivada de doença incapacitante, de tributos e de contribuições se superada a moléstia originária. Por seu

turno, a Coordenadora de Magistrados deste Tribunal de Justiça disse, às fls. 171-174, que, quanto ao imposto de renda, a administração do TJSC, na esteira de exegese jurisprudencial, entende que a neoplasia maligna é doença não passível de controle, não se podendo revisar isenção previamente concedida. Contudo, “não decidi pelo corte da isenção previdenciária anteriormente deferida ao impetrante, mas apenas cumpriu decisão proferida pelo IPREV, em observância à legislação que rege a matéria” (fl. 172).

A tutela de urgência foi deferida, determinando-se “às autoridades coatoras que se abstenham de suprimir a isenção à contribuição previdenciária de que goza o impetrante nos termos do art. 40, § 21, da Constituição Federal” (fls. 176-179).

O Estado de Santa Catarina postulou seu ingresso no feito (fl. 182).

Em ofício, comunicou-se que a liminar foi cumprida (fls. 190- 195).

O *Parquet* emitiu pronunciamento formal (fls. 199-201).

Vieram os autos à conclusão para julgamento.

## VOTO

Trata-se de mandado de segurança em que se questiona a legalidade da iminente supressão da isenção da contribuição previdenciária recolhida pelo impetrante, magistrado aposentado por invalidez em 2004 por força de neoplasia maligna na hipófise (CID C-75 e D-43). No curso dos SPAs n. 28047/2016 e 1393/2017, apurou a Junta Médica Oficial deste Tribunal de Justiça, aos 4-4-2017, que “não há recidiva da doença” (fl. 79) e que, portanto, “no momento, não há critérios para enquadramento do magistrado como portador de doença grave especificada no § 8º do art. 60 da Lei Complementar Estadual n. 412/2008” (ibidem). Assim, após

ouvido o Iprev, a Coordenadora de Magistrados desta Corte determinou, em 31-5-2017, que se anotasse na ficha funcional do impetrante o “cancelamento da isenção da contribuição previdenciária concedida anteriormente” (fl. 107).

Quanto à legitimação passiva, a situação é peculiar: o Iprev alega que compete ao Estado de Santa Catarina deliberar sobre a questão, e a Coordenadora de Magistrados desse Tribunal de Justiça disse ter agido apenas em cumprimento a comando do Iprev.

Aparentemente, ambas as autoridades contribuíram para o registro do decréscimo remuneratório, pelo que, ante o impasse, devem as duas permanecer no polo passivo da relação jurídicoprocessual.

Quanto ao *meritum causae*, estabelece o art. 40, § 21, da Constituição Federal, incluído pela EC n. 47/2005:

A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante.

No âmbito do Estado de Santa Catarina, a Lei Complementar Estadual n. 412/2008, que “dispõe sobre a organização do Regime Próprio de Previdência dos Servidores do Estado de Santa Catarina”, prescreve, em seu art. 60, § 8º, que, “para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se doença incapacitante, as doenças graves, contagiosas ou incuráveis, relacionadas abaixo: [...] XII – neoplasia maligna”.

A jurisprudência é firme no sentido de que referida moléstia não se enquadra dentre aquelas “passíveis de controle”, pelo que não se pode, ao argumento da suposta cura, suspender isenção previamente deferida sobre o imposto de renda. Deste Grupo de Câmaras, veja-se:

MANDADO DE SEGURANÇA - INADEQUAÇÃO DA VIA  
PROCESSUAL ELEITA - PRELIMINAR REJEITADA - SERVIDOR

## PÚBLICO ESTADUAL

APOSENTADO - NEOPLASIA MALIGNA - PROCEDIMENTO CIRÚRGICO - ISENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA - DEMONSTRAÇÃO DA CONTEMPORANEIDADE DOS SINTOMAS OU DE RECIDIVA DA DOENÇA - DESNECESSIDADE - PRECEDENTES - ORDEM CONCEDIDA.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que “após a concessão da isenção do Imposto de Renda sobre os proventos de aposentadoria ou reforma percebidos por portadores de moléstias graves, nos termos art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713/88, o fato de a Junta Médica constatar a ausência de sintomas da doença não justifica a revogação do benefício isencional, tendo em vista que a finalidade desse benefício é diminuir o sacrifícios dos aposentados, aliviando-os dos encargos financeiros” (STJ - REsp n. 1.202.820/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques), daí por que, “em casos de neoplasia maligna, não se exige a demonstração da contemporaneidade dos sintomas, ou a comprovação de recidiva da enfermidade, para que o contribuinte faça jus à isenção de Imposto de Renda” (STJ - REsp n. 1436877/PR, Rel. Ministro Og Fernandes) (MS n. 2015.0367229, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Des. Jaime Ramos, j. 12-8-2015).

Evidentemente, o mesmo raciocínio deve ser aplicado quanto às isenções parciais de contribuição previdenciária concedidas nos moldes do transcrito art. 40, § 21, da Constituição Federal.

Há, nesses moldes, o direito líquido e certo postulado.

Registra-se que o pleito de expedição de ofícios à União, à Receita Federal e ao Tribunal de Contas é inoportuno e escapa ao objeto da lide, pois não há prova pré-constituída de que autoridades vinculadas a esses entes públicos suprimirão a isenção no imposto de renda de que goza o impetrante.

Houvesse prova disso, aliás, haveria a necessidade de também incluí-las no polo passivo da demanda, o que repercutiria em termos de competência da Justiça Comum Estadual.

Ante o exposto, a ordem deve ser concedida em definitivo.

Sem honorários (art. 25 da Lei n. 12.016/2009) nem custas processuais (art. 35 da LCE n. 156/1997).

É o voto.

## PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

### Apelação Cível n. 0000427-45.2011.8.24.0041, de Mafra

Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO. AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

INSURGÊNCIA DA AUTORA.

EX-ESPOSA DE SERVIDOR MUNICIPAL FALECIDO. AUXILIAR DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO. PLEITO PARA RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO NA SUA INTEGRALIDADE. LCM Nº 129/94.

ASSERÇÃO SUBSISTENTE, AINDA QUE A REQUERENTE ESTIVESSE SEPARADA JUDICIALMENTE DO *DE CUJUS*, E RECEBESSE VERBA ALIMENTAR NO VALOR DE 15% DOS VENCIMENTOS DAQUELE.

APLICAÇÃO DA TEORIA DO *DISTINGUISH*. SINGULARIDADE DO CASO QUE NÃO SE AMOLDA AOS PRECEDENTES.

PENSIONISTA QUE RETORNOU AO LAR PARA CUIDAR DO EX-CÔNJUGE ENFERMO, ATÉ SEU FALECIMENTO. IMPOSSIBILITADA AJUDA DE PROFISSIONAL DA SAÚDE, FILHOS OU QUALQUER OUTRA PESSOA, EM RAZÃO DA ESCASSEZ DE RECURSOS ECONÔMICO-FINANCEIROS.

PRESTAÇÃO DE CUIDADOS INTERMITENTES, IMPOSSIBILITANDO O EXERCÍCIO DA SUA ATIVIDADE REMUNERADA COMO FAXINEIRA. COMPROVAÇÃO DE QUE VIVIA ÀS EXPENSAS DO INSTITUIDOR DA

PENSÃO, E DELE ERA DEPENDENTE.

CONSECTÁRIOS LEGAIS. JUROS DE MORA A CONTAR DA CITAÇÃO, COM INDEXADORES APLICÁVEIS À POUPANÇA. TEMA 810 DO STF. CORREÇÃO MONETÁRIA. EMPREGO DO INPC. TEMA 905 DO STJ.

INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO QUE, EMBORA ILÍQUIDA, NÃO ULTRAPASSA 200 SALÁRIOS MÍNIMOS. FIXAÇÃO DA VERBA EM 15% SOBRE O VALOR DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS ATÉ A DATA DE PUBLICAÇÃO DO VEREDICTO. ISENÇÃO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000427-45.2011.8.24.0041, da comarca de Mafra (2ª Vara Cível) em que é Apelante Maria José Buch e Apelado IPMM Instituto de Previdência do Município de Mafra.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado em 22 de maio de 2018, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Jorge Luiz de Borba, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Pedro Manoel Abreu e Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Funcionou como representante do Ministério Público a Procuradora de Justiça Sônia Maria Demeda Groisman Piardi.

Florianópolis, 23 de maio de 2018.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER  
Relator

## RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Maria José Buch, contra sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Mafra, que nos autos da ação Previdenciária n. 0000427- 45.2011.8.24.0041, ajuizada contra o IPMM-Instituto de Previdência do Município de Mafra para recebimento da integralidade do valor da pensão por morte de seu ex-cônjuge Irineu Buch, julgou improcedente o pedido (fls. 141/144).

Inconformada, Maria José Buch argumenta que, conquanto estivesse separada judicialmente e recebesse 15% (quinze por cento) do salário bruto de seu ex-marido a título de pensão alimentícia na data do óbito, retornou ao lar nos últimos anos de vida do extinto consorte, objetivando prestar-lhe cuidados relativos à sua saúde, impedindo o exercício de qualquer atividade remunerada.

Assim, aponta fazer jus ao recebimento de 100% (cem por cento) da pensão por morte, termos em que brada pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 148/258).

Após, sobrevieram intempestivas contrarrazões do IPMM-Instituto de Previdência do Município de Mafra (fls. 174/175).

Ascendendo a esta Corte, vieram-me os autos conclusos (fl. 178).

Em Parecer da Procuradora de Justiça Eliana Volcato Nunes, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento da insurgência (fls. 180/183).

É, no essencial, o relatório.

## VOTO

O art. 1.010, § 3º, do NCPC, estabelece a remessa do recurso ao



Tribunal independente do juízo de admissibilidade, desde que cumpridas as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º da mesma norma legal.

Assim, por vislumbrar a tempestividade e dispensa do recolhimento do preparo - visto ser a autora apelante isenta do pagamento das custas -, nos termos do art. 1.012 da Lei nº 13.105/15 recebo o apelo nos efeitos devolutivo e suspensivo, e dele conheço porque atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

A sentença julgou improcedente o pedido de Maria José Buch para receber a totalidade da pensão por morte de Irineu Buch, seu ex-marido, sob o argumento de que a pensionista era separada judicialmente do de cujus na data do óbito, e recebia apenas 15% (quinze por cento) do valor dos vencimentos daquele a título de pensão alimentícia, devendo tal proporção ser mantida no benefício pleiteado.

Pois bem.

Não desconheço que nossa Corte consolidou o entendimento de que o valor da pensão por morte devida à ex-cônjuge, deve corresponder ao valor devido como verba alimentar:

*“O valor do benefício previdenciário a ser pago à exmulher que figura como dependente de servidor aposentado e já falecido, deve corresponder, proporcionalmente, ao quantum da pensão alimentícia fixada quando da separação ou divórcio, devendo o respectivo percentual corresponder à totalidade dos proventos a que teria direito o instituidor, sob pena de majoração da pensão alimentícia, sem qualquer base legal que a justifique”*  
[...] (TJSC, Apelação Cível n. 0501549-02.2011.8.24.0020, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 09/12/2016).

Todavia, o presente caso difere de inúmeros outros julgados que versam sobre a matéria.

Isto porque Maria José Buch - conquanto judicialmente separada de Irineu Buch, instituidor da pensão -, havia retornado ao lar objetivando prestar-lhe ajuda, em virtude da invalidez causada por um AVC (acidente

vascular cerebral).

As testemunhas ouvidas em juízo foram uníssonas, afirmando que era a recorrente quem, sozinha, cuidava do ex-marido.

Dos depoimentos prestados pelos testigos, colhe-se que:

**ALCEU GREIN:**

[...] - E eles chegaram a se separar um tempo?

- Eu acho que se separaram, mas ela cuidou dele quando ele ficou doente. [...].

- E quando ele ficou doente quem cuidou dele na doença?

- A Maria.

- E qual foi a doença?

- Não lembro. Foi uma doença grave assim. Ficou na cama.

**CÁSSIA ROCIO MACHADO SKRENSKI:**

[...] - É ele bebia bastante né?! Aí acabou ficando doente. Teve aquelas enchentes todas, aí não tinha quem cuidar. Ela teve que voltar para cuidar. [...].

- E qual foi a doença que ele teve?

- Que eu sei acho foi derrame.

- E ele ficou de cama?

- Ficou, ficou feio.

- E ele conseguia andar, ir ao banco?

- Ah era difícil né, não conseguia levantar. Ela tinha que ficar cuidando.

- E ele conseguia tomar banho sozinho?

- Não ih, ela tinha que dar né.

- E usava fraldas também?
- Usava.
- E foram muitos anos que ela cuidou dele?
- Ah foi bastante tempo, eu não sei direito né, mas foi bastante tempo.

**MARLENE MARTINS GREIN:**

- [...] - Aí ele ficou doente?
- Isso, aí ela voltou para cuidar dele.
  - E que doença ele teve?
  - Derrame.
  - Essa doença, esse derrame, a Sra. sabe se ele ficou de cama. Ele não andava sozinho?
  - Não.
  - Ele conseguia tomar banho sozinho?
  - Não.
  - Ele usava fraldas?
  - Usava.
  - E tinha alguém para cuidar dele ou era a dona Maria que cuidava?
  - Era a Maria.
  - E os filhos ajudavam nas despesas?
  - Não.
  - Ele podia ir no mercado, alguma coisa ou ficava só na cama?
  - Só na cama.
  - E quantos anos ele ficou na cama?
  - Dois anos eu acho.

- E do que ela vivia a dona Maria José? Só da pensãozinha dele. [...]

Por tais relatos, vislumbra-se que o instituidor da pensão ficou adoentado por muito tempo, recolhido ao leito, necessitando de auxílio para realizar tarefas simples e rotineiras, como alimentar-se, trocar fraldas, tomar banho, fazer compras, etc.

Restou também demonstrado que, além de Maria José Buch, não havia qualquer outro profissional ou algum parente (filhos) que prestasse ajuda a Irineu Buch, ficando a tarefa totalmente ao encargo da autora apelante, já que ambos possuíam escassas condições econômico-financeiras, impossibilitando a contratação de outra pessoa (*cuidador*) para assisti-lo.

A conclusão é decorrente da conjuntura factual, que corrobora a penúria em que viviam, a casa humilde onde habitavam, localizada em um bairro carente de infraestrutura, além da acanhada remuneração do servidor, que ocupava o cargo de Auxiliar de Manutenção e Conservação na Prefeitura Municipal de Mafra (fl. 09).

Além disso, por meio do endereço constante no *Mandado de Intimação* para comparecimento na audiência (fl. 138), constata-se que Maria José Buch continuou residindo na casa do exmarido pelo menos até 30/09/2015, corroborando, assim, a assertiva de que havia retornado ao lar depois da separação.

Considerando tais fatos, não há como afastar o arrazoado de que a recorrente vivia às expensas do provento auferido por seu ex-cônjuge no momento do óbito, ainda que recebesse 15% (quinze por cento) a título de pensão alimentícia, pois estava impossibilitada de exercer atividade remunerada, não possuindo outra fonte de renda.

Assim - diversamente do suso referido precedente -, vislumbra-se que a relação de dependência econômica da autora em relação ao finado Irineu Buch ultrapassava o *quantum* recebido a título de alimentos.

E se ao analisar o quadro fático, constatando que ele extrapola ou não se assemelha às questões já decididas pelos julgados dos Tribunais pátrios, ao magistrado é possível lançar mão da teoria do *distinguishing*, assim pontificada por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

[...] Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

Notando, pois, o magistrado que há *distinção* (*distinguishing*) entre o caso *sub judice* e aquele que ensejou o precedente, pode seguir um desses caminhos: **(I)** dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que peculiaridades no caso concreto impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*), caso em que julgará o processo livremente, sem vinculação ao precedente; **(II)** ou estender ao caso a mesma solução conferida aos casos anteriores, por entender que, a despeito das peculiaridades concretas, aquela tese jurídica lhe é aplicável (*ampliative distinguishing*).

Percebe-se, com isso, certa maleabilidade na aplicação dos precedentes judiciais, cuja *ratio decidendi* (tese jurídica) poderá, ou não, ser aplicada a um caso posterior, a depender de traços peculiares que o aproximem ou afastem dos casos anteriores. Isso é um dado muito relevante, sobretudo para desmistificar a ideia segundo a qual, diante de um determinado precedente, o juiz se torna um autômato, sem qualquer outra opção senão a de aplicar ao caso concreto a solução dada por um outro órgão jurisdicional.

Não é bem assim. Assim como o juiz precisa interpretar a lei para verificar se os fatos concretos se conformam à sua hipótese normativa, cumpre-lhe também interpretar o precedente para verificar a adequação da situação concreta à sua *ratio decidendi*. (*Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente,*

coisa julgada e antecipação da tutela. 6ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 2. p. 402/404).

Portanto - a despeito da pluralidade de julgados que tratam acerca da pensão por morte devida à ex-esposa -, a questão ora apresentada é extremamente singular e, analisá-la conforme a literalidade da lei, importaria em cominar uma isonomia primitiva, há muito ultrapassada, de tratar os desiguais de forma semelhante.

Além disso, o art. 76, § 2º, da Lei nº 8.212/91 - que dispõe sobre a organização da Seguridade Social -, determina que *“o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato que recebia pensão de alimentos concorrerá em igualdade de condições com os dependentes referidos no inciso I do art. 16 desta Lei”*.

Ou seja, a norma contempla todos os dependentes em igualdade de condições, quando discorre acerca do benefício *post mortem*.

Ademais, inexistem notícias de cônjuge ou companheira atual que possa, também, reclamar o pagamento da pensão por morte, e comprometer o prognóstico atuarial da autarquia previdenciária municipal.

Então o pedido merece ser provido, para que o IPMM-Instituto de Previdência do Município de Mafra revise o valor relativo à pensão por morte recebido por Maria José Buch, recalculando-o, considerando a integralidade dos vencimentos do segurado falecido, sem que isso represente ofensa aos arts. 926 e 927 do NCPC.

Quanto aos consectários legais, por ocasião do julgamento em Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 870947/SE (Tema 810), o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da aplicação da TR-Taxa Referencial como índice de atualização monetária, admitindo, no entanto, a validade do cômputo dos indexadores aplicáveis à poupança em relação aos juros moratórios:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; *nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.* 2. *O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.* [...] 5. Recurso extraordinário parcialmente provido. (RE 870947, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017 e publicado em 20/11/2017).

Consequentemente, incidem os juros aplicáveis à poupança a contar da citação (12/07/2011 - fl. 17).

E no tocante à correção monetária, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.495.146/MG (Tema 905), deliberou especificamente que:

[...] 3.2. Condenações judiciais de natureza previdenciária

As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo remuneração oficial da caderneta de poupança (o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 com redação dada pela Lei 11.960/2009).

Já relativamente à fixação da verba sucumbencial, diante da reforma da sentença é imprescindível sua inversão, com a condenação do IPMM-Instituto de Previdência do Município de Mafra ao pagamento dos honorários, que a rigor do art. 85, § 3º, inc. I, da Lei nº 13.105/15, vão fixados em 15% (quinze por cento) sobre as parcelas vencidas até a data da publicação da sentença (Enunciado nº 111 da Súmula do STJ), isento quanto ao pagamento das custas processuais (art. 35, 'h', da Lei Complementar nº 156/97, com redação dada pela Lei Complementar nº 524/2010).

De outro vértice, anoto que este órgão julgador vinha arbitrando honorários recursais também para os casos de procedência total ou parcial do recurso.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido de maneira invariável pela aplicabilidade literal do art. 85, § 11, do NCPC, consignando que *“é devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18/03/2016, quando entrou em vigor o*



*novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso” (STJ, AgInt nos EREsp nº 1.539.725/DF, Rel. Min. Antônio Carlos Pereira, j. 09/08/2017 - grifei).*

Assim, em respeito ao primado da segurança jurídica e uniformidade das decisões judiciais (art. 926 e 927 do NCPC), deixo de aplicar a referida verba sucumbencial recursal.

Dessarte, conheço do recurso, dando-lhe provimento, condenando o IPMM-Instituto de Previdência do Município de Mafra a revisar a pensão por morte recebida por Maria José Buch, recalculando a verba, para isto considerando o valor total dos vencimentos de Irineu Buch - instituidor da pensão -, incidindo correção monetária calculada pelo IPCA-E sobre as parcelas pretéritas desde a época em que eram devidas, além de juros moratórios a contar da citação (12/07/2011 - fl. 17), pelos índices oficiais da poupança.

Via de consequência, vai o IPMM-Instituto de Previdência do Município de Mafra condenado ao pagamento dos honorários sucumbenciais, fixados em 15% (quinze por cento) sobre as parcelas vencidas até a data da publicação da sentença (Enunciado nº 111 da Súmula do STJ), isento do pagamento das custas (art. 35, `h´, da Lei Complementar nº 156/97, com redação dada pela Lei Complementar nº 524/2010).

É como penso. É como voto.

**Apelação Cível n. 0301096-15.2016.8.24.0020, de Criciúma**

Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ISS-IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. CESSÃO DO USO DE SISTEMA OPERACIONAL E ATIVIDADES REFLEXAS PARA TREINAMENTO, MANUTENÇÃO E ASSESSORIA. RECOLHIMENTO DO TRIBUTO NO MUNICÍPIO TOMADOR DO SERVIÇO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

APELO DA EMPRESA ESPECIALISTA EM *SOFTWARE*.

ALEGADA INCOMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ATIVA DO MUNICÍPIO ONDE ESTÁ LOCALIZADA A MATRIZ DA PRESTADORA. TESE IMPROFÍCUA.

ATIVIDADE NÃO PREVISTA DENTRE AS HIPÓTESES TAXATIVAMENTE ELENCADAS NO ART. 3º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/03. ENQUADRAMENTO DO CASO À REGRA GERAL DA ALUDIDA NORMA.

LEGITIMIDADE ATIVA DA COMUNA ONDE ESTÁ SITUADA A SEDE DO ESTABELECIMENTO. DESLOCAMENTO DE RECURSOS QUE NÃO JUSTIFICA A SUJEIÇÃO ATIVA DOS MUNICÍPIOS TOMADORES DOS SERVIÇOS.

*“O simples deslocamento de recursos humanos (mão de obra) e materiais (equipamentos) para a prestação de serviços não impõe sujeição ativa à municipalidade de destino para a cobrança do tributo”* (STJ, AgRg no REsp nº 1498822/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02/06/2015, p. 05/08/2015).

EXISTÊNCIA DE FILIAIS QUE NÃO LEGITIMA O

RECOLHIMENTO EM LOCALIDADES DIVERSAS. PARÂMETROS QUE EVIDENCIAM A EFETIVAÇÃO DO FATO GERADOR NA MATRIZ DA SOCIEDADE COMERCIAL.

CARÊNCIA DE PROVA ACERCA DA CAPACIDADE DAS SUCURSAIS EM EFETIVAR A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS SOBRE OS QUAIS O TRIBUTO É LANÇADO.

*“I - A municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS, após a entrada em vigor da Lei Complementar nº 116/03, é a do local do estabelecimento prestador dos serviços onde são aperfeiçoados, assim considerada a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional capaz de realizar o serviço, de modo permanente ou temporário, sendo irrelevantes, para caracterizá-la, as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou similares. II - O imposto somente será devido no domicílio do prestador se no local onde o serviço for executado não houver estabelecimento do prestador capaz de realizar o serviço”* (STJ, AgRg no AREsp nº 270.675/MS, Relª. Minª. Regina Helena Costa, j. 01/03/2016, p. 08/03/2016 - grifei).

VERBASSUCUMBENCIAIS. APELO ARTICULADO SOB A VIGÊNCIA DO NCP. HONORÁRIOS JÁ FIXADOS NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO EM GRAU RECURSAL. ART. 85, §§ 2º, 3º E 11, DA LEI Nº 13.105/15.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301096-15.2016.8.24.0020, da comarca de Criciúma (1ª Vara da Fazenda) em que é apelante Betha Sistemas Ltda. e Apelado Município de Criciúma.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado em 17 de julho de 2018, foi presidido

pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Jorge Luiz de Borba, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Pedro Manoel Abreu e Paulo Henrique Moritz Martins da Silva - que irá declarar voto -, cujo epílogo também é lídimo para as Apelações Cíveis n. 0312125-62.2016.8.24.0020, n. 0309470-20.2016.8.24.0020, n. 0308110-50.2016.8.24.0020, n. 0312203-56.2016.8.24.0020 e n. 0309468-50.2016.8.24.0020, bem como para as Apelações Cíveis n. 0301436-22.2017.8.24.0020, n. 0302365-55.2017.8.24.0020, n. 0302434-87.2017.8.24.0020, n. 0310673-17.2016.8.24.0020 e n. 0310703-52.2016.8.24.0020, que tiveram as sentenças desconstituídas. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Plínio César Moreira.

Florianópolis, 18 de julho de 2018.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER  
Relator

## RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por *Betha Sistemas Ltda*, contra sentença prolatada pela magistrada Eliza Maria Strapazzon, Juíza de Direito titular da 1ª Vara da Fazenda da comarca de Criciúma, que julgou improcedente a ação *Declaratória n. 0301096-15.2016.8.24.0020* ajuizada contra o Município de Criciúma, reconhecendo a competência da comuna requerida para instituir e arrecadar o ISS-Imposto Sobre Serviço relativo às atividades de desenvolvimento e cessão do uso de *softwares* e, por consequência, a ausência de ilegalidade na permissão para emissão de notas fiscais apenas na modalidade *'tributação no município'* (fls. 168/178).

Malcontente, Betha Sistemas Ltda sustenta, em síntese, a impossibilidade do município utilizar-se de meio coercitivo para cobrança do imposto - referindo-se ao impedimento para expedição de documentos fiscais na modalidade *`tributação fora do município`* -, defendendo a incompetência tributária da municipalidade para arrecadação do ISS sobre os serviços de locação de programas de computação, defendendo que a partir da vigência da Lei Complementar nº 116/03, o imposto deve ser recolhido no município tomador dos serviços, termos em que brada pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 184/200).

Indeferido o pedido para concessão do efeito suspensivo ao apelo interposto (fls. 281/286), sobrevieram as contrarrazões, onde o Município de Criciúma refutou uma a uma as teses manejadas, clamando pela manutenção da sentença (fls. 405/412).

Ascendendo a esta Corte, vieram-me os autos conclusos (fl. 418).

Em manifestação do Procurador de Justiça Basílio Elias De Caro, o Ministério Público apontou ser desnecessária sua intervenção, deixando de lavrar Parecer (fls. 422/423).

Na Sessão nº 2.236, de 12/06/2018, votei no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, quando então o magnânimo Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva solicitou vista dos autos, vindo, posteriormente, a acompanhar a cognição por mim inicialmente apontada.

É, no essencial, o relatório.

## VOTO

Por vislumbrar a tempestividade e o adequado recolhimento do preparo (fls. 201/202), nos termos dos arts. 1.012 e 1.013 da Lei nº

13.105/15, recebo o apelo no efeito devolutivo.

Betha Sistemas Ltda. pretende ver reconhecido o direito à emissão de notas fiscais com a denominação *`tributação fora do município`*, para recolhimento do ISS-Imposto Sobre Serviços nas diversas municipalidades com as quais realiza negócios.

Pois bem.

O *affaire* tem como mote de fundo, a discussão sobre a competência para arrecadar o ISS incidente sobre as atividades prestadas pela empresa de tecnologia, consistentes, majoritariamente, no fornecimento de licenças para uso de *softwares*.

Tal modalidade enquadra-se no Item nº 1.05 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03 - *“licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação”* -, além dos Itens nº 1.06 e 1.07 quanto às atividades derivadas e necessárias ao assessoramento dos usuários dos produtos e manutenção dos utilitários cedidos.

Tais serviços não integram o rol de exceções previsto no art. 3º da Lei Complementar nº 116/03, incidindo sobre a relação tributária em tela, portanto, a regra geral de que *“o serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador”*.

Em complemento à diretriz básica, do art. 4º da LC nº 116/03 colhe-se que:

[...] considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Assim, *“com a superveniência da Lei Complementar nº*

*116/2003, nos termos dos seus arts. 3º, caput, e 4º, o tributo passou a ser devido ao Município em que prestado o serviço, desde que ali haja um estabelecimento do contribuinte que configure uma unidade econômica ou profissional, sendo irrelevante a denominação de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório ou contato” (STJ, AgInt no AREsp nº 1074607/SP, Rel. Mina. Assusete Magalhães, j. 03/10/2017, p. 13/10/2017).*

No caso em liça, Betha Sistemas Ltda. arrazoa prestar seus serviços à diversos municípios brasileiros, tendo comprovado possuir filiais espalhadas pelos Estados de Santa Catarina (Rio do Sul, Chapecó, Palhoça e Criciúma), Rio Grande do Sul (Caxias do Sul) e Minas Gerais (Uberlândia).

Com efeito, quanto às comunas tomadoras dos serviços que não possuem unidade mãe da empresa de tecnologia apelante, dúvida não há de sua incompetência para cobrança do tributo, que deve ser recolhido na sede da empresa, local onde presumivelmente são desenvolvidos os programas de computação disponibilizados para locação, e efetivados os trâmites para a cessão de uso dos respectivos aplicativos.

O fato da empresa especialista em *software* deslocar funcionários para instalação e eventual manutenção dos produtos - ou, ainda, treinamento dos usuários -, não é suficiente para garantir ao município tomador a cobrança do ISS, porquanto o objeto principal dos contratos de prestação de serviços - conforme constatação por amostragem, através da análise dos instrumentos contratuais apresentados (fls. 100/116) -, é a locação de *software* desenvolvido por Betha Sistemas Ltda.

De destacar que *“o simples deslocamento de recursos humanos (mão de obra) e materiais (equipamentos) para a prestação de serviços não impõe sujeição ativa à municipalidade de destino para a cobrança do tributo”* (STJ, AgRg no REsp nº 1498822/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 02/06/2015, p. 05/08/2015).

De outro vértice, o mesmo raciocínio deve ser aplicado no tocante aos municípios onde a Betha Sistemas Ltda. possua filiais e venha a realizar negócios da mesma natureza.

Isto porque a prestação do serviço - que é essencialmente o desenvolvimento de produto e sua disposição para locação -, é efetivado na matriz da empresa de tecnologia, e, não, nas filiais, as quais ao que tudo indica, quando muito, servem única e tão somente como escritórios de venda e apoio para atividades intermediárias e reflexas à principal.

Essa conclusão inicia com a análise - no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, registrado na *Receita Federal* -, da descrição da atividade econômica das filiais, onde consta apenas “*consultoria em tecnologia da informação*” (fls. 334, 338, 342, 346, 350 e 354), serviço distinto daqueles constantes nos contratos apresentados, que constituem o fato gerador do ISS.

O cadastro da matriz, a seu turno, tem discriminadas as atividades de “*desenvolvimento e licenciamento de programas de computador customizáveis e não-customizáveis; consultoria em tecnologia da informação; suporte técnico, manutenção e outros serviços em tecnologia da informação; atividades de consultoria em gestão empresarial, exceto consultoria técnica específica; seleção e agenciamento de mão-de-obra; locação de mão-de-obra temporária; fornecimento e gestão de recursos humanos para terceiros; administração de caixas escolares; e treinamento em informática*”.

Não bastasse isso, das cópias dos contratos (fls. 100/106 e 109/114), é possível aferir que a prestação de serviços acontece de forma predominante no Município de Criciúma, constando dos ajustes - dentre outras informações -, que “*o treinamento poderá ocorrer na sede da entidade ou via web*” (fl. 113), especialmente que “*o atendimento [do suporte técnico] poderá ser realizado por meio digital, internet através de serviços de suporte remoto, ou no ambiente da Contratada*” (fls. 104



e 113).

Não há qualquer indício de que o serviço primário - consistente no desenvolvimento de programas de computação e sua locação, ou os secundários, implantação dos sistemas, treinamento e suporte aos usuários -, é efetivado a partir das filiais.

Em escorço, a elaboração e aprimoramento de *softwares* e sua respectiva cessão para uso - que caracterizam a atividade principal -, são efetivados na sede da Betha Sistemas Ltda., restando aos estabelecimentos tomadores, apenas o uso dessa atividade prestada, sendo incontroversa, assim, a competência tributária ativa do Município de Criciúma.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. ISSQN. MUNICÍPIO COMPETENTE PARA O RECOLHIMENTO. LOCAL DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR EM QUE HAJA UNIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL CAPAZ DE REALIZAR O SERVIÇO. I - A municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS, após a entrada em vigor da Lei Complementar n. 116/03, é a do local do estabelecimento prestador dos serviços *onde são aperfeiçoados*, assim considerada a localidade em que há *uma unidade econômica ou profissional capaz de realizar o serviço, de modo permanente ou temporário*, sendo irrelevantes, para caracterizá-la, as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou similares. II - O imposto somente será devido no domicílio do prestador se no local onde o serviço for executado não houver estabelecimento do prestador *capaz de realizar o serviço* (STJ, AgRg no AREsp nº 270.675/MS, Rel. Mina. Regina Helena Costa, j. 01/03/2016, p. 08/03/2016 - grifei).

Nessa linha:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO

03/STJ. ISSQN. MUNICÍPIO COMPETENTE PARA O RECOLHIMENTO. LOCAL DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR EM QUE HAJA UNIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL CAPAZ DE REALIZAR O SERVIÇO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. (STJ, AgInt no AREsp nº 948.844/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 25/10/2016, p. 07/11/2016).

Na mesma toada é a conclusão do Parecer enunciado em caso análogo, pelo advogado e professor Omar Augusto Leite Melo:

[...] A consulente é prestadora de serviços de informática, mais especificamente de licenciamento e cessão de *softwares*, com sede na cidade de Bauru/SP, onde são projetados, desenvolvidos e atualizados seus programas.

*Muito embora a consulente possua escritórios em outros municípios, inclusive onde os serviços são tomados pelos seus clientes, tais estabelecimentos não possuem uma unidade econômica ou profissional suficientes e necessárias para a conclusão dos serviços, servindo tão somente como um escritório de apoio ou comercial.*

Vários são os precedentes do Superior Tribunal de Justiça em favor deste entendimento, no sentido de que o ISS é devido na sede do prestador de serviço, quando o serviço é ali desenvolvido e perfectibilizado, ainda que haja outros escritórios ou unidades, ou, até mesmo, filiais formalmente constituídas. (Local de Ocorrência do ISS nos Serviços de Licenciamento, Cessão e Desenvolvimento de *Software*, in Revista Dialética de Direito Tributário, nº 227, ago/2014, p.189).

Por derradeiro, avulto que o *REsp nº 1.367.312/SC*, de relatoria do Ministro Og Fernandes, teve seguimento negado através de decisão monocrática publicada em 21/05/2014, não havendo qualquer entendimento consolidado a partir deste precedente.

Em arremate, considerando que na origem a togada singular arbitrou em grau máximo os honorários sucumbenciais, deixo de fixar a verba honorária recursal (art. 85, § 11, do NCPC).

Dessarte, conheço do recurso. Contudo, nego-lhe provimento.

É como penso. É como voto.

**Apelação Cível n. 0001964-45.2009.8.24.0074, de Trombudo Central**

Relator: Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTAMINAÇÃO DA ÁGUA POR DEJETOS SUÍNOS. MANANCIAL DE CAPTAÇÃO PARA ABASTECIMENTO DE TROMBUDO CENTRAL. CASAN QUE BUSCA A RESPONSABILIZAÇÃO DO SUINOCULTOR POR DANOS MATERIAIS, LUCROS CESSANTES E DANO MORAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA AUTORA. ESCOAMENTO DE EXCREMENTOS ATRAVÉS DE UMA FISSURA NO ENCANAMENTO DE PROPRIEDADE DO RÉU. FOTOGRAFIAS DO LOCAL QUE DEMONSTRAM QUE O VAZAMENTO DE FATO OCORREU SEM, CONTUDO, ATINGIR O RIACHO. TESTEMUNHAS QUE EM SUA MAIORIA CORROBORAM AS IMAGENS. NEXO DE CAUSALIDADE NÃO EVIDENCIADO.

OCIOSIDADE DA DISCUSSÃO ACERCA DO TAMANHO DA FISSURA DO CANO, BEM COMO DA ALTERAÇÃO DAS PROPRIEDADES FÍSICO-QUÍMICAS DA ÁGUA E DA INEXISTÊNCIA DE TESTE MICROBIOLÓGICO.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DO RÉU. HIPÓTESES DO ART. 80 DO CPC/2015 NÃO VERIFICADAS. SANÇÃO DESCABIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ESTIPULADOS POR EQUIDADE EM R\$ 5.000,00 (ART. 20, CPC/1973), ANTE O BAIXO VALOR DA CAUSA. MINORAÇÃO INDEVIDA. VALOR ADEQUADO ÀS PECULIARIDADES DA CAUSA. NÃO FIXAÇÃO DA VERBA RECURSAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 7, DO STJ.

RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0001964-45.2009.8.24.0074, da comarca de Trombudo Central 1ª Vara em que é Apelante Companhia Catarinense de Águas e Saneamento CASAN e Apelado Leopoldo Alberto Zimmerman:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, desprover o recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Luiz Fernando Boller e Jorge Luiz de Borba (Presidente).

Florianópolis, 5 de junho de 2018.

Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva  
Relator

## RELATÓRIO

Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan – propôs “ação ordinária de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais e morais” em face de Leopoldo Alberto Zimmermann.

Alegou que o manancial de captação de água de Trombudo Central foi atingido por um vazamento de dejetos suínos oriundos da granja do requerido, o que provocou a interrupção do fornecimento de água na região para desinfecção da estação atingida. Foram descartados 250.000 litros de água.

Postulou a condenação do réu: 1) ao ressarcimento dos custos decorrentes dos procedimentos de desinfecção e limpeza; 2) ao

pagamento dos lucros cessantes por conta do volume de água que deixou de fornecer aos consumidores e 3) ao pagamento de dano moral, em decorrência do abalo ocasionado à sua imagem e confiança.

Em contestação, o réu sustentou que: 1) houve apenas uma fissura na mangueira utilizada para o transporte de dejetos ocasionando um pequeno vazamento, o qual não teve potencial de atingir o manancial de água; 2) em volta do rio utilizado para captação da água circulam algumas cabeças de gado, as quais poderiam ser responsáveis pela contaminação e 3) o autor não juntou provas que comprovassem o vazamento, nem mesmo demonstrou a contaminação da água por meio de testes físico-químicos (f. 28/33).

Foi proferida sentença de parcial procedência (f. 61/66).

O réu interpôs apelação (f. 69/76).

Esta Câmara, em acórdão de relatoria do e. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, decidiu decretar a nulidade do processo a partir da sentença, inclusive, e determinar o retorno dos autos à origem para reabrir a fase de instrução (f. 101/107).

A audiência de instrução e julgamento foi realizada (f. 177) e apresentadas as alegações finais (244/266 e 268/302).

Foi proferida sentença de improcedência (f. 360/363).

A autora, em apelação, sustenta que as alegações finais e os documentos que acompanham devem ser mantidos nos autos, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas.

No mérito, argumenta que: 1) a rachadura no encanamento não é uma simples fissura e os dejetos que vazaram, pela consistência líquida, atingiram facilmente o solo, permearam o relevo e chegaram ao rio; 2) o fato de algumas cabeças de gado circularem perto das águas captadas não gerariam tamanha contaminação, pois os excrementos bovinos se

transformam em um composto orgânico que é assimilado pelo solo, o que não ocorre com os dejetos suínos; 3) os depoimentos corroboram a existência de dano, culpa e nexo de causalidade; 4) a situação se transformou em fato público e notório, pois a água ficou com odor muito forte e 5) a ausência de micro-organismos na água não significa que ela não possua odor, pois são coisas distintas.

Requer a condenação do réu nas penas da litigância de má-fé, por alterar a verdade dos fatos, uma vez que ele ateou fogo no rastro criado pelos dejetos com o intuito de apagar as evidências.

Pede a redução dos honorários sucumbenciais e que o apelo seja provido, tomando-se seus atos como presumidamente legítimos e verdadeiros, por ser concessionária de serviços públicos (f. 366/389).

Com as contrarrazões (f. 394/409), os autos ascenderam, entendendo a d. Procuradoria-Geral de Justiça ausente o interesse ministerial (f. 415/416).

## VOTO

### 1. Nexo de causalidade

A Casan argumenta que um vazamento de dejetos suínos na propriedade do réu ocasionou a contaminação do riacho utilizado para captação e distribuição de água no município de Trombudo Central.

O réu afirma que de fato ocorreu um uma fissura no encanamento que faz o transporte dos dejetos em sua propriedade, mas esse vazamento não chegou a atingir o manancial.

A controvérsia cinge-se, portanto, sobre o nexo de causalidade entre o vazamento de dejetos (conduta) e a contaminação (dano).

A requerente narra na inicial:

No dia 01 de julho de 2009, fora constatado por representante da

empresa, assim como pela comunidade, o despejo de dejetos suínos em manancial próximo a área de captação de água da CASAN no Município, conspurcando assim esse líquido essencial. (f. 2)

As fotos tiradas no dia seguinte revelam o escoamento dos dejetos por uma encosta - entre ela e o riacho há uma estrada de chão batido.

Seria necessário, então, que esses excrementos atravessassem a rua para atingir a água. Vislumbra-se que os dejetos ficaram depositados na lateral da estrada, em uma vala do lado oposto do córrego.

No acórdão de relatoria do e. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, esta Câmara determinou a realização de audiência de instrução e julgamento para averiguar os seguintes pontos:

a) os dejetos oriundos da granja de suínos de propriedade do réu, ora apelante, de fato atingiram o manancial de captação de água?; b) caso os dejetos tenham realmente atingido o manancial, a quantidade lá despejada foi suficiente para contaminar a água e resultar na necessidade de adoção das medidas técnicas descritas pela autora? (f. 105)

Thiago Meurer Cunha, funcionário da Casan, afirmou que viu os excrementos atingirem a água:

Testemunha: De cima dava pra perceber claramente que escorreu por ali e que acabou ficando no barranco e na parte de baixo da estrada.

[...]

Advogado: Se observou se esses dejetos ultrapassavam o leito da rua ou se localizavam apenas na lateral?

Testemunha: Na lateral, porém eles desceram até mais abaixo onde tem um afluente desse ribeirão que levou os dejetos até o ribeirão. (audiovisual 7'44" até 8'40")

No mesmo sentido, foi o depoimento de José Luiz Correa, chefe da agência da Casan em Trombudo Central:

Ele escorria da tubulação, porque lá é um terreno em grotta, escorria da tubulação, vinha barranco abaixo, e corria dentro de uma outra grotta

que tinha que ela deságua no ribeirão que passa ali. (audiovisual 8'04" a 8'16")

Entretanto, os demais depoimentos são em sentido contrário.

Maurício Tholl, funcionário da Celesc, foi quem primeiro identificou o vazamento. Em um primeiro momento chegou a afirmar que os dejetos, em razão da grande quantidade, atingiram o riacho:

Testemunha: Eu via uma lâmina. Eu passando ali eu percebi correndo do barranco abaixo uma lâmina que eu calculo que tenha ali os seus 50, 60 centímetros. [...] Subi o barranco correndo e avistei uma senhora no meio do terreiro, sentada, de cabeça baixa. Eu chamei ela, berrei 2 vezes. Na segunda vez ela me escutou. Aí eu fiz sinal que estava escorrendo. Aí onde foi realmente que eu visualizei e percebi que essa, eu vou dizer tanque porque eu não sei o nome correto, vinha de dentro do rancho grande, não sei se ali era a granja, acredito que sim, vinha uma mangueira, um cano grosso e desse cano caía dentro desse tanque. E o tanque já estava transbordando onde que correu barranco abaixo e foi no córrego né.

**Advogada: Atingiu o rio então?**

**Testemunha: com certeza, com certeza.** (grifou-se) (audiovisual 1'10" a 2'41")

Mas quando apresentadas as imagens do local dos fatos, declarou:

Testemunha: descia do barranco e caía na valeta.

Advogado: quer dizer que não passava para o outro lado da estrada?

Testemunha: Não, eu também, vendo aquilo ali, eu não me ative, eu corri ligeiro chamar alguém. Eu não me preocupei.

[...]

Advogado: **Se viu algum material desse no leito do ribeirão que tem ali. Se viu isso?**

Testemunha: Eu não me preocupei com isso. **Não vi.**



Eu me preocupei em chamar ligeiro o socorro. (grifou-se) (audiovisual 8'24" 9'14")

Rainvaldo König, vizinho do réu, narrou:

Eu soube que tinha um dejetos na água lá do ribeirão, né? O granjeiro que me chamou pra ver, falou disso, né? E me falou pra ver, pra dar uma olhada lá e eu fui até lá, mas que eu vi assim não chegou a correr até no ribeirão, né? Escorreu um pouco no barranco que eu vi lá que rachou um cano que correu até, desceu até no barranco. (audiovisual 0'43" até 1'36")

Márcio Momm, biólogo no frigorífico Aurora, foi o responsável por verificar a ocorrência dos fatos em nome da empresa. Ele afirmou:

Testemunha: Na avaliação que eu tive, como essa área da esterqueiro pro rio ela dava em torno de 50, 60 metros de distância, né? Onde aconteceu o vazamento aconteceu numa área de pastagem, de vegetação. Esse cano tinha 2 polegadas e o rompimento dele não fez que esses dejetos fossem todos lançados pra fora. É fácil imaginar que uma mangueira, se ela tem um rompimento, ela vai sair parte desse dejetos. O restante estava indo para a lagoa de tratamento. O que eu verifiquei foi o seguinte: que 30 ou 40 metros mais ou menos dessa pastagem ele ocasionou em torno de 2 metros de largura, uma faixa onde esse esterco, esse resíduo desceu pela pastagem. Nitidamente dava pra notar que foi um vazamento pequeno, [...]. Foi notado nitidamente que ele atingiu esse perímetro até na estrada e já com uma quantidade já bem menor e da estrada ele correu em torno de uns 15 metros mais ou menos, 15 ou 20 metros, ele correu na estrada do lado de cima, não do lado do córrego, do lado de cima da estrada.

Magistrado: então não atingiu o córrego?

Testemunha: não atingiu o córrego. (audiovisual 2'56" a 6'47")

A Casan não conseguiu demonstrar, tanto pelas fotos, como pelos depoimentos, que os dejetos oriundos da granja de suínos de propriedade do réu de fato atingiram o manancial de captação de água. Os depoimentos são divergentes e o ônus da prova incumbe ao autor

quanto aos fatos constitutivos do seu direito, no caso, quanto ao nexo de causalidade.

*Mutatis mutandis*, já decidiu este Tribunal:

**1.**

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

RECURSOS DE AMBAS AS PARTES.

AÇÃO, DANO, E NEXO CAUSAL INCONTROVERSOS. ELEMENTOS INSUFICIENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. NECESSIDADE DA COMPROVAÇÃO DE CULPA OU DOLO.

ATROPELAMENTO DE PEDESTRE. **DIVERGÊNCIA NOS RELATOS DAS TESTEMUNHAS ENTRE SI.** DEPOIMENTOS QUE MOTIVARAM A SENTENÇA CONDENATÓRIA INCONGRUENTES COM PROVA DOCUMENTAL. INCONSISTÊNCIAS RELATIVAS À EXISTÊNCIA DE LUZ SOLAR, CONDIÇÕES CLIMÁTICAS E OUTROS OBJETOS NOS ARREDORES. CREDIBILIDADE QUESTIONÁVEL.

INEXISTÊNCIA DE PROVA CONCLUSIVA DA DINÂMICA DO ACIDENTE QUE APONTASSE PARA A CULPA DO CONDUTOR. **ÔNUS QUE INCUMBIA À PARTE AUTORA. EXEGESE DO ARTIGO 373, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.**

[...] (grifou-se) (AC n. 0005138-44.2009.8.24.0080, de Xanxerê, rel. Des. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 5-4-2018)

**2.**

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PEDIDOS DE CONDENAÇÃO POR DANOS

MATERIAIS, MORAIS E PENSÃO MENSAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA NO TOCANTE AO RESPONSÁVEL PELO INFORTÚNIO. RECURSO DO AUTOR.

1. ATRIBUIÇÃO DE CULPA AO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA DE BOLETIM DE ACIDENTE. **DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS CONTRADITÓRIOS. AUSÊNCIA DE PROVA CONVINCENTE ACERCA DE QUEM, EFETIVAMENTE, INVADIU A PISTA CONTRÁRIA. ÔNUS DA PROVA QUE COMPETIA AO REQUERENTE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.** [...] (grifou-se) (AC n. 2014.089625-3, de Porto União, rel. Des. Raulino Jacó Brüning, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 19-3-2015).

Aliás, Rainvaldo König, morador da região onde ocorreram os fatos, afirmou que existem outros criadores de suínos na localidade, bem próximos ao manancial de água.

Os funcionários da Casan quando questionados se a contaminação poderia ser decorrente dessas outras granjas, afirmaram desconhecê-las e, por isso, não averiguaram.

Nas fotos carregadas pelo réu (f. 44 e 46) é possível constatar a presença de diversas cabeças de gado pastando ao lado riacho, evidenciando a falta de controle e segurança com relação a esse manancial.

Dessa forma, não há elementos que demonstrem o nexo causal, ou seja, que o dano tenha sido originado pelo vazamento de propriedade do réu, o que é imprescindível para caracterizar qualquer espécie de responsabilização civil.

À vista disso, é ociosa qualquer discussão sobre a alteração das propriedades físico-químicas da água, a inexistência de teste microbiológico ou o tamanho da fissura no encanamento.

Nenhuma delas teria o condão de atestar o nexo causal, mas apenas

de dimensionar a responsabilidade, a qual subordina-se à verificação daquele.

Por esse motivo, é desnecessário debater se os documentos juntados em alegações finais devem ou não ser desentranhados dos autos, pois consistem em boletins de análises físico-químicas da água nos anos de 2009 a 2014 (f. 303/308), em resultados analíticos da água de 2012 e 2013 (f. 309/318) e em um artigo científico intitulado “poluição hídrica por dejetos de suínos: um estudo de caso na área rural do Município de Quilombo, Santa Catarina” (f. 319/358). Todos são inaptos, portanto, a alterar o resultado do julgamento.

O fato de a autora ser uma empresa pública não faz com que quaisquer alegações suas sejam dotadas de presunção de legitimidade e veracidade.

Sobre esses atributos do ato administrativo, elucida Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A **presunção de legitimidade** diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.

A **presunção de veracidade** diz respeito aos **fatos**; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública. (grifos no original) (**Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 240/241)

Essas características não têm o condão de inverter o ônus probatório na relação civil. Elas se destinam aos atos administrativos praticados pelos agentes públicos e não a toda e qualquer alegação do poder público.

## 2. Litigância de má-fé

A autora requer a condenação do réu nas penas da litigância de má-fé, por alterar a verdade dos fatos, uma vez que ele ateou fogo no rastro criado pelos dejetos a fim de apagar as evidências.

A doutrina conceitua litigante de má-fé:

É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbis litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 414)

É certo que o Código de Processo Civil impõe às partes o dever de se comportarem com lealdade e boa-fé. É o mínimo que se pode esperar dos litigantes.

Aos que assim não procedem, está prevista penalidade de multa e obrigação de indenizar.

No caso dos autos, entretanto, as sanções não se revelam cabíveis, pois não se constata qualquer das condutas previstas nos arts. 77 e 80 do CPC/2015 que justifiquem a aplicação da penalidade.

A conduta da parte que “alterar a verdade dos fatos” (art. 80, II), para que seja penalizada com multa, deve ser voltada a ludibriar o juiz, escondendo-lhe a verdade.

Por isso, acho que posso dar a seguinte noção resumida de dolo processual: Ele consiste em corromper, com a plena consciência de fazê-lo, os elementos de fato que a relação processual desenvolve, com a finalidade de permitir ao juiz tomar a decisão sobre a controvérsia, ou de emitir o pronunciamento judicial que lhe compete. A ilegalidade do dolo processual é portanto fundada na atitude do mesmo em

transformar a falsidade processual em falsidade jurídica, deformando a livre manifestação de vontade do magistrado.

[...]

O dolo processual pode apresentar-se naquele particular aspecto que é representado pela assim chamada alegação falsa ou mentirosa, mas somente quando, pela maneira como é montada a relação processual, a alegação de uma parte pode ter conseqüências jurídicas, quer dizer, quando pode constituir elemento de convicção do juiz. (COSTA, Stefano. **O Dolo Processual em Matéria Civil e Penal**. 2.<sup>a</sup> ed. rev.: São Paulo: Paulistanajur, 2005, p. 96/97 e 107)

Na espécie, não se revela razoável penalizar o réu, pois o rastro de dejetos não se desfez, tanto que pelas imagens carregadas pela autora é possível verificar ainda resquícios desses excrementos.

A propósito, do STJ:

RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 458 E 535, I E II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PENALIDADES MAL APLICADAS. DIREITOS AUTORAIS. ESTILOS, MÉTODOS OU TÉCNICAS. INEXISTÊNCIA DE PROTEÇÃO. [...]

3. A aplicação de penalidades por litigância de má-fé exige dolo específico, perfeitamente identificável a olhos desarmados, sem o qual se pune indevidamente a parte que se vale de direitos constitucionalmente protegidos (ação e defesa). [...] (REsp n. 906.269/BA, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 16-10-2007)

Portanto, as sanções não se revelam cabíveis.

### 3. Honorários advocatícios

A sentença foi publicada em cartório na data de 11-2- 2015 (f. 364) e o recurso é de 19-3-2015 (f. 366). Aplicável, portanto, o CPC/1973.

A verba foi arbitrada por equidade em R\$ 5.000,00, ante o irrisório valor da causa (R\$ 1.000,00 – f. 6).

A Casan busca a minoração, pois o valor está além do necessário para remunerar dignamente o advogado. Sugere a quantia de um salário mínimo.

Dispunha o art. 20, §§ 3º e 4º do CPC/1973:

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 equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Quanto aos critérios das alíneas do § 3º:

1) o procurador do réu peticionou em diversas oportunidades, das quais destacam-se: contestação (f. 28/33), apelação (f. 69/76), manifestação quanto aos pontos controvertidos (f. 129) e rol de testemunhas (f. 136). Acompanhou as audiências de instrução e julgamento tanto no juízo de origem (f. 177), quanto no juízo deprecado (f. 204);

2) o escritório de advocacia do causídico está localizado no município de Rio do Sul, vizinho ao de Trombudo Central, onde tramitou

o feito e

3) a matéria é de relativa complexidade. Trata-se de caso que versa sobre contaminação de água, que exige análise fática e técnica. Os advogados precisaram ir em busca de fotos e testemunhas, podendo-se considerar que despenderam tempo razoável com o processo. E o feito durou aproximadamente 5 anos e 6 meses até a data da sentença.

Considerando esses fatores, verifica-se que o valor arbitrado é adequado e exprime as hipóteses do § 3º do art. 20 do CPC/1973.

Por fim, ressalta-se que não são devidos honorários recursais, pois a sentença foi publicada em cartório na data de 11-2- 2015 (f. 364) e, nos termos do 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.

#### 4. Conclusão

Nega-se provimento ao recurso.



**SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO****Apelação Cível n. 0000094-18.2012.8.24.0087, de Lauro Muller**

Relator: Desembargador Francisco Oliveira Neto

RESPONSABILIDADE CIVIL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. LESÃO EM JOELHO DIREITO DURANTE UMA PARTIDA DE FUTEBOL. AUTOR QUE JOGAVA EM CAMPEONATOS PARA O MUNICÍPIO RÉU. CONTRATAÇÃO FEITA DE FORMA VERBAL. COMPROVAÇÃO FEITA ATRAVÉS DE PROVA TESTEMUNHAL. PEDIDO DE DANOS MORAIS JULGADO PROCEDENTE NA ORIGEM. EVIDENTE OFENSA MORAL EM RAZÃO DA FALTA DE ASSISTÊNCIA MÉDICA NO DIA DO INFORTÚNIO E DURANTE O TRATAMENTO DA LESÃO. VALOR INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO EM R\$ 10.000,00 NA ORIGEM. PEDIDO DE REDUÇÃO. VIABILIDADE. MINORAÇÃO PARA R\$ 5.000,00 QUE SE IMPÕE, EM ATENÇÃO AOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

O valor da indenização por danos morais a ser arbitrada deve seguir critérios de razoabilidade e proporcionalidade, mostrando-se efetivo à repressão do ilícito e à reparação do dano, sem, em contrapartida, constituir enriquecimento ilícito.

DANOS MATERIAIS. TRATAMENTO MÉDICO E FISIOTERÁPICO FEITOS DE FORMA PARTICULAR. MUNICÍPIO QUE NÃO POSSUÍA ESSE TIPO DE ATENDIMENTO COMPLEXO NAS UNIDADES DE SAÚDE. PREJUÍZOS COMPROVADOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 944 DO CÓDIGO CIVIL.

O dano material não se presume, exigindo-se, para que

seja passível de reparação, a comprovação do efetivo prejuízo experimentado, uma vez que “a indenização medese pela extensão do dano” (art. 944 do CC).

SENTENÇA REFORMADA, APENAS PARA REDUZIR O VALOR ARBITRADO PARA OS DANOS MORAIS. RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DO RÉU CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000094-18.2012.8.24.0087, da comarca de Lauro Muller Vara Única em que é Apte/RdoAd Tiago Mazzuco Benedet e Apdo/RteAd Município de Lauro Muller.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso do autor e negar-lhe provimento; conhecer do recurso do réu e dar-lhe parcial provimento. Custas de lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargador Francisco Oliveira Neto, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz e Desembargador João Henrique Blasi.

Florianópolis, 31 de julho de 2018.

Desembargador Francisco Oliveira Neto  
Relator

## RELATÓRIO

Thiago Mazzuco Benedet ajuizou “ação de ressarcimento de danos materiais e danos morais c/c perdas e danos” contra o Município de Lauro Muller, sustentando, em síntese, que é jogador de futebol de campo do time do Conselho Municipal de Esportes – CME do

Município réu, e que, em junho de 2010, quando jogava com a equipe na cidade de Araranguá, sofreu uma queda durante o jogo, a qual ocasionou uma lesão em seu joelho esquerdo. Aduziu que, em razão do acidente, ficou afastado do trabalho até o dia 30.6.11, recebendo benefício do INSS, e teve gastos com tratamento de fisioterapia, sendo que não teve nenhum tipo de assistência do réu. Aduziu que teve que se submeter a uma cirurgia em fevereiro de 2011 e desembolsou todos os gastos com honorários médicos, anestesia, medicamentos e exames, porém não foi bem sucedida, razão pela qual sofreu mais uma cirurgia em 5.8.11 para a retirada de síntese do joelho.

Dessa forma, pleiteou a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 9.779,36, além de danos morais, custas processuais e honorários advocatícios (fls. 2/5).

À fl. 55, foi deferido o benefício da justiça gratuita em favor do autor. Citado, o réu apresentou contestação (fls. 60/73), arguindo, preliminarmente, a inépcia da petição inicial, bem como sua ilegitimidade passiva. Quanto ao mérito, sustentou que o autor não comprovou ser integrante do CME, tampouco qual o vínculo que ele possui em relação ao Município. Aduziu a inexistência dos requisitos para a caracterização da sua responsabilidade civil, e pleiteou a incidência da causa excludente de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima. Impugnou o pedido de danos materiais e de danos morais e, ao final, pleiteou a improcedência dos pedidos iniciais.

Houve réplica (fls. 78/80).

Designada audiência de instrução e julgamento, foi colhido o depoimento pessoal do autor e de duas testemunhas, gravados em meio audiovisual (fls. 94/98).

As partes apresentaram as alegações finais (fls. 103/105 e fls. 115/117).

Conclusos os autos, a MM<sup>a</sup>. Juíza de Direito a quo julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar o réu ao pagamento do valor de R\$ 10.000,00 a título de danos morais, corrigido monetariamente desde a data da sentença pelo INPC, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir do acidente, bem como danos materiais no valor de R\$ 6.943,00, acrescido de correção monetária pelo INPC desde o desembolso, e mais juros de mora a contar do evento danoso. Condenou-o, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação, isentando-o do pagamento das custas processuais (fls. 119/121 v).

Irresignado, o autor interpôs apelação (fls. 124/129), oportunidade em que pleiteou a reforma da sentença para que o réu seja condenado ao pagamento dos danos materiais no valor integral, isto é, de R\$ 9.779,36, bem como para que seja majorado o valor arbitrado a título de danos morais.

O réu apresentou as contrarrazões (fls. 134/141) e, na mesma oportunidade, ofertou recurso na forma adesiva (fls. 142/150), ratificando as teses de defesa apresentadas na contestação.

Acrescentou que o autor não deixou claro a razão do seu abalo psicológico, tampouco comprovou que tenha sofrido algum tipo de lesão no universo dos direitos personalíssimos. Requereu, assim, a reforma da sentença, para que seja reconhecida a improcedência dos pedidos iniciais.

Com as contrarrazões do autor (fls. 154/161), os autos ascenderam a esta Corte.

## VOTO

1. O recurso do réu, antecipe-se, deve ser parcialmente provido, e do autor, desprovido.

2. A responsabilidade a que está sujeito o Município réu, pessoa jurídica de Direito Público, em regra geral, é aquela prevista no art. 37, § 6º, da CF, ou seja, de caráter objetivo, 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”.

Sobre o dispositivo em comento, pertinente é o ensinamento de 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).

No entanto, quando a ocorrência do dano se dá em decorrência de omissão do ente público, deve ser aplicada, em regra, a responsabilidade subjetiva.

Neste sentido é o entendimento deste Tribunal:

“Em relação aos atos omissivos, a responsabilidade é subjetiva; ‘assim é porque, para se configurar a responsabilidade pelos danos causados, há de se verificar (na hipótese de omissão) se era de se esperar a atuação do Estado. Em outro falar: se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço’ (Lúcia Valle Figueiredo; Celso Antônio Bandeira de Mello, Álvaro Lazari, Maria Sylvia Zanella Di Pietro; RE n. 204.037, Min. Carlos Velloso; REsp n. 721.439, Min. Eliana Calmon)” (AC n. 2010.012371-8, rel. Des. Newton Trisotto, j. 11.3.11 – grifou-se).

Vale lembrar, todavia, que nem sempre será assim. No caso da conduta estatal ser omissiva, será preciso distinguir se a questão versa sobre omissão genérica ou específica. Tratando-se de conduta omissiva

genérica, “o Poder Público não pode ser responsabilizado com fundamento na teoria da responsabilidade objetiva, pois os danos decorrentes de sua inação refogem à égide do controle público. [...] De outro lado, havendo um omissão específica, o Estado deve responder objetivamente pelos danos dela advindos. Logo, se o prejuízo é consequência direta da inércia da Administração frente a um dever individualizado de agir e, por conseguinte, de impedir a consecução de um resultado a que, de forma concreta, deveria evitar, aplica-se a teoria objetiva, que prescinde da análise da culpa” (TJSC, AC n. 2009.046487-8, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 15.9.09).

Na espécie, verifica-se que, segundo os relatos da petição inicial, a conduta omissiva do Município teria constituído diretamente o fato gerador da responsabilidade civil do ente público, na medida em que se omitiu acerca da necessidade de prestar-lhe atendimento em razão da lesão sofrida enquanto jogava em um time de futebol de campo representando o próprio ente público, devendo, portanto, ser aplicada, por consequência, a responsabilidade civil objetiva.

Nessa direção, a responsabilidade civil do réu, in casu, por ser objetiva, está condicionada à prova da relação de causalidade entre o dano e a sua omissão, sendo que este só poderá se desonerar da responsabilidade quando produzir prova nos autos acerca da ocorrência de culpa exclusiva da vítima ou de fato de terceiro ou, ainda, de caso fortuito ou de força maior, ônus do qual não se incumbiu, conforme o art. 333, II, do CPC/73 (aplicável ao caso por força da regra de direito intertemporal).

No caso dos autos, observa-se que, de fato, o autor sofreu uma lesão no joelho esquerdo enquanto durante uma partida de futebol de campo em uma competição na cidade de Armazém.

De acordo com a prova testemunhal, o autor e outros adolescentes eram convidados para jogar pelo time organizado pelo Conselho Municipal

de Esportes – CME e representar o Município réu em competições de esporte, sem entretanto, receber algum tipo de ajuda financeira além de alimentação.

Extrai-se do depoimento de Carlos Adilson Elias Mouro à fl. 96

“[...] que jogava com Thiago; que em 2010 também jogava futsal pela CME de Lauro Muller; que o senhor Edmundo reunia uns jovens e escolhia alguns para representarem a CME de Lauro Muller; que não havia nenhum contrato ou qualquer outro documento; que o convite era apenas verbal; que Edmundo inscrevia o time nos campeonatos e iam jogar; que Edmundo era o treinador; [...]; que estava jogando no dia em que Thiago se machucou; que o jogo ocorreu em junho de 2010 na cidade de Armazém; [...]; que Thiago recebeu a bola e jogador do outro time veio e bateu no joelho dele; que isso ocorreu numa dividida de bola; que o jogo parou um pouco para Thiago ser atendido; que depois Thiago voltou ms não conseguiu mais jogar; [...]; que não recebiam qualquer ajuda financeira ou bolsa de estudos da Prefeitura para jogar pela CME; [...]” (fl. 96).

No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha Mateus Flor, que também era colega de time do autor e da testemunha Carlos (fl. 97).

Por fim, destaca-se o depoimento que merece maior destaque: o do Sr. Edmundo Volnei Bernardino. Confira-se:

“Que na época dos fatos era o Diretor de Esportes da CME de Lauro Muller; que o depoente juntamente com o treinador senhor Jaci fazia a convocação dos atletas para jogarem pela CME conforme a idade; que trabalhou na CME de 1993 até novembro de 2012, no início como treinador, depois como Diretor de Esportes e nos 02 (dois) últimos anos como Presidente da CME; que conforme a competição o depoente e seu Jaci selecionavam os atletas; que a convocação era feita de forma verbal; que nunca foi feito qualquer contrato; que os atletas escolhidos apenas entregavam os documentos para que o depoente fizesse as inscrições nos campeonatos; [...]; que os atletas não recebiam qualquer ajuda financeira ou bolsa de estudos para jogar pela CME nos campeonatos; que apenas recebiam almoço, jantar ou lanche quando

havia deslocamento, dependendo do horário dos jogos; que o campeonato que estavam jogando quando Thiago se machucou era o campeonato da LAC de Criciúma (Liga Amadora Criciumense), sub 18; que quando iam aos jogos se deslocavam aos locais os jogadores, o depoente como Diretor de Esportes, o treinador, que no caso era o senhor Jaci, e algumas vezes também o Presidente da CME e um massagista voluntário, além do motorista; [...]; que não havia médico acompanhando a equipe; que Thiago jogava como pivô (atacante) e o jogador do outro time fez uma dividida de bola de forma violenta e bateu na perna de Thiago; [...]; que o depoente e Jaci prestaram atendimento a Thiago, pois levavam gelo e gelol e Thiago tentou voltar para o jogo mas não conseguiu porque ficava mandando da perna esquerda; que Thiago, uma vez por sua mãe por telefone e outras vezes por seu tio Nazareno, procurou o depoente pois Thiago estava com o joelho muito inchado e precisaria fazer uma cirurgia, mas o depoente disse que a CME não tinha receita e os encaminhou para a Secretaria da Educação, órgão a que faz parte a CME; que pelo que tem conhecimento a Secretaria da Educação os encaminhou para a Secretaria da Saúde; [...]; que pelo que soube Thiago foi encaminhado para o Dr. Bóris, mas parece que não poderia ser operado pelo SUS ou iria demorar muito, não se recordando ao certo, sendo que depois soube que Thiago foi operado em Criciúma; [...]" (fls. 98/98 v).

Nota-se, portanto, que é evidente o vínculo que existia entre o autor e o Município réu.

Ademais, há também prova da omissão do Município em relação ao tratamento da lesão que acometeu o autor enquanto estava jogando para o próprio ente público, na medida em que o médico do Município ao qual foi encaminhado atestou que o próprio ente público não possuía “complexidade para este tipo de porte cirúrgico” (fl. 19), o que fez com que o autor procurasse atendimento e tratamentos particulares.

Dessa forma, estão comprovadas a conduta ilícita do Município, consubstanciada na omissão em relação ao tratamento de um atleta que o representava em um campeonato esportivo.

3. Em relação ao dano moral, desmerece guarida a pretensão do



recorrente, uma vez que é inegável que o autor sofreu ofensa moral, na medida em que o Município não tinha pessoa qualificada para atendê-lo no momento do acidente, além de não lhe ter prestado assistência durante o tratamento da lesão sofrida.

É importante lembrar que o autor competia pelo Município, de forma espontânea, sem qualquer contraprestação pecuniária além do fornecimento de lanches. Dessa forma, o mínimo que se esperava do ente público era o amparo médico em razão de uma lesão grave sofrida durante um dos jogos, o que não ocorreu.

Quanto ao valor do dano, destaque-se que deve seguir critérios de razoabilidade e proporcionalidade, além de mostrar-se efetivo à repressão do ilícito e à reparação do dano, sem, em contrapartida, constituir enriquecimento indevido.

Sobre o assunto, leciona Sérgio Cavalieri Filho:

“Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes” (in Programa de Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116).

Consideradas, então, as variáveis em tela, impõe-se a redução do quantum indenizatório fixado na origem para R\$ 5.000,00, quantia que se mostra apta a compor o gravame sofrido pelo demandante, revestindo-se plenamente do sentido compensatório e punitivo que se exige na espécie, e por outro lado, não tem o condão de onerar o ente público excessivamente.

4. Em relação aos danos materiais, saliente-se que o pedido foi baseado nos gastos que o autor teve em razão do tratamento e recuperação da lesão de forma particular.

As provas acostadas demonstram que, de fato, o autor custeou tratamento médico, cirúrgico e fisioterápico com seus próprios recursos, sobre tudo porque o Município não dispunha de local para tratá-lo (fl. 19). Dessa forma, o ente público deve ressarcir tudo o que o demandante desembolsou em razão da lesão.

Saliente-se, no entanto, que o dano material não se presume, exigindo-se, para que seja passível de reparação, a comprovação do efetivo prejuízo experimentado, uma vez que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (art. 944 do CC).

Desse modo, o autor apenas poderá ser indenizado em razão dos valores gastos com o tratamento da lesão e que forem documentalmente com provados.

Nesse caso, portanto, a magistrada a quo agiu com acerto ao contabilizar os gastos comprovados através das fls. 24/32 e fl. 34, que totalizam o valor de R\$ 6.943,00.

A sentença, portanto, deve ser mantida incólume nesse ponto.

5. Em relação aos encargos sucumbenciais, apesar de o recurso do ente público merecer acolhimento no ponto em que pleiteou a redução do valor arbitrado para os danos morais, não há o que alterar o que foi fixado na sentença, uma vez que não houve alteração da sucumbência das partes.

6. Ante o exposto, vota-se no sentido de:

- a) conhecer do recurso do autor e negar-lhe provimento;
- b) conhecer do recurso do réu e dar-lhe parcial provimento, para reduzir para R\$ 5.000,00 o valor indenizatório arbitrado a título de danos morais.

## **Apelação Cível n. 0300530-06.2017.8.24.0061, de São Francisco do Sul**

Relator: Desembargador João Henrique Blasi

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PLEITO INDENIZATÓRIO POR DANOS MORAIS. PEDIDO PARA QUE A MUNICIPALIDADE FORNEÇA DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DA APROVAÇÃO DE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO (LOTEAMENTO) NOS IDOS DE 1980. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA ADOTADA ANALOGICAMENTE. EXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE IRREGULARIDADES NO ALUDIDO LOTEAMENTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Não se tratando, como na espécie, de ação puramente declaratória, já que há, também, pedido de cariz condenatório, emerge inaplicável o argumento da imprescritibilidade, pois, conforme inteligência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, “a ação meramente declaratória é imprescritível, salvo quando também houver pretensão condenatória” (AgRg no REsp 1.174.119/RS, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado em 4.11.2010, DJe de 22.11.2010). Assim, considerando que o Município-réu afirma não ter havido a expedição de documento (decreto) aprobatório do empreendimento (loteamento) porque padecente de inúmeras irregularidades, detectadas à época, em 1980, não há como afastar-se o reconhecimento da prescrição, no caso vintenária, adotada por analogia nas ações de desapropriação indireta, tal como entendido pelo Juízo sentenciante - prescrição esta que, a rigor, numa visão mais estrita, poderia ser até a quinquenal, por envolver a Fazenda Pública - pois quando do ajuizamento da ação sob exame (15.3.2017) mais de 35 (trinta e cinco) anos da deflagração daquele procedimento administrativo tinham

transcorrido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300530-06.2017.8.24.0061, da comarca de São Francisco do Sul, 2ª Vara Cível, em que é apelante Sérgio Onesti Empreendimentos Imobiliários Ltda. e apelado Município de São Francisco do Sul.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade de votos, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Francisco de Oliveira Neto, que o presidiu, e Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 31 de julho de 2018

Desembargador João Henrique Blasi  
RELATOR

## RELATÓRIO

Sérgio Onesti Empreendimentos Imobiliários Ltda., via Advogado Wanderley Cesário Rosa, deduziu apelação ante sentença lavrada pelo Juiz Gustavo Schwingel (fls. 80 e 81), proclamatória da ocorrência de prescrição, e, por conta disso, da improcedência da ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais que aforou contra Município de São Francisco do Sul, representado pela Procuradora Thays Camillo.

Contrafeita, a empresa apelante defende, em suma, a inoccorrência de prescrição, seja porque o início do cômputo do prazo prescricional deu-se com a negativa do fornecimento de cópia do documento solicitado administrativamente, no ano de 2016, seja porque sua

pretensão alternativa é de caráter declaratório, portanto imprescritível. Pugna, assim, pela reforma da sentença *“a fim de que seja afastada a tese de prescrição, determinando-se a remessa dos autos ao Juízo a quo, para continuidade do processo”* (fls. 87 a 92).

Houve contrarrazões (fls. 99 a 102).

Pelo Parquet exarou parecer a Procuradora de Justiça Monika Pabst, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 111 a 116).

É, no essencial, o relatório.

## VOTO

A controvérsia que dimana dos autos consiste em sindicar se ocorreu --- ou não --- a prescrição decretada pelo Juízo singular.

De princípio, para o deslinde da questão, impende destacar os pedidos exordialmente formulados:

1) Impor ao Requerido a obrigação de fazer, consistente em adotar as providências necessárias **para fornecer ao Requerente o documento de aprovação do Loteamento Santa Helena II** (decreto original ou outro que o supra);

2) Alternativamente, **declarar que o Requerido**, na década de 1980, sugeriu e **aprovou a alteração do loteamento Jardim Santa Helena II**, situado na Praia Grande, neste Município e Comarca, [...]

3) **Ordenar ao Tabelião Registrador do Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta Comarca para que proceda à regularização** das Quadras 18 e 19 do loteamento Santa Helena II, situado na Praia Grande deste Município e Comarca, aprovado segundo consta das transcrições n.ºs 5.382 e 6.310, às fls.195 e 195vº, dos Livros 3-K e 3-L, criando as matrículas correspondentes e necessárias a tornar ditas Quadras com vinte lotes cada uma delas, observando as seguintes dimensões: Quadra

18: os lotes 01 a 08 e 11 a 18, medindo 12 x 25 mts e os lotes 09, 10, 19 e 20, com medidas de 12,5 x 24 mts., porém todos com área unitária de 300 m<sup>2</sup>; Quadra 19: os lotes 01 a 20 medindo 12,50 x 25 mts, com área unitária de 312,50 m<sup>2</sup>.

4) **Condenar o Requerido a pagar danos morais** ao Requerente, em valor a ser arbitrado por Vossa Excelência; e,

5) Condenar o Requerido no pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, estes em seu grau máximo. (fls. 14 e 15 - destaquei)

Denota-se, assim, que a reivindicação autoral consubstancia-se, na essência, em compelir o Município a emitir documento declaratório da aprovação, há mais de 30 (trinta) anos, do Loteamento Santa Helena II - ou a reconhecer em juízo tal condição - com o escopo de legalizar a situação de parte dele (quadras ns. 18 e 19) perante o Registro Imobiliário, com condenação, ainda, por danos morais.

Ou seja, a intenção da empresa acionante não é apenas a de receber cópia do processo administrativo (autuado sob o n. 01303/80), relativo ao projeto de retificação do loteamento, mas sim de obter a aprovação. Impende destacar, desde logo, que não se trata de ação puramente declaratória, daí ser inaplicável o argumento da imprescritibilidade, pois, conforme inteligência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, “*a ação meramente declaratória é imprescritível, salvo quando também houver pretensão condenatória [...]*” (AgRg no REsp 1.174.119/RS, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado em 4.11.2010, DJe de 22.11.2010). E pretensão condenatória, ao que se vê, está presente na hipótese dos autos.

Logo, improcede o argumento recursal de considerar-se como marco *a quo* do cômputo do prazo prescricional a negativa do pedido administrativo de trazer “*cópia do decreto, relacionado ao loteamento Santa Helena II*” (fl. 38), pois, como visto, não está em discussão o direito de obter cópia do processo administrativo correspondente, senão que de haurir documento

aprobatório do empreendimento com vistas à sua regularização perante o Registro de Imóveis, além de indenização por alegados danos morais.

Por outro lado, impõe-se deixar consignado que, mesmo tendo sido aprovada a retificação do Condomínio para fim de implantação da Avenida n. 42 (atual Avenida São Francisco do Sul), conforme certificado à fl. 37, o Município-réu afirma não ter ocorrido a expedição de documento (decreto) aprobatório do empreendimento, necessário para a regularização no Cartório Imobiliário, porque padecente de inúmeras irregularidades, detectadas à época, em 1980, conforme consta do parecer de fls. 68 a 70 emitido por sua Secretaria de Infraestrutura, Urbanismo e Integração.

A mais disso, impende anotar que o carimbo de aprovação apostado no documento de fl. 33 diz tão só com a aprovação do sistema viário do empreendimento da autora, e que a certidão de fl. 34, datada de 29.7.1980, deixa claro que o projeto protocolado sob o n. 01303/80, apesar de cumprir as legislações urbanísticas, somente seria aprovado *“após ouvidos os demais órgãos interessados”*.

Outrossim, a alegativa da existência de outra propriedade em igual situação, mas que mereceu decreto aprobatório, em nada modifica a situação jurídica da empresa apelante, pois um eventual erro não justifica o cometimento de outro, além do que o falecimento do sócio majoritário Antônio Sérgio Moreira Onesti, não justifica a atitude inercial por tantos anos.

Bem por isso não há como afastar-se o reconhecimento da prescrição, no caso vintenária, adotada por analogia nas ações de desapropriação indireta, tal como entendido pelo Juiz sentenciante - prescrição esta que, a rigor, numa visão mais estrita, poderia ser até a quinquenal, por envolver a Fazenda Pública - pois quando do ajuizamento da ação sob exame (15.3.2017 - propriedades do processo) mais de 35 (trinta e cinco) anos da deflagração daquele procedimento administrativo tinham

transcorrido.

A propósito, faz-se mister invocar aqui excerto da bem lançada decisão recorrida. *In verbis*:

Não obstante o argumento da requerente de que não há prescrição ou que esta somente passaria a fluir em 2016 quando do requerimento administrativo, não é este o entendimento que se pode adotar no caso dos autos.

Isto porque o procedimento de regularização consiste em ato complexo pendente de várias etapas.

Teria faltado à época, segundo o autor, a apresentação da declaração do ente público para regularizar as alterações para fins de registro imobiliário, o que integraria procedimento de 1980.

O ente público nega sua existência e, pelo contrário, expõe que foi realizado estudo em 2012 que impedia a regularização do loteamento por diversas irregularidades.

Por certo a Administração pode rever seus atos quando ilegais ou abusivos.

No caso dos autos além do prazo sem a apresentação da declaração da administração que leva à conclusão de que este não existiu, tem-se que se houvesse à época, não seria correspondente à legalidade.

**Não havendo ato de regularização por parte da administração, por analogia deve-se adotar que toda e qualquer cessão de área apontada na inicial configura procedimento de desapropriação indireta cujo prazo prescricional seria de 20 anos para ingresso de ação.**

**Tendo fluído 35 anos entre o procedimento apontado e o ajuizamento da ação**, tem-se por consolidada a prescrição tanto do direito de ação ao pedido de obrigação de fazer quanto ao requerimento de danos morais.

[...] (fls. 80 e 81 – destaquei)

Em abono, o parecer exarado pelo *Parquet* traz fulgidez ao tema, quando diz:

Não se olvida, que o direito de propriedade é um direito individual garantido pela Carta Magna, afigurando-se como *clausula pétrea* (artigo



5º, inciso XXII da CF), sendo assegurado ao seu titular a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, assim como reavê-la de quem injustamente a possua ou detenha (artigo 1.228, do Código Civil).

Contudo, impende frisar que apesar de sua previsão constitucional, a propriedade não pode ser concebida como um direito absoluto, posto que o proprietário, além de usar e dispor de seu patrimônio de modo garantir a função social da propriedade (artigo 5º, XXIII da CF), não pode se furtar ao cumprimento das normas a todos impostas, diante da sua natureza cogente, in casu, as normas ambientais e de ordem urbanística.

**A despeito de ter sido procedida a aprovação do projeto de retificação do Loteamento Santa Helena II (ver certidão juntada à fl. 37 - datada de 24/8/1987), a verdade é que, por mais 36 anos a apelante quedou-se inerte em adotar as providências necessárias, a fim que o projeto de loteamento retificado fosse levado para averbação no Ofício de Registro Imóveis.**

**O que se quer dizer com isso. Sua conduta foi a causa para que sua tese visando compelir o ente público em expedir o Decreto de Aprovação do Loteamento, não venha prosperar. Aliado a isso, as provas juntadas aos autos não resguardam sua pretensão.**

**Porque: com base na legislação vigente à época e atual, o Loteamento apresentou inúmeras irregularidades, como bem destacado pelo Assessor Técnico da Secretaria Municipal de Infraestrutura, Urbanismo e Integração, cujas ponderações foram explicitadas em parecer sobre a regularização do referido Loteamento, elaborado em 2012, após análise completa da documentação pertinente (fls. 68/70), conclusão esta, resumida nas seguintes informações:**

“1 - À época da aprovação do loteamento (08/06/1974), não foram observados os erros na informação de área de lotes e área total loteada, pois possuíam metragem menor que a ocupada pelo loteamento;

2 - À época da aprovação da planta de retificação foi observada a lei municipal então em vigor, Lei Municipal n. 601/1976, a qual, no artigo 33, incisos I e II, definia os limites mínimos de 7% (sete por cento) e 8% (oito por cento), respectivamente, para área institucional e área verde.

Para a área verde era admissível a utilização de até 50% (cinquenta por cento) do total inserido em área “non aedificandi”. Tais índices não foram observados, estando a referida planta em desacordo com a Lei Municipal, haja vista que não há nesta planta a previsão de área institucional. Assim, para possibilitar a regularização do empreendimento, deveriam ser realizadas as devidas adequações. Os lotes ns. 06, 07, 08, 09, 10, 16, 17, 18, 19 e 20, todos da Quadra 32, que juntos somam a área de 3.100,00 m<sup>2</sup>, foram doados para o Município, alcançando um total de 0,86% de área institucional para o loteamento que, somadas com as áreas reservadas originalmente para o Município, ainda não atingiriam o índice mínimo de 7% do total da área loteada para as áreas institucionais;

3 - Há divergências entre as faixas de domínio da Avenida Paraná, que na planta original aprovada em 8/6/1964 figura com largura aproximada de 18,75 metros e na planta de retificação aprovada em 1980 figura com largura de 15 metros, tendo sido suprimido nesta o canteiro central.

4 - A planta original apresenta a distância do eixo da Rua Teresina cotada, em medida não grafada na referida planta, com distancia de 5 metros, porém a planta de retificação do loteamento, apresenta a referida distância com medida de 10 metros.

5 - Com a abertura da Avenida 01 (atualmente Avenida São Francisco do Sul), em consonância com o Plano Diretor que passou a ter vigência em 1981, houve o deslocamento das quadras ns. 24 a 37 sob a área reservada constante da planta original do loteamento (...);

**6 - Foram constatados nos arquivos do Município registros de venda por parte da Sra. Eliane Rodrigues Onesti, de lotes não regularizados, implantados nas quadras 18 e 19, sob áreas que, segundo o registro de n. 6.310, fls. 195 do Livro 3-L de Transcrições das Transmissões, do Serviço de Registro de Imóveis da 1ª Praça, de 01 (uma) Igreja e parte do sistema viário previsto originalmente para o loteamento (...); Ao final, o assessor técnico, concluiu que, para viabilizar a retificação do loteamento, seria necessária a concessão de licenciamento ambiental do empreendimento junto à Fundação Municipal do Meio Ambiente - FATMA, bem como a adequação do empreendimento aos índices mínimos previstos na legislação urbanística vigente. (grifei)”**

Ou seja, chancelar a pretensão da apelante, seria o mesmo que fechar os olhos para as inúmeras irregularidades constatadas, frente as legislações à época e atualmente vigentes.

Aliás, plenamente lógico atribuir competência ao ente público para impor normas supervenientes - protetoras do meio ambiente - a loteamento que já tenha sido aprovado, sem que isso se caracterize como ofensa ao ato jurídico perfeito ou ao direito adquirido.

Aliás, acerca da necessidade de observância das regras elencadas na Lei de Parcelamento do Solo (Lei n. 6.766/1979), colhe-se da lição de PAULO AFFONSO LEME MACHADO:

“As cidades brasileiras, na sua maioria, foram aumentando dia a dia. O fenômeno da urbanização não se processou de modo a respeitar a qualidade de vida dos recémchegados à cidade. Não havia norma nacional de Direito Público exigindo um mínimo de condições para a criação de loteamentos. O ordenamento urbanístico ficou ao sabor de improvisações e de pressões locais. [...] Não se pode, pois, negar, que a Lei 6.766/1979 representa um formidável elenco de normas, que é preciso por em prática. (In.: Direito Ambiental Brasileiro. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pág. 478).

**Oportuno concluir, que somente um novo requerimento administrativo de retificação de loteamento (com um cronograma) para sanar as irregularidades apontadas e cumprido no prazo estabelecido - vinculado a vistoria de acompanhamento -, é que será suficiente, para ao final, a retificação seja levada a efeito junto ao Registro de Imóveis.**

[...] (fls. 113 a 115 – destaquei)

Em resumo:

I. Não se trata de ação puramente declaratória, daí ser inaplicável o argumento da imprescritibilidade, pois, conforme intelecção firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, *“a ação meramente declaratória é imprescritível, salvo quando também houver pretensão condenatória”*

(AgRg no REsp 1.174.119/ RS, rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado em 4.11.2010, DJe de 22.11.2010), pretensão condenatória esta claramente presente na hipótese dos autos.

II. Considerando que o Município-réu afirma não ter havido a expedição de documento (decreto) aprobatório do empreendimento (loteamento) porque padecente de inúmeras irregularidades, detectadas à época, em 1980, não há como afastar-se o reconhecimento da prescrição, no caso vintenária, adotada por analogia nas ações de desapropriação indireta, tal como entendido pelo Juiz sentenciante - prescrição esta que, a rigor, numa visão mais estrita, poderia ser até a quinquenal, por envolver a Fazenda Pública - pois quando do ajuizamento da ação sob exame (15.3.2017) mais de 35 (trinta e cinco) anos da deflagração daquele procedimento administrativo tinham transcorrido.

É o quanto basta para desprover o apelo e manter incólume a sentença profligada.

Eis o voto.

**Apelação Cível n. 0011010-71.2018.8.24.0000, de Laguna**

Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA COMINATÓRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ATRASO NA ENTREGA POR PARTE DO ENTE PÚBLICO EXECUTADO. TÍTULO JUDICIAL INEXIGÍVEL. COISA JULGADA. IRRELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO OU REVOGAÇÃO DA MEDIDA COERCITIVA A QUALQUER TEMPO, INCLUSIVE, NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ART. 573 DO NCP. SEQUESTRO DE VALORES QUE SE MOSTRA COMO MEDIDA MAIS ADEQUADA À ESPÉCIE. TRANSFORMAÇÃO DA ASTREINTE EM OBJETIVO PRINCIPAL. IMPOSSIBILIDADE SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. RECURSO DESPROVIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TRABALHO ADICIONAL EM GRAU RECURSAL. ART. 85, § 11, DO NCP. MAJORAÇÃO.

“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, § 6º), 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 manutenção, 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, § 1º). (...)” (REsp n. 1186960/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 15.3.16). (TJSC, Apelação Cível n. 0007133-48.2014.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 04-07-2017).”

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0011010-71.2018.8.24.0000, da comarca de Laguna (2ª Vara Cível) em que é/são Apelante (s) Adriana Michela de Souza e Apelado (s) Estado de Santa Catarina.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso, e, com fundamento no art. 85, § 11, do NCPC, majorar os honorários advocatícios para R\$ 1.000,00. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Oliveira Neto, e dele

participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador João Henrique Blasi. Funcionou como Representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Carlos Alberto de Carvalho Rosa.

Florianópolis, 31 de julho de 2018.

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Adriana Michela de Souza contra a sentença que, na impugnação ao cumprimento de sentença apresentada pelo Estado de Santa Catarina, reconheceu como inexigível o título executivo judicial que trata da multa cominatória decorrente da obrigação de fornecimento de medicamentos, e condenou a apelante ao pagamento de honorários advocatícios, respeitado o deferimento da gratuidade da justiça (fls. 30-37).

A apelante, nas suas razões, entende que não há nenhuma prova de que o Estado de Santa Catarina, então executado, tenha encontrado obstáculo inegável e inafastável para aquisição do fármaco que foi obrigado a disponibilizar. Outrossim, argumenta que a astreinte está protegida pela coisa julgada, não sendo oportuna sua discussão. Por fim, pugna pela anulação da sentença e retorno dos autos à origem para o devido prosseguimento da execução (fls. 81-83).

Contrarrazões às fls. 86-93.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer exarado pelo Exmo. Sr. Dr. Jacson Corrêa, manifestou-se pelo desprovemento do recurso (fls. 98-104).

Este é o relatório.

## VOTO

A apelante pretende o cumprimento de sentença que fixou multa cominatória, uma vez que aponta atraso de 255 dias no fornecimento de medicamentos por parte do Estado de Santa Catarina, resultando no valor total de R\$ 76.500,00, o qual, atualizado até a dada do pedido executório, atingia a cifra de R\$ 111.982,84.

A sentença ora recorrida acolheu a impugnação apresentada pelo Estado de Santa Catarina, e, nessa extensão, extinguiu o feito, tendo como fundamentos o atraso involuntário, a inadequação de fixação em multa em vez da medida de sequestro, a transformação da multa em pretensão principal frente à obrigação do fornecimento dos fármacos e o enriquecimento sem causa da parte.

O recurso de apelação sustenta a *astreinte* está protegida pela coisa julgada, não sendo oportuna sua discussão, e, além disso, não há prova de que o Estado de Santa Catarina tenha encontrado obstáculo inegável e inafastável para aquisição do fármaco.

Antecipo que a sentença deve ser mantida.

Em primeiro lugar, a multa cominatória, ainda que fixada em sentença transitado em julgado, pode ser alterada ou até mesmo revogada, uma vez que seu intento é de compelir cumprimento da obrigação.

Aliás, o Código de Processo Civil de 1973 fixava que “o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

Por sua vez, o Novo Código de Processo Civil, de forma expressa admite, inclusive, a exclusão da penalidade:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do



preceito.

§ 1º 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.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, sobre o ponto, ensinam:

Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. 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. (in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 8 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 461).

O STJ, aliás, dá amparo a esse entendimento, mesmo na fase cumprimento de sentença:

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, § 6º), 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 manutenção, 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, § 1º).

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 manutenção 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 questionamento não têm caráter protelatório.

8. Recurso especial parcialmente provido” (REsp n. 1186960/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 15.3.16).

PROCESSUAL CIVIL. FAZENDA PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTES. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. A determinação de multa diária como meio de garantir o cumprimento da decisão judicial tem nítida feição liminar, o que permite ao magistrado, no uso de sua discricionariedade, aferir sua oportunidade e razoabilidade, majorando-a, reduzindo-a, ou até mesmo suprimindo-a.

2. O STJ já decidiu que, no que se refere à decisão que fixa a astreintes, “não há que se falar em coisa julgada material e, tampouco em preclusão. Isso porque, se ao magistrado é facultado impor a multa, de ofício, quer dizer, independente de manifestação das partes, não seria razoável vedar-lhe a sua suspensão. Tendo o julgador a discricionariedade em aplicar o ato intimidatório ao devedor, nos casos em que vislumbrar a necessidade dessa coerção para se alcançar a tutela específica, poderá, também, revogá-la quando ela for desnecessária” (REsp 1685400/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin).

ASTREINTES. AFASTAMENTO DE OFÍCIO.

“A multa cominatória (astreinte) prevista nos §§4º e 5º do art. 461 do Código de Processo Civil tem por finalidade coagir o devedor a cumprir a ordem judicial que lhe impõe

obrigação de fazer. Não pode ser admitida a sua conversão em multa sancionatória.

“Nas demandas em que o autor requer do Estado a “prestação individual de saúde” (AgSL n. 47, Min. Gimar Mendes; AI n. 550.530-AgR, Min. Joaquim Barbosa, CR, art. 196; Lei n. 8.080/1990), não é razoável, salvo em situações excepcionais, a imposição de multa cominatória, pois raramente atenderá à sua finalidade. É recomendável que o devedor seja advertido de que, não cumprida a ordem judicial no prazo estabelecido, poderá ser sequestrado numerário suficiente para custear tratamento ( STJ, T1, AgRgREsp n. 1.002.335, Min. Luiz Fux; T2, AgRgREsp SP n. 935.083, Min. Humberto Martins).

Neste Sodalício, o norte seguido é o mesmo:

APELAÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. FORNECIMENTO GRACIOSO DE FÁRMACOS. DECISUM RECORRIDO QUE REVOGOU, DE OFÍCIO, A APLICAÇÃO DA MULTA COMINATÓRIA (ASTREINTE) FIXADA NA AÇÃO DE CONHECIMENTO, EXTINGUINDO O FEITO EXECUCIONAL. AUTOR/EXEQUENTE QUE SEQUER RECLAMOU DE ATRASO NA ENTREGA DOS MEDICAMENTOS PELO ENTE PÚBLICO RÉU DURANTE O CURSO DO FEITO. OBRIGAÇÃO COMPROVADAMENTE SATISFEITA, EMBORA COM ALGUM RETARDO. PRETENSÃO EXECUCIONAL, DEFLAGRADA VÁRIOS ANOS DEPOIS, QUE DESBORDA DA FINALIDADE DA REPORTADA MULTA. SENTENÇA REVOGATÓRIA DESTA E DE EXTINÇÃO DA EXECUCIONAL MANTIDA. PRECEDENTES DA CORTE. RECURSO DESPROVIDO.

“A multa diária aplicada com fundamento no art. 461, § 5º, do CPC pode ser revista com a finalidade de ser ajustada aos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, sem que tal procedimento implique ofensa à coisa julgada” (STJ - AgRgAI n. 1.200.819, rel. Min. João Otávio de Noronha; AgRgREsp n. 1.022.081, rel. Min. Maria Isabel Gallotti; REsp n. 1.245.569, rel. Min. Mauro Campbell Marques; Rcl n. 3.897, rel. Min. Raul Araújo). Como corolário, a prerrogativa do magistrado de revisar o importe dessa multa compreende também a de revogá-la, até mesmo de ofício, contanto que reste provado que ela não

está atendendo à sua real finalidade. In casu, patenteado que a obrigação de fazer (fornecimento de fármaco) foi adimplida, ainda que com certo atraso, soa irrazoável a manutenção da multa cominatória, na medida em que teria o condão de apenas enriquecer injustamente o autor que, ademais, somente depois de vários anos de inércia, resolveu executar as astreintes. (Apelação Cível n. 2015.048228-4, de Tubarão, rel. Des. João Henrique Blasi, 2ª Câmara de Direito Público, j. 17.11.2015).

#### EMBARGOS À EXECUÇÃO. PROCESSUAL CIVIL.

EXECUÇÃO. MULTA COMINATÓRIA. MODIFICAÇÃO OU REVOGAÇÃO A QUALQUER TEMPO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS DE EXECUÇÃO E EXTINÇÃO DA AÇÃO EXECUTIVA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“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, § 6º), 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 manutenção, 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, § 1º). (...)” (REsp n. 1186960/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 15.3.16). (TJSC, Apelação Cível n. 0007133-48.2014.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 04-07-2017). “

TUTELA MANDAMENTAL - MULTA (ASTREINTE)  
- MEIO COERCITIVO INDIRETO, NÃO FONTE DE ENRIQUECIMENTO.

Deferida proteção mandamental (obrigações de fazer ou de não fazer) ou executiva em sentido amplo (para entrega de coisa), a preferência legislativa é pelo atendimento à tutela específica. Resistente o réu, o juízo, inclusive de ofício, pode impor meios coercitivos indiretos, um deles a multa. Ela não tem por objetivo levar ao engrandecimento patrimonial do autor - o que seria mesmo um paradoxo: poderia ser preferível ver a tutela específica desatendida na esperança de lucro pela exigência posterior da astreinte. Por isso que se fixou a jurisprudência no sentido de que nesse terreno não há preclusão: pode-se aumentar, diminuir ou mesmo excluir a penalidade inicialmente posta.

A fixação de multa diária não faz coisa julgada. Bem por isso, quando excessiva, irrisória ou por outra circunstância se faça necessário seu ajuste, o valor e a periodicidade podem sofrer alterações a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença que a fixou. Mais grave, no caso das ações de saúde, a solução para o descumprimento não é impor ou exigir multa. É realizar sequestro que garanta o objeto pretendido. Recurso desprovido. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4029079-20.2017.8.24.0000, de Cunha Porã, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 21-06-2018).

Em segundo lugar, dos arts. 497 e 498 do CPC/2015, o quais são correlatos ao art. 461, § 5º, do CPC/1973, entende-se que para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, pode-se determinar medidas necessárias, tais como a imposição de multa,

busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. Em razão disso, para obrigar o Ente Público ao fornecimento de tratamento médico, passou a compreender-se que mais adequado que a simples fixação de multa cominatória, é a imposição da medida de sequestro ou bloqueio dos valores correspondentes.

Nessa tessitura, “[...] É possível a substituição da pena pecuniária pelo sequestro de verbas públicas, em caráter excepcional, quando a urgência respaldar a necessidade de concretização imediata de direito fundamental olvidado pelo Poder Público” (Agravado de Instrumento n. 2013.013520-0, de Brusque, Relator: Des. Pedro Manoel Abreu, 3ª Câmb. Dir. Púb., j. 25/6/2013).” (AI n. 2015.039166-0, de Joinville, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, j. 15/10/2015). Aliás, tal substituição é possível inclusive de ofício.

Acerca do assunto, extrai-se desta Casa de Justiça:

A imposição de bloqueio ou sequestro de verbas públicas apresenta-se mais apta à garantir o cumprimento da determinação judicial de contratação de professor auxiliar pelo Poder Público, na medida em que, mesmo não atendido o comando, o sequestro de valores será suficiente para a agasalhar a pretensão do necessitado e garantir, de forma eficaz, o seu direito à educação especial, enquanto que a multa cominatória raramente atingirá a finalidade da decisão, senão por vontade do próprio demandado. [...] (AC n. 0009747-91.2012.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 13/9/2016).

Assim, nos casos como o presente, adequada a medida de sequestro de verbas públicas em vez da aplicação da multa cominatória.

Em terceiro lugar, voltado-se à compreensão que a finalidade da multa é a de compelir o cumprimento da obrigação fixada judicialmente, a sanção não deve tornar-se como fim principal, de forma não se buscar outro meio coercitivo ou mesmo causar enriquecimento sem causa do credor.

Nos litígios da espécie, é preciso considerar que “o Estado é o povo. [...] Não é pessoa jurídica de cunho patrimonial, ente ideal criado para objetivos negociais. É realidade social que corporifica uma nação. O Estado não é o inimigo do cidadão, pois se cuida de uma coisa só - Estado e cidadão. [...] O cidadão, ao se voltar contra o Estado, não está exercendo mera pretensão frente a um ente personificado. Está se voltando contra toda uma coletividade. Amiúde, a pretensão exercida conta com legitimidade, visto que o Estado foi imaginado como fonte de solidificação da justiça, de modo que os ideais de solidariedade social impõem que o ente público - em nome de toda a sociedade - repare os malefícios causados contra um de seus membros. Não se pode conceber, todavia, que o mesmo ente público seja responsável pela recomposição patrimonial que é ditada no interesse de todos - e do próprio particular alegadamente lesado” (Hélio do Valle Pereira) (TJSC - Apelação Cível n. 2001.055372-5, rel. Des. Newton Trisotto, j. 14.05.2013).

Nesse contexto, ainda que a decisão não tenha sido cumprida na forma como estabelecido, especialmente diante da notícia de atrasos na entrega e fornecimento de medicamento diverso, tem-se, diante desses fundamentos, como incabível o Erário ser onerado com o custo do tratamento médico e com o valor da multa cominatória.

Assim, como dito, o recurso não merece acolhimento.

Por força do § 11 do art. 85 do NCPC, em relação ao trabalho adicional desenvolvido pelo Estado de Santa Catarina nesta instância, que tratou de contrarrazoar o recurso da apelante, em atenção aos critérios estabelecidos nos §§ 2º a 6º do art. 85 do NCPC, majoro os honorários advocatícios de R\$ 800,00 (fl. 38) para R\$ 1.000,00.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, e, com fundamento no art. 85, § 11, do NCPC, majoro os honorários advocatícios para R\$ 1.000,00.

Este é o voto.



**TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO****Apelação Cível n. 0000682-38.2012.8.24.0018, de Chapecó**

Relator: Desembargador Júlio César Knoll

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA EM ABERTO. EQUÍVOCO. DETENÇÃO DA PARTE AUTORA. PRECARIEDADE NA QUALIFICAÇÃO DO DENUNCIADO POR CRIME DE FURTO. ILEGITIMIDADE DO HOMÔNIMO PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DO PROCESSO CRIMINAL. OMISSÃO ESPECÍFICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DEVER DE INDENIZAR INARREDÁVEL. *QUANTUM* MINORADO. CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA REFORMADA, NO PONTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE ACOLHIDO.

“É dever dos agentes estatais e, portanto, do Estado, de promover a devida diligência acerca das características e correta qualificação do acusado da prática de crime, a fim de ensejar a expedição de mandado de prisão preventiva, e a de tomar as medidas cabíveis de imediato no caso da verificação de equívoco na identificação da pessoa segregada.

O descumprimento desse dever legal individualizado de agir configura omissão específica, transmutando-se em conduta direta ensejadora do evento danoso.” (TJSC, Apelação Cível n. 2009.051319-5, de Joinville, rel. Des. Luiz César Medeiros, Terceira Câmara de Direito Público, j. 08-05- 2012).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000682-38.2012.8.24.0018, da comarca de Chapecó 1ª Vara da Fazenda Acidentes do Trab. e Reg Público em que é Apelante Estado de Santa

Catarina e Apelado Cleomar dos Santos. A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, a) conhecer e acolher parcialmente o apelo, para minorar o *quantum* indenizatório para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); e b) de ofício, adequar os consectários legais. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 20 de fevereiro de 2018, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Ricardo Roesler, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2018.

Desembargador Júlio César Knoll  
Relator

## RELATÓRIO

Perante a Vara da Fazenda Pública da comarca de Chapecó, Cleomar dos Santos, devidamente qualificado, através de procurador habilitado, promoveu, com fundamento nos permissivos legais, ação de indenização por danos morais e materiais em face do Estado de Santa Catarina.

Relatou, em síntese, que no dia 01-09-2010 foi detido por policiais civis enquanto trabalhava, sob o argumento de que existia um mandado de prisão preventiva aberto em seu nome.

Asseverou que, a ordem foi expedida pelo Juízo da comarca de Ponte Serrada, nos autos da ação criminal n. 051.05000315-2, em que se apurava o cometimento de crime de furto.

Aduziu que, ao ser conduzido para a Delegacia de Polícia, tentou esclarecer o equívoco, de que não era o autor do delito imputado,

tampouco esteve naquela cidade, contudo, foi encaminhado ao Presídio Regional.

Alegou que, após a apresentação de pedido de revogação da prisão, o Juízo daquela comarca revogou a preventiva decretada em seu desfavor e determinou o recolhimento do respectivo mandado de prisão.

Disse que, a situação perdurou até 19-09-2011, momento em que foi prolatada a sentença do processo criminal, na qual foi confirmada a negligência dos agentes quando da instauração do inquérito policial.

Pugnou pela condenação do ente público ao pagamento de indenização por danos materiais, decorrentes dos gastos com a contratação de defensor, e morais, em virtude do constrangimento sofrido.

Recebida, registrada e autuada a inicial, o Estado de Santa Catarina foi devidamente citado.

No prazo legal, veio aos autos e ofereceu resposta, via contestação, oportunidade na qual rechaçou os argumentos expostos na prefacial (fls. 472-476).

Houve réplica (fls. 480-487).

Manifestação do Ministério Público às fl. 488.

Ato contínuo, a MMa. Juíza de Direito, Dra. Marisete Aparecida Turatto Pagnussatt proferiu sentença, a saber:

**SENTENÇA:** Ante o exposto, RESOLVO O MÉRITO da presente demanda e, com fulcro no artigo 269, inciso I do CPC, JULGO PROCEDENTE o pedido do demandante para:

a) **CONDENAR** o requerido Estado de Santa Catarina ao ressarcimento dos danos materiais já comprovados pelo autor Cleomar dos Santos às fls. 456/462, no montante de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), comprovados pelos recibos de pagamento de fls. 454/462 facultando-se ao requerente, ainda, a comprovação do pagamento das demais parcelas que se venceram no curso da ação, tudo isso a ser apurado

em liquidação de sentença, nos termos do artigo 475-A, do Código de Processo Civil; b) Sobre o valor dos danos materiais incidirão juros de mora os quais fluirão a contar do evento danoso (Súmula 54 do STJ) à base de 1% (um por cento) ao mês (art. 406 do CC, e artigo 161, § 1º do CTN), até a data da expedição de cada recibo de pagamento. A partir dessa data, a atualização do valor tomará como base a variação da Taxa SELIC, que compreende tanto os juros como a correção monetária; c) CONDENAR o requerido Estado de Santa Catarina ao pagamento, em favor do requerente Cleomar dos Santos, de indenização por danos morais no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); d) Sobre o valor dos danos morais incidirão juros de mora os quais fluirão a contar do evento danoso (Súmula 54 do STJ) à base de 1% (um por cento) ao mês (art. 406 do CC, e artigo 161, § 1º do CTN), até a data do arbitramento. A partir dessa data, a atualização do valor tomará como base a variação da Taxa SELIC, que engloba em um único índice os valores de juros de mora e atualização da moeda; e) A teor do art. 35, alínea 'h', da Lei Complementar n. 156/97 (Regimento de Custas e Emolumentos do Estado), com a redação dada pela Lei Complementar n. 161/97), explícita é a isenção de custas processuais deferida ao Estado de Santa Catarina; f) Vencida a Fazenda Pública, deve ela arcar com os honorários de sucumbência, os quais devem ser fixados com base no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, no montante de 10% sobre o valor da condenação. g) Tendo em vista o valor da condenação, explícito que esse não alcançará o montante de 60 (sessenta) salários mínimos, razão pela qual a sentença não se encontra sujeita a reexame necessário, nos termos do artigo 475, § 2º do Código de Processo Civil.

Inconformado, a tempo e modo, o Estado de Santa Catarina interpôs recurso de apelação.

Em suas razões, aduziu inexistir ato ilícito apto a ensejar indenização.

Sustentou que, a posterior absolvição do acusado que foi preso preventivamente não gera direito à ressarcimento.

Requeru, alternativamente, a minoração do quantum indenizatório, bem como a readequação dos consectários legais, com a minoração dos

honorários advocatícios.

Contrarrazões às fls. 529-538.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o então Procurador, Dr. Procurador, Dr. André Carvalho, o qual opinou pela sua desnecessidade de intervenção no mérito da causa.

Vieram-me conclusos.

Este é o relatório.

## VOTO

De início, mister enfatizar que, como a decisão vergastada foi prolatada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, as disposições do novo regramento processualista não se aplicam ao presente recurso.

Assim sendo, satisfeitos os requisitos legais, conhecese do apelo.

Trata-se de apelação cível, interposta pelo Estado de Santa Catarina, em desfavor de sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na peça vestibular.

### **Do dever de indenizar**

In casu, o autor deduziu que, em razão da precariedade na qualificação de denunciado pelo cometimento do delito de furto, foi preso erroneamente (fl. 407), tendo sido conduzido a 2ª Delegacia de Polícia Civil de Chapecó e, posteriormente, transferido ao Presídio Regional.

Dito isso, teve que apresentar defesa, coligir provas de sua inocência, se submeter a interrogatório e a reconhecimento de pessoa, para só então ser reconhecido pelo Juízo que se tratava de homônimo (fls. 447-449).

Verificou-se, então, que a qualificação correta do acusado era

Cleomar dos Santos, nascido em 11-02-1986, natural de Seara/SC, filho de Neuri dos Santos e de Maria Conceição de Souza e, inclusive, falecido em 18-07-2010 (fls. 421-422).

Adianto que, sobre as alegações, o autor colacionou elementos probatórios robustos, aptos a embasar sua pretensão.

Necessário, aqui, trazer a colação, o que preleciona a respeito a doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

“Não há um dever de provar, nem à parte assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.” (Curso de Processo Civil, Forense, 1994, 9ª ed., v. II, p. 257).

Cumpra-se, portanto, que a responsabilidade civil da Administração Pública possui natureza objetiva, sabidamente arimada na teoria do risco administrativo, dada a dicção do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, do qual aqui destaco:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Segundo essa teoria, o dano sofrido pelo indivíduo deve ser visualizado como consequência do funcionamento do serviço público, não importando se esse funcionamento foi bom ou mau.

Leciona Sérgio Cavalieri Filho:

“A teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do ente público que a causou. O que se tem de verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.

[...]

Com efeito, a teoria do risco administrativo, embora dispense prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar a sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexos causal - fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro” (Programa de Responsabilidade Civil, 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 243).

Assim, são três os pressupostos capazes de configurar a responsabilidade civil da Administração Pública, quais sejam, o fato administrativo, o dano e, por fim, a existência de nexos de causalidade entre o fato e o dano.

De outro norte, como excludentes da responsabilidade, a jurisprudência e doutrina pátria assinalam como sendo: a inexistência de causalidade entre a conduta da administração e o dano ocorrido; a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro e; o caso fortuito ou a força maior.

Quanto a isso, apesar de ser a regra, nem sempre a responsabilidade do Estado por atos omissivos da administração pública dependerá da prova da culpa, vale dizer, nem sempre será subjetiva.

Em se tratando de conduta omissiva do agente público, a questão da reparação gera divergência, vindo este Tribunal a aplicar, comumente, a Teoria da Falta do Serviço, razão por que trago à baila o seguinte precedente:

Em se tratando de alegada conduta omissiva de agente público, a questão reparatória deve ser examinada sob a ótica da Teoria da Falta do Serviço.

Em outros termos, necessário se faz perquirir se há correlação direta e imediata entre o dano e a falha no funcionamento do serviço, ou seja, se o dano resultou da inação ou retardamento do agente público, ônus que incumbe ao demandante, por força do art. 333, I, do Código de Processo Civil. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.086540-9, de Canoinhas, de minha relatoria, j. 18-12-2014). A doutrina e a jurisprudência, ao diferenciar a conduta omissiva da comissiva pela Administração, fê-lo no intuito de não tornar o ente público um segurador universal, distinguindo, então, a omissão genérica daquela específica.

Tratando-se de conduta omissiva genérica, “O Poder Público não pode ser responsabilizado com fundamento na teoria da responsabilidade objetiva, pois os danos decorrentes de sua inação refogem à égide do controle público. [...] De outro lado, havendo um omissão específica, a Administração deve responder objetivamente pelos danos dela advindos.

**Logo, se o prejuízo é consequência direta da inércia da Administração frente a um dever individualizado de agir e, por conseguinte, de impedir a consecução de um resultado a que, de forma concreta, deveria evitar, aplica-se a teoria objetiva, que prescinde da análise da culpa”.** (TJSC, Apelação Cível n. 2014.086540-9, de Canoinhas, de minha relatoria, j. 18-12- 2014, grifou-se).

E, no caso vertente, a omissão estatal caracteriza-se pela negligência do Poder Público em sua tarefa de buscar informações precisas em relação à qualificação do acusado, motivando a expedição de um mandado de prisão preventiva contra o apelado (fl. 90), que é a causa direta e determinante da lesão ao direito tutelado.

O documento de fls. 447-449, demonstra que, somente em 19-09-2011, ou seja, pouco mais de 1 (um) ano depois do cogitado evento danoso, é que foi declarada a ilegitimidade passiva do apelado.

Segundo o artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal “o Estado indenizará o condenado, por erro do judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.



Outro não é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, senão vejamos:

Apelação cível. Ação de indenização por dano material e moral. Prisão por condenação criminal. Condenado que se identificou como sendo o Autor. Documento de identificação não apresentado. Falta de diligência dos agentes públicos na precisa identificação do infrator. Dano moral presumido. Responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, da CF). Dever de indenizar. Fixação do quantum indenizatório. Razoabilidade e proporcionalidade. Recurso desprovido.

**O Estado, em razão da sua responsabilidade objetiva, está obrigado a indenizar o cidadão que, incorretamente, foi denunciado como autor de ilícito penal e preso por 3 meses, diante do uso indevido do seu nome, decorrente da falta de diligência dos seus agentes, na qualificação do autor do crime.** (TJSC, Apelação Cível n. 0002084-81.2014.8.24.0052, de Porto Uniao, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 08-08-2017, grifou-se).

A manutenção do nome da vítima no sistema integrado de segurança pública, ensejando a sua prisão indevida, configura falha do serviço passível de gerar a responsabilidade do

Estado pela indenização dos danos materiais e morais por ela suportado (TJSC, Apelação Cível n. 2012.085389-3, de Gaspar, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 24-09-2013).

*Veja-se:*

RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRISÃO DE HOMÔNIMO - PRECARIEDADE NA QUALIFICAÇÃO DO DENUNCIADO POR CRIME DE HOMICÍDIO - LAPSO TEMPORAL PARA CORREÇÃO DO EQUÍVOCO INJUSTIFICÁVEL - CONSTRANGIMENTO - OMISSÃO DO APARATO ESTATAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA

1 A pessoa jurídica de direito público responde objetivamente pelos danos decorrentes de evento lesivo originado por omissão específica sua, ou seja,

por omissão a um dever legal de agir concreta e individualizadamente de modo a impedir o resultado danoso.

**2 É dever dos agentes estatais e, portanto, do Estado, de promover a devida diligência acerca das características e correta qualificação do acusado da prática de crime, a fim de ensejar a expedição de mandado de prisão preventiva, e a de tomar as medidas cabíveis de imediato no caso da verificação de equívoco na identificação da pessoa segregada. O descumprimento desse dever legal individualizado de agir configura omissão específica, transmutando-se em conduta direta ensejadora do evento danoso.**

3 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. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.051319-5, de Joinville, rel. Des. Luiz César Medeiros, Terceira Câmara de Direito Público, j. 08-05-2012, grifouse).

Desta feita, a indenização material é consequência lógica do reconhecimento da atividade ilícita.

Isto porque, o requerente se viu obrigado a procurar um advogado para defendê-lo, cuja responsabilidade exclusiva pelo erro foi do ente público (TJSC, Apelação Cível n. 2014.095273-3, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 19-05-2015).

Sendo assim:

Mostra-se cabível o ressarcimento, a título de dano material, do quantum despendido pelo autor que, indevidamente encarcerado, teve que contratar advogado para livrá-lo solto (AC n. 2012.057110-4, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, j. 11-9-2012).

A fim de se evitar tautologia, utiliza-se como razão de decidir os fundamentos exarados na decisão de primeiro grau (fl. 498):

Da análise do conjunto probatório carreado aos autos, fundamentando

o pedido de dano material (fls. 454/462) verifica-se que o autor, efetivamente, junta cópia do Contrato de Honorários Advocatícios firmado no dia 1º de setembro de 2010, data da consumação da prisão, com o advogado Denis Antonio Snichelotto (OAB/SC nº 28.026). Referido contrato estabelece que, a título de prestação de serviços, o requerente ficou obrigado a pagar o montante de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), pago da seguinte forma: (a) entrada de R\$ 1.000,00 (um mil reais) com vencimento para 10/09/2010; (b) saldo restante dividido em 60 (sessenta) parcelas de R\$ 100,00 (cem reais), a serem pagas até o dia 10 de cada mês, começando em 10/10/2010.

**Todavia, às fls. 456/462 o requerente comprova o pagamento de apenas parte do valor firmado com o causídico, no montante de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), referente ao pagamento da entrada de R\$ 1.000,00 (um mil reais) e pagamento de 14 (quatorze) parcelas de R\$ 100,00 (cem reais), correspondentes aos meses de outubro/2010 a novembro/2011, vencidos até a data do ajuizamento da presente demanda (25 de novembro de 2011).**

Diante do exposto, entendo comprovado o dano material suportado pelo autor no valor de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), incumbindo ao Estado de Santa Catarina o dever de reparação, nos exatos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, os quais devem ser ressarcidos pelo Estado.

No que pertine as prestações que se venceram no curso da demanda, desde que efetivamente comprovado o seu pagamento, também deverão ser objeto de ressarcimento pelo Estado de Santa Catarina, valores a serem apurados em liquidação de sentença. (grifou-se).

Portanto, deve ser mantida a indenização por danos materiais, no importe de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais).

Já sobre o abalo anímico, leciona Yussef Said Cahali:

“Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física - dor-sensação, como a denomina Carpenter - nascida de uma lesão material; seja a dor moral - dorsentimento, de causa material” (Dano e

Indenização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 7).

Restando incontroversa a negligência dos agentes estatais, segundo assentado na sentença, bem assim a ocorrência de abalo moral indenizável, eis que teve a sua liberdade cerceada, o que revela saber é o quantum que deve ser atribuído ao dano extrapatrimonial sofrido pelo autor em razão deste fato.

Deste modo, está solidamente estabelecido, na doutrina, que a quantificação do valor deve ser confiada ao prudente arbítrio do juiz e, neste sentido, a jurisprudência tem sido enfática em proclamar que:

“O ‘quantum’ da indenização do dano moral há de ser fixado com moderação, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta não só as condições sociais e econômicas das partes, como também o grau da culpa e a extensão do sofrimento psíquico, de modo que possa significar uma reprimenda ao ofensor, para que se abstenha de praticar fatos idênticos no futuro, mas não ocasione um enriquecimento injustificado para o lesado. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.065940-8, da Capital - Continente, rel. Des. Jaime Ramos , j. 01-11-2012)

A advertência deste Tribunal é de que:

Na ausência de critérios objetivos para mensuração do valor econômico da compensação pelos danos morais, deve o julgador valer-se das regras de experiência comum e bom senso, fixando essa verba de tal forma que não seja irrisória, a ponto de menosprezar a dor sofrida pela vítima, ou exagerada, tornando-se fonte de enriquecimento ilícito. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.067652-1, de Tubarão, rel. Des. Sônia Maria Schmitz , j. 28-07-2011)

Em suma, a verba indenizatória não pode levar em conta apenas o potencial econômico do requerido, deve cotejar também a repercussão da indenização sobre a situação social e patrimonial do ofendido.

Nessa toada, o apelado disse ter sofrido humilhação, já que foi detido por volta das 7h da manhã, por agentes da policial civil, na empresa

em que trabalhava, a Ludial Móveis Ltda ME (fls. 20-21).

Entretanto, inexistente nos autos demonstração de que a conduta lesiva perpetrada pelos policiais ocorreu na presença de transeuntes ou colegas de profissão, ônus que recaía ao autor (art. 333, inciso I do CPC).

Ainda que fosse considerar tal afirmativa, denota-se que o confinamento do apelado, embora vexatório, perdurou por algumas horas, dado que, naquela mesma data - 01-09-2010 – foi determinada a revogação do mandado expedido (fl. 151).

Logo, sopesando a culpa do ente público, o nível sócio-econômico das partes e as consequências do ato ilícito, imputase a minoração do quantum indenizatório, fixado à título de danos morais, para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

### **Dos honorários advocatícios**

Concernente aos honorários de advogado, sabe-se que o Magistrado pode eleger como base de cálculo tanto o valor da causa, como o da condenação ou, ainda, tomar como base valor fixo, levando em consideração as circunstâncias das alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do art. 20, § 3º do CPC/73.

A doutrina, quanto à fixação da verba honorária, assim disciplina:

Critérios para fixação dos honorários. São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado (JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 236/237).

Nesse sentido, o valor arbitrado em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação mostra-se adequado ao trabalho e zelo profissional dos procuradores das partes, a teor do art. 20, § 3º do CPC.

### **Do ônus sucumbencial**

Dada a alteração da sucumbência aqui configurada, impõe-se a condenação recíproca das partes, à razão de 50% (cinquenta por cento), ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Observa-se, todavia, a gratuidade da justiça do autor, deferida à fl. 465, e a isenção legal do Estado, ora apelante, relativamente às custas processuais (art. 35, “h”, LC n. 156/97).

### **Dos consectários legais**

Aprecia-se, de ofício, o cálculo dos consectários legais, por consistir em matéria de ordem pública.

A atualização monetária, conforme definido na primeira instância, deverá ser computada com base no INPC até 30- 6-2009, consoante o entendimento consolidado desta Corte:

A atualização monetária das prestações vencidas e não pagas, [...] será calculada com base nos seguintes índices aplicáveis segundo a época de vigência da dívida: [...] INPC, de agosto de 2006 em diante (art. 41-A, da Lei n. 8.213/91, incluído pela MP n. 316/06 convertida na Lei n. 11.430/06)”(AC n. 2011.018208-3, rel. Des. Jaime Ramos, j. 30.6.11).

Na vigência da Lei n. 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, estipulou o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o tema 810 da repercussão geral, em recente julgamento, no RE 870947:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A

REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e

serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIOW, N.G. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. *Macroeconomia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. *Macroeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).

4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços.

5. Recurso extraordinário parcialmente provido. (RE 870947/SE, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20-9-2017, DJE 20-11- 2017).

Assim, altera-se o cálculo da correção monetária, para que, a partir de 1-7-2009, seja utilizado o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

Mantém-se os juros de mora, computados a partir do ato citatório, correspondentes ao índice oficial de atualização da caderneta de poupança.

Já o dano moral deve ser atualizado monetariamente, a contar deste julgamento (“data de seu arbitramento”), nos termos da Súmula 362 do STJ. Os juros, por seu turno, deverão incidir desde a data do evento danoso (01-09-2010), conforme dispõe a Súmula 54 do STJ.

## **Conclusão**

Diante do exposto, é medida que se impõe a) conhecer e acolher parcialmente o apelo, para minorar o quantum indenizatório para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e b) de ofício, adequar os consectários legais.

Este é o voto.



**Apelação Cível n. 0006128-77.2011.8.24.0011, de Brusque**

Relator: Desembargador Júlio César Knoll

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PARTE DO TERRENO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP). INCLUSÃO DE IMAGEM NÃO TRAZIDA NO JUÍZO DE ORIGEM. INOVAÇÃO RECURSAL, NESTE ASPECTO, INCLUSIVE DA ARGUMENTAÇÃO DAÍ LANÇADA. EMBARGO REALIZADO SOMENTE NO QUE TANGE AO ATERRO FEITO PELO AUTOR. NÃO APURAÇÃO DE INVIABILIDADE TOTAL DE CONSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO À ÉPOCA DOS FATOS. EFETIVAÇÃO DE DISTRATO COM A VENDEDORA DO BEM. FALTA DE PREENCHIMENTOS DOS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO, EM PARTE, E NESTA, NÃO ACOLHIDO.

[...] “Não cabe, portanto, indenização ao proprietário que alegue prejuízo econômico em decorrência da impossibilidade de exploração da(s) área(s) destinada(s) às APP’s em sua propriedade. Tais limitações, gerais e abstratas, são instituídas por lei e têm como objetivo a proteção de interesses transindividuais, devendo ser observadas por todas as propriedades que apresentem as características descritas pelo Novo Código Florestal.” (THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, pgs. 298).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0006128-77.2011.8.24.0011, da comarca de Brusque Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos em que Apelante(s) Leo Andreola e Apelado(s) Município de Brusque e Imobiliária Moresco Ltda.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer parcialmente do recurso, e, neste aspecto, desprovê-lo, mantendo-se incólume a sentença objurgada. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 23 de janeiro de 2018, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Ricardo Roesler, com voto, e dele participou o Des. Pedro Manoel Abreu.

Funcionou como representante do Ministério Público o Dr. Américo Bigaton.

Florianópolis, 23 de janeiro de 2018.

Desembargador Júlio César Knoll  
Relator

## RELATÓRIO

Perante a Vara da Fazenda Pública da comarca de Brusque, Leo Andreola, devidamente qualificado, com fulcro nos permissivos legais, através de procuradores habilitados, ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais, em desfavor da Imobiliária Moresco Ltda e do Município de Brusque.

Relatou, em apartada síntese, que, no ano de 2008, efetuou, juntamente com o seu irmão, Alexandre Andreola, a compra de um terreno localizado no bairro Guarani, no valor de R\$ 37.000,00 (trinta e sete mil reais), com a primeira requerida, a Imobiliária Moresco Ltda.

Sustentou que, ao adquirir o imóvel, no intuito de construir sua casa própria, realizou, antes de iniciar as obras, pedido de autorização a tanto, bem como consulta prévia, tudo junto ao Município de Brusque, o qual forneceu resposta positiva à instauração de residência unifamiliar no local.

Pontuou que, ao final do documento confeccionado pelo ente público municipal, a Prefeitura aprovou as obras, bem como destacou a necessidade de respeitar um recuo posterior de 10 metros do talude do Ribeirão Guabiruba.

Alegou que, ao iniciar a construção, foi surpreendido pela Polícia Militar Ambiental, a qual a interditou e lavrou o auto de infração n. 20035, com a aplicação de multa no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), ao argumento de ‘destruir área de preservação permanente, mesmo que em formação, através de um aterro às margens do Ribeirão Guariba Baixa’. (fls. 04).

Ressaltou que, o aterro em questão estava sendo realizado em aproximadamente 12 metros do referido ribeirão, bem como diligenciou toda a documentação e autorização necessárias à execução da obra, mas que, após a interdição, cessou a edificação e respondeu ação na vara criminal, na qual realizou transação penal, com o pagamento de multa de R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais).

Disse que, em razão dos fatos, rescindiu, com o seu irmão, o contrato de compra e venda, formulado com a imobiliária requerida, uma vez que a área objeto da avença somente serve para proteção ambiental.

Destacou que, frente ao ocorrido, suportou prejuízos de ordem material e moral, a caracterizar a responsabilidade civil de ambas as requeridas.

Requereu, a par dos fatos, a procedência dos pedidos, a fim de condenar as demandadas ao ressarcimento de cunho extrapatrimonial, bem como no reembolso da Imobiliária quanto à multa contratual prevista, em 50% dela, em razão da exclusão da parte de seu irmão.

Além disso, ao pagamento dos danos materiais de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), com relação aos gastos com aluguel, e R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais), no que tange à multa nos autos da ação penal.

Citada, a L.A.M Administradora de Bens Ltda, cuja denominação social consta Imobiliária Moresco Ltda, apresentou resposta, na forma de contestação, na qual salientou que o embargo apenas decaiu em relação ao aterro, não da obra.

Suscitou que, o autor não apresentou o projeto de construção para a Diretoria de Controle Urbanístico de Brusque, de maneira que não pode alegar que foi impedido de construir, bem como rebateu os demais pontos arguidos na prefacial.

Igualmente citado, o Município de Brusque contestou a inicial, momento em que afirmou, resumidamente, que a licença apenas constitui uma avaliação de regularidades de projetos, bem como defendeu a ausência dos requisitos necessários à indenização.

Houve réplica (fls. 148/152).

O processo foi endereçado à audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que tomado o depoimento do irmão do autor, na condição de informante (fls. 162).

A seguir, o MM. Juiz Substituto, Dr. Stefan Moreno Schoenawa, julgou o processo, nos seguintes termos:

Ante o exposto e com julgamento de mérito, conforme art. 269, I, do CPC., REJEITO o pedido formulado por LEO ANDREOLA em face da IMOBILIÁRIA MORESCO LTDA., e da MUNICIPALIDADE DE BRUSQUE. Condeno o autor a arcar com custas, despesas processuais e em honorários, que ora arbitro em 10% sobre o valor atualizado constante da exordial. Ressalte-se que, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita, a cobrança deverá ficar suspensa pelo prazo quinquenal, conforme art. 12, da Lei 1.060/50. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Oportunamente archive-se. (fls. 165/174).

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação, no qual arguiu, em suma, que o recuo mínimo de 10 metros do Ribeirão Guabiruba Baixa, dito pelo próprio Município de Brusque contrariou lei federal que

determina 30 metros, nestas hipóteses.

Salientou que, independente do tipo de obra que construísse no terreno objeto do litígio, haveria irregularidade, em razão da necessidade de recuo mínimo de 30 metros, em relação ao ribeirão.

Destacou que, ao contrário do que decidido na origem, o restante do terreno não comportaria a construção de residência de 70 metros, ao considerar a margem de recuo estabelecida por lei federal.

Especificou que, “o terreno possuía 34,79m de comprimento no seu lado direito e 43,32m de comprimento no seu lado esquerdo, concluiu-se que, respeitando-se o recuo de 30,00m estabelecido pela legislação ambiental e o recuo de 1,50m na parte frontal do imóvel, destinado ao passeio público estabelecido pelo Município de Brusque, restariam, respectivamente, 3,29m e 11,82m, o que apenas com um passar dos olhos sobre o mapa ilustrativo demonstrado anteriormente, já é possível de se concluir que jamais caberiam duas residências sobre a área útil remanescente do terreno, que era o objetivo da compra do imóvel [...]”. (fls. 183).

Reconheceu que, a obra por ele realizada estava em desacordo com a legislação ambiental, mas que somente foi efetivada porque o Município de Brusque o induziu a erro, ao fornecer licença para construção com recuo de apenas 10 metros.

Afirmou que, em relação à imobiliária, não houve o repasse de informações corretas sobre o imóvel ali adquirido.

Pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de julgar procedente os pedidos inaugurais, com a inversão do ônus de sucumbência.

Contrarrazões pelo Município de Brusque, às fls. 191/200.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de

Justiça o Exmo. Sr. Dr André Carvalho, que não identificou interesse público na causa, a justificar a sua intervenção no feito.

Após, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

## VOTO

De início, mister enfatizar que, como a decisão vergastada foi prolatada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, as disposições do novo regramento processualista não se aplicam ao presente recurso.

Trata-se de apelação cível, interposta em face da sentença que julgou improcedente os pedidos formulados nesta demanda, proposta por Léo Andreola, em face da Imobiliária Moresco Ltda e do Município de Brusque.

O caso traçado nos autos vem essencialmente embasado na compra de um imóvel, mas que depois surpreendido o autor, com atuação de infração de órgão ambiental em seu desfavor, em razão de o aterro ali feito atingir área de preservação permanente, às margens do Ribeirão Guabiruba, não obstante lograr aceitação em consulta prévia municipal e alvará de construção na área.

Para conferir substrato aos requerimentos de cunho compensatório, a inicial diligenciou, neste aspecto, uma gama de documentação, mas nada ali indicou, efetivamente, a imagem trazida ao processo às fls. 182, agora, em sede recursal, bem como a conclusão daí retirada.

Nesse contexto, observo a pretensão de o autor trazer à tona, realmente, meio de prova antes não utilizado nos autos, de maneira a caracterizar, então, a inovação recursal, o que é severamente defeso a essa fase.

O esteio, na verdade, está atingido pelos efeitos da preclusão. O diploma processualista civil, afinal, bem dita as etapas em que as partes dispõem à juntada de documentos – em segunda instância, há admissão, salvo excepcional hipótese, quando se refere a fatos novos ou contrapor argumento posterior à contestação.

Como a hipótese não guarda identidade com nenhum desses requisitos, não há que se reconhecer da imagem colacionada às 182 e a argumentação daí lançada.

Sobre o tema, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, lecionam:

“Por inovação entende-se todo elemento que pode servir de base para a decisão do tribunal, que não foi argüido ou discutido no processo, no procedimento de primeiro grau de jurisdição (Fasching, ZPR, n. 1721, p. 872). Não se pode inovar no juízo de apelação, sendo defeso às partes modificar a causa de pedir ou o pedido (nova demanda). Todavia, a norma comentada permite que sejam alegadas questões novas, de fato, desde que se comprove que não foram levantadas no primeiro grau por motivo de força maior. Pela proibição do *ius novorum* prestigia-se a atividade do juízo de primeiro grau (Holzhammer, ZPR, p. 322; Barbosa Moreira, Coment., n. 248, pp. 454/455)” (Código de Processo Civil Comentado. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 860).

A seu turno, a jurisprudência não destoa:

A inovação dos fundamentos e fatos da lide, em sede recursal, é inadmissível, violando os princípios da estabilização da lide e do duplo grau de jurisdição, além de configurar deslealdade processual, na medida em que obstaculiza a defesa da parte adversa, salvo comprovação da parte de que deixou de fazê-lo por motivo de força maior, inócurrenente na hipótese. (TJSC, Des. Cid Goulart). (TJSC, Apelação Cível n. 0015342-03.2013.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 22-8-2017).

E, ainda:

“O recurso deve conter as razões de fato e de direito pertinentes aos

fundamentos que embasaram o desfecho da ação, demonstrando o real intuito de reformar a sentença vergastada. Há, no dispositivo legal supra, requisito extrínseco à admissibilidade recursal que deve ser cumprido pelo autor, pois sem identidade as razões do recurso com o contexto dos autos, o que importa no seu não conhecimento”. (Ap. Cív. n. 2011.043557-5, de Itajaí, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 22-5-2012).

Logo, considerando a imperiosa vedação de devolver matéria à instância superior que não foi objeto de análise em primeiro grau, além de que inexistiu prova do que dispõe o artigo 517 do CPC/73, não conheço do recurso, neste aspecto.

Superada tal questão, tem lugar, agora, a questão de fundo.

Restou incontroverso nos autos que Léo Andreola adquiriu, em conjunto com o seu irmão, Alexandre Andreola, imóvel localizado na cidade de Brusque, mais precisamente na rua Gabriel Siegel, no bairro Guarani, com a Imobiliária Moresco Ltda.

*A cópia do instrumento de compra e venda daí firmado assim identificou a área:*

Um terreno situado nesta cidade e Comarca de Brusque, Estado de Santa Catarina, no Lado Direito da Rua Gabriel Siegel, antiga Estrada Geral da Guabiruba Baixa, Bairro Guarani, **caracterizado pelo Lote 09-A com área de 1027,71 m<sup>2</sup> (hum mil e vinte e sete metros e setenta e um decímetros quadrados)**, com as seguintes medidas e confrontações: FRENTE: com 36,02 com a Rua Gabriel Siegel; FUNDOS: com 27,81 m<sup>2</sup> confronta com a margem direita do Rio Guabiruba; LADO DIREITO: com 43,32 com terras do proprietário e LADO ESQUERDO: com 34,79 com terras do proprietário. Terreno este desmembrado de área maior de 8.750,46 m<sup>2</sup> (oito mil, setecentos e cinquenta metros e quarenta e seis decímetros quadrados), com as seguintes medidas e confrontações: FRENTE: com 261,63 mts, com a Rua Gabriel Siegel; FUNDOS: com 302,26 mts, confronta com a margem direita do Rio Guabiruba; do LADO DIREITO: com 46,85 mts confronta com o Rio Guabiruba Baixa, hj terras de Hélio Sens; do LADO ESQUERDO: com 12,00 mts, com terras de Antônio Batschauer, em benfeitorias. Devidamente



Registrado no Registro de Imóveis da Comarca de Brusque SC, no Livro 2-a, fls 001, da matrícula n. 47.059. (fls. 28/30, destaquei).

E, segundo colhe-se do caderno processual, o autor foi autuado pela Polícia Militar Ambiental, na seguinte razão: “Pelo presente termo foi embargado uma área de 234 m<sup>2</sup> (duzentos e trinta e quatro metros quadrados) concernente ao serviço de aterro em área de preservação permanente (às margens do Ribeirão Guabiruba Baixa).” (fls. 50).

Antes disso, porém, o demandante bem frisou que realizou consulta prévia com a Prefeitura Municipal de Brusque, cujo resultado foi de aprovação, com a seguinte observação: “Recuo Posterior 10,00metros do talude superior do Ribeirão Guabiruba”. (fls. 44).

Em seguida, também pontuou que logrou êxito em licença para construção de imóvel no terreno adquirido, em consonância, outrossim, com o alvará trazido às fls. 48, cujo teor evidencia “edificação residencial em alvenaria, com área total de 70,00m<sup>2</sup> sendo 1 pavimento(s) localizado na R Gabriel Siegel s/n.” (fls. 48).

A par dessas circunstâncias, sinalizou a realização de distrato ao contrato firmado para adquirir o terreno alhures detalhado, com a imobiliária requerida, bem como uma série de transtornos materiais e morais sofridos, decorrentes do episódio ora delineado.

E no aspecto patrimonial, vale especificar, frisou o desembolso de valor correspondente à multa aplicada em ação penal daí deflagrada, e, ainda, de quantia dada ao aluguel, enquanto não resolvida a situação do terreno que, segundo afirma, comprou para construção de casa própria.

Nada obstante a situação narrada, o caso dos autos principalmente versa, na verdade, sobre o aterro pelo qual o autor realizou às margens Ribeirão Guabiruba Baixa, a autorizar o embargo de área correspondente a 234 m<sup>2</sup> (duzentos e trinta e quatro metros quadrados), segundo infere-se às fls. 50.

E digo isso porque, ao analisar o perímetro do terreno objeto da compra, verifico o alcance total dele em 1.027,71 m<sup>2</sup> (um mil e vinte e sete metros e setenta e um decímetros quadrados), ao passo em que o imóvel no qual se pretendia a construção somente foi estipulado em 70 m<sup>2</sup> (setenta metros quadrados) – fls. 28/30, 36, 37/38, 46 e 48.

De fácil percepção, com o mero confronto de medidas, a extensa sobra de área ao terreno, caso a parte autora ainda quisesse levar a efeito a construção de um imóvel, como defendeu ter planejado.

O Magistrado a quo, assevero, bem chegou nessa conclusão ao preceituar que:

[...] analisando a dinâmica dos fatos se verificou que o imóvel não encontra as restrições permanentes descritas na exordial. Todo embargo descrito foi ocasionado exclusivamente pela atitude do autor, que procedeu com um aterro situado às margens do Ribeirão Guabiruba Baixo, visto que o imóvel tem área total de 1.027,71 m<sup>2</sup> (um mil e vinte metros e sete e setenta e um decímetros quadrados), restando muito espaço para construção de uma casa de 70m<sup>2</sup> (fl. 39), com uma taxa de ocupação de 6,8% (seis virgula oito por cento). (fls. 165/174).

De todo prescindível maiores aprofundamentos sobre a magnitude da área de preservação permanente em torno de qualquer bem – a própria expressão, a propósito, bem abriga a existência de domínio ambiental relevante, a fazer valer a preservação da vegetação ali inserta, no caminhar da função socioambiental da propriedade.

Mas trago à baila, ainda assim, lição de Romeu Thomé:

**Toda propriedade, seja ela de domínio público ou privado, deverá manter preservadas as Áreas de Preservação Permanente, respeitando o preceito constitucional da função social da propriedade.** A vegetação das APP's, preservada, contribui para manter o equilíbrio ambiental, direito de todos, nos termos do artigo 225, caput, da Constituição de 1988. Desta forma, a vegetação localizada em APP deve ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante, seja pessoa física ou jurídica,

de direito público ou privado.

**O artigo 2º do Novo Código Florestal indica que a instituição de Áreas de Preservação Permanente tem natureza de limitação à propriedade. Trata-se de uma limitação restritiva calcada no princípio constitucional da função socioambiental da propriedade.** Limitação restritiva, pois nos casos de APP em propriedades privadas, não há a desapropriação do bem (limitação supressiva), mas apenas a restrição da utilização da propriedade privada, calcada na sua função socioambiental.

**Não cabe, portanto, indenização ao proprietário que alegue prejuízo econômico em decorrência da impossibilidade de exploração da(s) área(s) destinada(s) às APP's em sua propriedade.** Tais limitações, gerais e abstratas, são instituídas por lei e têm como objetivo a proteção de interesses transindividuais, devendo ser observadas por todas as propriedades que apresentem as características descritas pelo Novo Código Florestal. (Manual de Direito Ambiental. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, pgs. 298, grifo nosso).

Que o curso d'água e a vegetação daí resultante abrangem área de preservação permanente, a determinar o respeito de faixa marginal na porção de terra em voga, não houve qualquer impasse nos autos.

Tanto que, como assinalado, o serviço de aterro efetuado no terreno deflagrou denúncia crime pelo Ministério Público Estadual, cujo desfecho consistiu na aceitação de proposta de transação penal ao pagamento de pena pecuniária (fls. 56/61).

A importância da preservação de toda a vida gerada em torno dos rios e cursos d'água assume, efetivamente, posição de destaque frente à construção ou modificação de qualquer área ali encontrada, detalhe a fazer render, novamente, o prisma da função socioambiental.

Não foi à toa, então, que o juízo de origem demandou esforço a justificar o merecimento conferido à proteção da área sob enfoque:

O problema central da questão foi realmente o aterro realizado pelo autor às margens do rio.

É sabido que os rios e cursos d'água cumprem uma importante função social e ambiental, e toda a legislação pátria nos dá conta da necessidade de se manter um espaço às duas margens, para o desenvolvimento dos ecossistemas naturais e garantia da qualidade de vida das espécies animais e do ser humano.

Os rios são de grande importância para a vida nos mais variados ecossistemas, uma vez que a vegetação existente nas suas margens, a mata ciliar (ou mata de galeria, ou floresta ripária), é de vital importância à preservação natureza, pois a mesma evita o processo de erosão do solo, já que parte da água que escoas das chuvas é retida pelas raízes dessa vegetação.

A Mata Ciliar não só protege os rios como evita o ressecamento do solo, a erosão e o desbarrancamento, mas também preserva a flora e a fauna que habitam estas áreas, contribuindo para evitar o desaparecimento de espécies.

**Tais dados são de unânime conhecimento social e não são autorizações, licenças ou alvarás que vão conseguir reverter áreas de utilidade pública e de relevante interesse social. Na sociedade moderna todos devem cumprir com a sua função social.** (fls. 165/174, grifo nosso).

A par das circunstâncias, o realce que se quer dar é que, em um sopesar de interesses, há incontestável prevalência daquilo que vai ao encontro do melhor atendimento público e social, em detrimento de qualquer procedimento administrativo então realizado.

Volvendo ao caso em concreto, o autor praticamente formulou o pedido de compensação aqui levado a efeito, sob a afirmação da venda de terreno constituído por área de preservação ambiental permanente, pela imobiliária, e, por outro lado, da incorreta orientação feita pelo Município, no que toca à construção de casa na área.

De qualquer sorte, pontuo que, na condição de sabedor que o imóvel confrontava área próxima à margem de ribeirão, poderia o próprio comprador diligenciar junto aos órgãos ambientais, inclusive na esfera estadual, a apuração de eventuais restrições ali existentes.

Não se desmerece, por certo, a consulta prévia realizada com o Município de Brusque, a qual indicou, de fato,

“Recuo Posterior 10,00metros do talude superior do Ribeirão Guabiruba.” (fls. 44) .

Mas o documento administrativo também já deixou assente que, “as informações constantes abaixo, tem valor somente enquanto prevalecer a legislação atual. Esta consulta não dá direito a construir, somente após a concessão do alvará de construção, este direito é adquirido”.

E ainda atentou a leitura do verso do parecer, somente trazido pela Imobiliária Moresco, não impugnado pelo autor, vale dizer, com o seguinte aviso: “se houver cursos d’água (rio, ribeirão, vala, etc) cortando, delimitando ou nas proximidades do terreno, devem ser respeitados os recuos previstos na legislação”. (fls.133-v)

O autor até trouxe alvará de construção à obra onde pretendida do terreno, mas repisa-se: ainda que embargado aterro no local (234m<sup>2</sup>), haveria, ao que tudo indica, resto de espaço ao levantamento da casa, a qual teria área total de 70m<sup>2</sup>, em comparação aos 1.027,71m<sup>2</sup>, do terreno.

Neste contexto, Hely Lopes Meirelles, com o acerto que lhe é peculiar, enfatiza que, “(...) a limitação administrativa, por ser uma restrição geral e de interesse coletivo, em regra, não obriga o Poder Público a qualquer indenização”. Contudo, “se o impedimento de construção ou desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição do uso da propriedade, e, neste caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem” (Direito administrativo brasileiro. 37<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 688).

Com base nisso, possível afastar o pleito de ressarcimento, porque não há evidência de que o impedimento da construção atinja todo o

território antes adquirido.

A hipótese ainda ganhou tamanha peculiaridade, porque o postulante tanto afirmou que viu seu direito de construção obstruído frente à infração dada ao aterro, ainda que sempre buscasse respeitar as orientações legais próprias dali, mas não mencionou na exordial que o dito embargo sucedeu em momento em que ele nem possuía o alvará!

Note-se: o “Termo de Embargo/Interdição ou Suspensão” procedido pela Polícia Militar foi lavrado em 19 de julho de 2008 (fls. 50), mas o alvará de construção somente ganhou forma em 12 de setembro de 2008 (fls. 48).

Não tudo fosse isso, não vislumbrei dedicação à comprovação de que, depois do embargo ao aterro, estaria a construção em conformidade com aquilo dito pelo órgão público municipal, porque logo o autor procurou a rescisão contratual da compra e venda então firmada com a imobiliária requerida.

E, neste ponto, também não houve qualquer levantamento de dificuldade à efetivação do distrato feito pelas partes. Tanto que, em dezembro de 2008, a Imobiliária Molesco Ltda, e, de outro lado, Alexandre Andreola e Leo Andreola colocaram fim ao contrato, donde ainda acertada a devolução da quantia de R\$ 18.700,00 (dezoito mil e setecentos reais) e as benfeitorias do terreno aos compradores.

Destarte, não apurei irregularidade ou ilegalidade nas condutas dos requeridos, de maneira a ofuscar a presença do nexos causal disso em relação ao suposto dano experimentado pelo autor.

À guisa de fundamentação, colhe-se da jurisprudência:

Apelação cível. Constitucional e administrativo. Danos morais. Construção de garagem sem o afastamento frontal necessário. Ausência de alvará. Área non aedificandi. Obra clandestina. Demolição sumária após notificação de embargo. Pleito indenizatório negado. Recurso

desprovido. O ato ilegal do particular que constrói sem licença rende ensejo a que a administração use o poder de polícia que lhe é reconhecido para embargar, imediata e sumariamente, o prosseguimento da obra e efetivar a demolição do que estiver irregular, com seus próprios meios, sem necessidade de um procedimento formal anterior, porque não há licença ou alvará a ser invalidado. Basta a constatação da clandestinidade da construção, pelo autor de infração, para o imediato embargo e ordem de demolição (Hely Lopes Meirelles). **Agindo os agentes públicos de acordo com o exercício regular do direito e no estrito cumprimento de seus deveres legais, não faz jus, o autor, à indenização pelos danos morais decorrentes da demolição.** (TJSC, Apelação Cível n. 2013.067224-1, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 26-11-2013, grifo nosso).

INDENIZATÓRIA - DEMOLIÇÃO DE EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP) - AUSÊNCIA DE ALVARÁ - OBRA CLANDESTINA - EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA PELO ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS - AUSÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR. **A autoridade municipal, no exercício do poder de polícia que lhe é conferido pela legislação, com direito à auto-executoriedade dos atos administrativos, pode embargar e demolir obra clandestina insuscetível de regularização, construída sem alvará de licença em área de preservação permanente, de modo que os autores não fazem jus à indenização pelos danos morais e materiais decorrentes da demolição, uma vez que os agentes públicos agiram de acordo com o exercício regular do direito e no estrito cumprimento do dever legal.** (TJSC, Apelação Cível n. 2010.025591-2, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 30-09-2010, grifo nosso).

*E do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:*

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DIREITO ADMINISTRATIVO - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL MEDIANTE FINANCIAMENTO - POSTERIOR DESCOBERTA DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - RESPONSABILIDADE IMPUTADA À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E AO MUNICÍPIO DE

DIVINÓPOLIS - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL - OBRIGAÇÃO QUE NÃO LHES ERA EXIGIDA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Inexistindo, quanto ao município e ao banco, obrigação legal e contratual, respectivamente, de fornecer informações acerca de eventuais limitações ambientais constantes do imóvel adquirido pelo autor da ação de terceiro não integrante do feito, não se vislumbra o nexo causal necessário para o reconhecimento da pretensa responsabilização civil. Recurso não provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0223.13.015274-5/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Junior , 6ª CÂMARA CÍVEL, julg. em 22-8-2017).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente do recurso, e, neste aspecto, desprovê-lo, mantendo-se incólume a sentença objurgada.

Por fim, oportuno acentuar que, como na hipótese, o presente recurso foi interposto em desfavor de decisão publicada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, não é devida a condenação em honorários sucumbenciais recursais, previstos no novo diploma processualista – Enunciado n. 7, do STJ: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.”

*Este é o voto.*



**Apelação Cível n. 0010789-92.2013.8.24.0023, da Capital**

Relator: Desembargador Júlio César Knoll

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECHAÇADA. PEDIDO VOLTADO À DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO FISCAL. LANÇAMENTO DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISS) AO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO (SPC), EM DESFAVOR DA FEDERAÇÃO DAS CÂMARAS DE DIRIGENTES LOJISTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO EM RELAÇÃO À EXTENSÃO DA ATIVIDADE A TERCEIROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS DE FORMA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA IRRETOCÁVEL. RECURSO E REMESSA OFICIAL CONHECIDOS E NÃO ACOLHIDOS.

“O CDL, realizando atividades de fins não lucrativos, destinados a atender seus próprios sócios, visando a realização de suas finalidades estatutárias não está sujeito à incidência do ISS” (REsp 61.926/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2001, DJ 15/04/2002, p. 187) [...] (REsp 1338554/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 13/05/2015).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0010789-92.2013.8.24.0023, da comarca da Capital 3ª Vara da Fazenda Pública em que é Apelante Município de Florianópolis e Apelado Federação das Câmaras de Dirigentes Logistas do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso e ao reexame necessário, mantendo-se incólume a sentença objurgada, nos termos da fundamentação exposta. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 10 de julho de 2018, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ronei Danielli.

Funcionou como representante do Ministério Público o Dr. Murilo Casemiro Mattos.

Florianópolis, 10 de julho de 2018.

Desembargador Júlio César Knoll  
Relator

## RELATÓRIO

Perante a 3ª Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital, a Federação das Câmaras de Dirigentes Lojistas de Santa Catarina, devidamente qualificada, através de procuradores habilitados, com fulcro nos permissivos legais, ajuizou ação ordinária com pedido de tutela antecipada, contra o Município de Florianópolis.

Relatou, na essência, ter sido notificada, administrativamente, pela falta de recolhimento do ISSQN (ISS), no exercício fiscal de 2004 a 2008, com as seguintes identificações: 17542/08/VF, 17543/08/VF, 17544/08/VF, 17545/08/VF e 17546/08/VF.

Defendeu, porém, a ilegalidade do lançamento, porque constitui tentativa de tributação de serviços prestados com natureza associativa, sem fins lucrativos.

Requeru, a par dos fatos, a concessão de tutela antecipada, a fim de determinar a suspensão da exigibilidade do referido imposto, no que concerne aos serviços de consulta ao SPC, bem como, no mérito, a declaração de inexistência da relação jurídico tributária.

A decisão de fls. 177/178 deferiu a liminar pretendida para suspender a exigibilidade do crédito tributário, além de que determinou a citação do demandado.

Devidamente citado, o Município de Florianópolis apresentou resposta, na forma de contestação, momento em que rebateu os pontos arguidos na prefacial.

Houve réplica (fls. 211/216).

Na seqüência, o então Juiz de Direito, Dr. Hélio do Valle Pereira, prolatou sentença ao processo, cuja conclusão foi a seguinte:

“Assim, julgo procedente o pedido para anular os créditos tributários. Condeno o Município ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 30.000,00, quantia que, maior do que a usual e rente ao § 4º do art. 20 do CPC, permite remunerar o labor de maneira que equilibre a falta de uma complexidade especial da causa com a sua grande extensão patrimonial. Sem custas. Sentença sujeita ao reexame necessário. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.” (fls. 218/222).

Inconformado, o Município de Florianópolis interpôs recurso de apelação, no qual defendeu, resumidamente, a incidência do ISS sobre os serviços de proteção ao crédito, mediante remuneração aos associados da autora.

Enquadrou, nas razões da insurgência, a hipótese do recolhimento ao item 17.01 da Lei Complementar n. 116/03, bem como na Lei Complementar Municipal n. 07/1997.

Ressaltou a necessidade de minoração do valor fixado a título de honorários advocatícios.

Pugnou pelo conhecimento e acolhimento do recurso.

Contrarrrazões às fls. 239/250.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o então Procurador Dr. André Carvalho, que não identificou interesse público na causa a justificar a sua intervenção.

Este é o relatório

## VOTO

De início, mister enfatizar que como a decisão vergastada foi prolatada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, as disposições do novo regramento processualista não se aplicam ao presente recurso.

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação, em face da sentença que, em linhas gerais, julgou procedente os pedidos iniciais formulados nesta demanda, proposta pela Federação das Câmaras de Dirigentes Lojistas de Santa Catarina (FCDL-SC), contra o Município de Florianópolis.

Antes de adentrar na questão propriamente dita, observo que, em contrarrrazões, a parte autora ponderou a violação ao princípio da dialeticidade no apelo então manejado, porque não atacada a fundamentação lançada em sentença, tudo a autorizar o não conhecimento do recurso.

Neste contexto, acentua-se que, em atenção ao princípio da dialeticidade, o recurso de apelação deve conter os fundamentos de fato e de direito, a amparar o pedido de reforma da sentença, dada a dicção do artigo 514, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973.

Não obstante, da análise do teor das razões recursais apresentadas, observa-se que, embora os pontos do mérito realmente reprisarem

aquilo já ventilado em defesa, os argumentos ali explanados não deixam de impugnar aquilo decidido em sentença, de modo a ofuscar a ideia de ofensa em ao princípio em voga.

Vale ressaltar, outrossim, que a mera repetição dos motivos deduzidos na peça de defesa, não impedem, por si só, o conhecimento do recurso de apelação, mormente quando as razões recursais estão condizentes com a causa de pedir e deixam cristalino o interesse pela reforma da sentença.

Neste sentido:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. REPETIÇÃO DOS ARGUMENTOS DEDUZIDOS NA CONTESTAÇÃO. POSSIBILIDADE. I - ‘A repetição dos argumentos deduzidos na contestação não impede por si só, o conhecimento do recurso de apelação, notadamente quando suas razões estão condizentes com a causa de pedir e deixam claro o interesse pela reforma da sentença.’ (REsp. n. 707.776/MS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 1-12- 2008). Recurso Especial provido (REsp. n. 1172829/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 3-5-2011).

Ultrapassada a barreira, denota-se, agora, que a insurgência voluntária apresentou-se tempestiva e satisfez os demais pressupostos de admissibilidade, motivo pelo qual merece ser conhecida.

Daí que é possível chegar na análise de fundo.

A Federação das Câmaras de Dirigentes Lojistas de Santa Catarina moveu ação em desfavor do Município de Florianópolis, pois notificada pelo respectivo ente federativo sobre a ausência de recolhimento do ISSQN (ISS) aos exercícios fiscais de 2004 a 2008, em relação à prestação de serviço de consulta e registro de dados, o popular SPC.

Essencialmente, suscitou a impossibilidade de tributar as atividades de associações sem fins lucrativos, diante da ausência de

natureza mercantil, daí porque defendeu a inexistência de relação jurídico tributária, ao menos neste tipo de atividade.

Como a causa de pedir ganhou abraço, lá na origem, na consequente anulação dos lançamentos aos créditos tributários, o Município de Florianópolis manejou instrumento de discórdia ao decidido, a presente apelação, no lógico fito da reviravolta processual.

Ali reforçou a incidência do ISS aos serviços de proteção ao crédito prestados pela entidade autora, ainda que a sua finalidade não traduza índole lucrativa, com base no fato gerador característico do tributo, a circulação econômica de bens imateriais, e a inclusão da atividade no anexo próprio da LC 116/03.

Pois bem.

De acordo com o artigo 156, inciso II, da Constituição Federal, o ISS é de competência do município e tem como fato gerador “serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.”

No seu turno, a Lei Complementar n. 116/2003, estabelece que:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§ 1º O imposto incide também sobre o serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País.

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

§ 3º O imposto de que trata esta Lei Complementar incide ainda sobre os serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos

explorados economicamente mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço.

§ 4º A incidência do imposto não depende da denominação dada ao serviço prestado.

*O aprofundamento do tema, em bem verdade, ganhou bom contorno na origem, porquanto acertadamente volveu a situação fática trilhada com a natureza associativa da autora, fora a delimitação da então conclusão com a jurisprudência - daí que reporto-me da fundamentação lançada, nestes termos:*

A Federação das Câmaras de Dirigentes Lojistas mantém um banco de dados destinado a arrolar maus pagadores.

Cuida-se de utilidade a ser fruída pelos seus próprios associados, que consultam os seus arquivos quando estiverem na iminência de realizar venda a crédito.

Não vejo, no caso, hipótese de incidência do imposto de serviço.

Como pondera José Eduardo Soares de Mello, o núcleo da exação não está em um serviço, mas em uma prestação de serviço, compreendendo um negócio (jurídico) pertinente a uma obrigação de fazer, de acordo com as diretrizes do direito privado. Exigem-se, portanto, serviços que revelem conteúdo econômico, realizados em caráter negocial o que afasta, desde logo, aqueles prestados a si mesmo, ou em regime familiar ou desinteressadamente (afetivo, caritativos) (Curso de direito tributário. São Paulo: Dialética, 2001, p. 341, 342).

Em outros termos, o contribuinte do ISS não é quem meramente faça alguma coisa para outrem, que seja responsável por um fazer. É mister que assim atue em caráter profissional, especulativo.

Na situação retratada no processo, a Federação das Câmaras de Dirigentes Lojistas criou um órgão para gerar utilidade para os próprios associados. É a associação trabalhando para os seus componentes. Natural que haja, em face dessa situação, a necessidade de reembolso de despesas, o que implicará receita em favor da pessoa jurídica. Tal fato não descaracteriza

a natureza não empresarial da missão. Logo, se a associação visa tão-somente o aumento patrimonial da própria pessoa jurídica, como um clube recreativo, por exemplo, não deve ser encarada como tendo intuito de lucro (Sílvio de Salvo Venosa, Direito Civil Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2002, p. 277).

É o caso da autora, que mesmo obtendo receitas, não tem por objetivo distribuir resultado patrimonial entre os seus integrantes.

Ratificando esse pensamento, decidiu-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - ISS - ISENÇÃO - CLUBE DOS DIRETORES LOJISTAS - ASSOCIAÇÃO DE CLASSE - CLT, ART. 511 E PARÁGRAFOS - VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA - DISSÍDIO PRETORIANO NÃO COMPROVADO - RISTJ, ART. 255 E PARÁGRAFOS – LEI 8.038/90.

- O CDL, realizando atividades de fins não lucrativos, destinados a atender seus próprios sócios, visando a realização de suas finalidades estatutárias não está sujeito à incidência do ISS.

- Constitui o CDL uma associação de classe, reunindo integrantes que exercem a mesma atividade econômica e social, os quais se beneficiam com as vantagens pecuniárias dos serviços prestados pela entidade, em cumprimento às determinações estatutárias.

- Dissídio jurisprudencial que colaciona acórdãos fincados em matéria de natureza constitucional, não se presta à comprovação da divergência interpretativa, como determina a legislação de regência.

- Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 61.926-RJ, rel. Min. Peçanha Martins)

O TJSC já decidiu nestes termos:

TRIBUTÁRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGÊNCIA DE DÉBITO FISCAL - ISS LANÇADO CONTRA SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO/SPC DA CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS (CDL) - SERVIÇO NÃO LISTADO NO DECRETO-LEI Nº 406/68 COM A REDAÇÃO DADA PELA LC 56/87 - ATIVIDADE SEM FINS LUCRATIVOS - SERVIÇO UTILIZADO APENAS



## PELOS ASSOCIADOS - RECURSO NÃO PROVIDO.

Não é possível ao Município cobrar ISS do Serviço de Proteção ao Crédito - SPC oferecido pela Câmara de Dirigentes Lojistas (CDL) somente aos próprios associados, ainda que sob remuneração de custos, mas sem fins lucrativos, consoante o previsto no estatuto, e, além disso, a atividade exercida não consta expressamente da lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/68 com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, cujas enumeração é exaustiva, não comportando ampliação na legislação municipal, que não pode autorizar a exação por analogia ou similitude, a não ser quando a atividade é a mesma constante do rol federal, embora com denominação diferente. (TJSC, AC 2005.002386-9, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos) Insistindo no ponto de vista, é verdade que a mais atual Lei Complementar 116/2007 traz redação mais larga, que pode abranger a utilidade prestada pela FCDL (o que prejudica em parte o pensamento exposto no último acórdão, elaborado à luz da legislação precedente).

Dá-se que a aplicação da lei não pode levar a uma inversão hierárquica, de sorte a dar preponderância à norma inferior.

O que foi ainda antes sustentado é no sentido de dizer que o serviço prestado pela autora não tem o perfil econômico exigido constitucionalmente na medida em que é destinado aos próprios associados.

Só que daí mesmo vem uma dificuldade.

Os lançamentos se basearam em relatório que não discrimina os serviços prestados aos próprios associados daqueles que tinham como destinatários terceiros. Nas fls. 110, o Município fala em clientes, mas ele mesmo coloca:

Associados? Quer dizer, não houve esse mínimo denodo de fazer o apartamento entre as informações dadas ao público externo e interno.

Atente-se, ainda, que no Conselho de Contribuintes a primeira decisão considerou que os serviços eram dados aos associados (fls. 140), mas depois houve até voto em que se buscava limitar a exação aos serviços fornecidos a terceiros (voto vencido de fls. 142).

Quer dizer, não tenho segurança para dizer que a tributação não abrangeu

também utilidades envolvendo pessoas não associadas o que poderia, em tese, justificar a constituição do crédito.

Só que, mesmo aí, existiria pelo menos vício formal em decorrência de invalidade do lançamento.

O TJSC já decidiu nos mesmos termos em processo decorrente deste juízo:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÕES ORDINÁRIA E CAUTELAR - CDL - SERVIÇO DE “CONSULTA DE CHEQUE” - PRESTAÇÃO DO SERVIÇO A ASSOCIADOS - ISS - INEXIGIBILIDADE - EXTENSÃO DO SERVIÇO A TERCEIROS - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - NULIDADE DAS NOTIFICAÇÕES

1. “O CDL, realizando atividades de fins não lucrativos, destinados a atender seus próprios sócios, visando a realização de suas finalidades estatutárias não está sujeito à incidência do ISS” (REsp n. 61.926/RJ, Min. Francisco Peçanha Martins).

2. Nula é a notificação de crédito tributário incerto, ilíquido e inexigível.

3. A questão posta nos autos se reporta à matéria cuja elucidação, para possibilitar a correta cobrança do ISS, deveria ser sanada em procedimento fiscalizatório administrativo. Mesmo que o Município conseguisse provar que a CDL presta serviços também a terceiros, as notificações continuariam eivadas de nulidade, justamente por não trazerem distinções quanto aos usuários. (TJSC, AC 2005.020988-5, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros). (fls. 218/220).

Bom reforçar: as notificações de fls. 112/126 detalham lançamento de tributo municipal, o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), a pretexto da ausência de seu recolhimento à prestação de

serviços “informações cadastrais e outras”, justo contra a FCDL-SC.

É que o estatuto dedicado à federação, essencialmente incorporada pelas Câmaras de Dirigentes Lojistas do Estado de Santa Catarina, claramente a atribui natureza de associação civil sem fins econômicos, nos seguintes moldes:

Artigo 1º. A Federação das Câmaras de Dirigentes Lojistas de Santa Catarina é uma associação civil sem fins econômicos, fundada em 22 de setembro de 1972, com sede na cidade de Florianópolis, de duração por tempo indeterminado, sendo regida pelo presente estatuto e naquilo que for omissis pela legislação vigente no Brasil.

§ 1º. A Federação das Câmaras de Dirigentes Lojistas de Santa Catarina é formada pela associação das Câmaras de Dirigentes Lojistas do Estado de Santa Catarina, cada qual constituída e representada na forma deste estatuto e por entidades afins, sendo uma instituição sem filiação político, partidária e voltada somente a atender os interesses de suas associadas. [...] (fls. 78/103).

*E nas suas finalidades, no ponto do Serviço de Proteção ao Crédito, o texto discorre:*

Artigo 2º. A Federação das Câmaras de Dirigentes Lojistas de Santa Catarina tem por finalidade:

[...]

h) Prestar orientação e assistência técnica aos Serviços de Proteção ao Crédito enquanto departamento das entidades associadas, bem como a outros serviços de interesse da atividade empresarial, desde que prestados por suas associadas. (fls. 78/103).

Todo o destacado também ficou corroborado pela cópia de fls. 50/75, datado de 14 de outubro de 2011.

O que se quer evidenciar é que, nas atividades desenvolvidas pelo Serviço de Proteção ao Crédito, os serviços prestados possuem anotação

direcionada aos seus próprios associados – previsão do estatuto da FCDL-SC (art. 2º, “h”) – e não houve, no caso, certeza de o lançamento feito pela municipalidade ter englobado as pessoas não associadas.

Em outras palavras, a pretensão de exigibilidade do crédito tributário careceu de elemento hígido sobre a extensão do serviço de proteção ao crédito, em relação a terceiros, ou seja, desvinculados da associação que rege a parte autora.

Em sintonia, a orientação que prevalece é que, como as Câmaras de Dirigentes Lojistas (CDL) traduzem caráter de associação de classe, sem fins lucrativos, os serviços daí prestados não estão sujeitos ao ISS.

*Confira-se:*

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “A” DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. MERA INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS SUPOSTAMENTE VIOLADOS. SÚMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. DEMONSTRAÇÃO. ISSQN. SERVIÇO DE CONSULTA A CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO PRESTADO POR CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS APENAS A SEUS ASSOCIADOS. AUSÊNCIA DE LUCRO. NÃO INCIDÊNCIA. NATUREZA DA ATIVIDADE VERIFICADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME. SÚMULA 7/STJ.

1. Discute-se nos autos a incidência de ISSQN sobre serviço de consulta a cadastros de proteção ao crédito prestado pela Câmara de Dirigentes Lojistas de Caxias do Sul, associação civil sem fins lucrativos, a seus associados.
2. A mera indicação dos dispositivos de lei supostamente violados, sem que se explicita, com transparência e objetividade, os motivos pelos quais o recorrente visa a reforma da decisão, é considerada deficiência na fundamentação do recurso especial e atrai a incidência da Súmula 284/STF.
3. A Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.111.234/PR, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon (DJe 8/10/2009), pelo rito

previsto no art. 543-C do CPC, pacificou entendimento no sentido de que “é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, aos já existentes apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para serviços congêneres”.

4. Conforme delineado pelas instâncias ordinárias, a Câmara de Dirigentes Lojistas de Caxias do Sul é uma associação cujos serviços destinam-se a atender seus próprios sócios, os diretores de lojas, sem objetivo de lucro, mas visando a realização de seus objetivos, tal como previsto em seu estatuto.

5. **“O CDL, realizando atividades de fins não lucrativos, destinados a atender seus próprios sócios, visando a realização de suas finalidades estatutárias não está sujeito à incidência do ISS” (REsp 61.926/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2001, DJ 15/04/2002, p. 187)** 6. Verificado pelo Tribunal de origem que não há, in casu, distribuição de lucros nem dividendos na prestação de serviços pela CDL aos seus associados, tampouco prestação de serviços a terceiros no período em discussão, o que eventualmente poderia descaracterizar a natureza associativa do CDL, não se configura o fato gerador do ISS.

7. Para chegar à conclusão diversa da firmada pelas instâncias ordinárias seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula 7 desta Corte, segundo a qual “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp 1338554/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 13/05/2015, grifo nosso).

*Não destoando, é desta Corte:*

PROCESSUAL CIVIL - AÇÕES ORDINÁRIA E CAUTELAR - CDL - SERVIÇO DE “CONSULTA DE CHEQUE” - PRESTAÇÃO DO SERVIÇO A ASSOCIADOS - ISS - INEXIGIBILIDADE - EXTENSÃO DO SERVIÇO A TERCEIROS - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - NULIDADE DAS NOTIFICAÇÕES 1. “O CDL, realizando atividades de fins não lucrativos, destinados a atender

seus próprios sócios, visando a realização de suas finalidades estatutárias não está sujeito à incidência do ISS” (REsp n. 61.926/RJ, Min. Francisco Peçanha Martins). 2. Nula é a notificação de crédito tributário incerto, ilíquido e inexigível. 3. A questão posta nos autos se reporta à matéria cuja elucidação, para possibilitar a correta cobrança do ISS, deveria ser sanada em procedimento fiscalizatório administrativo.

Mesmo que o Município conseguisse provar que a CDL presta serviços também a terceiros, as notificações continuariam eivadas de nulidade, justamente por não trazerem distinções quanto aos usuários. (TJSC, Apelação Cível n. 2005.020988-5, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 9-8- 2005).

Por último, o Município de Florianópolis combateu o valor fixado no quadro sucumbencial, mais precisamente nos honorários advocatícios, ao defender a necessidade de minoração daquilo lá fixado.

É certo que a sistemática processualista civil impõe, via de regra, a incumbência de o vencido arcar com o pagamento das custas processuais e dos honorários do advogado.

Nesta toada, o artigo 20 do Código de Processo Civil estabelece que, “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”.

Para aclarar a questão, extraio do escólio doutrinário:

A condenação do vencido nas despesas processuais decorre do fato objetivo da sucumbência e encontra fundamento na necessidade de a propositura de ação processual não representar uma diminuição patrimonial para a parte que necessitou do processo para vencer uma crise de colaboração para realização do direito material. Há sucumbência quando a parte não logra êxito em conseguir aquilo ou tudo aquilo que veio buscar no processo. Se houve extinção do processo sem resolução do mérito, sucumbente é a demandante, que não pode ver sequer o seu pedido examinado (STJ, 1ª Turma, REsp 759.157/RS, rel. Min. Luiz

Fux, j. Em 03.05.2007, DJ 31.05.2007, p. 341). (MARINONI, Luiz Guilherme e outro. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. 4. dd. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pgs. 120-121).

Da mesma forma, colhe-se da jurisprudência:

A imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteados pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes”. (STJ, Resp n. 837204/RS, Primeira Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 08-05-2007). “Vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios deverão ser fixados, em apreciação equitativa, nos moldes do art. 20, § 4º, do CPC, levando em conta grau de zelo do respectivo profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.” (TJSC, Apelação Cível n. 2013.047755-5, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 24-09-2013) RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.070904-6, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 14-07-2015).

Diante dessas considerações, sobretudo ao considerar os parâmetros estabelecidos no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil de 1973, tem-se que a fixação deste ônus deve ser mantida na importância já delimitada na origem – como lá já ficou bem claro: a causa não comportou larga sapiência, mas foi digna de vultuoso valor.

A sentença atacada pelo ente público federativo, portanto, está irretocável, inclusive no que tocou ao desenho sucumbencial ali feito.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso e ao reexame necessário, mantendo-se incólume a sentença objurgada, nos termos da fundamentação exposta.

*Este é o voto.*

## QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

### Apelação Cível n. 0003217-29.2002.8.24.0037

Relator: Desembargador Paulo Ricardo Bruschi

APELAÇÕES CÍVEIS E AGRAVOS RETIDOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

AGRAVOS RETIDOS. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. INSUBSISTÊNCIA. PRERROGATIVA DO *PARQUET*. EXEGESE DO ART. 127, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 17 DA LEI N. 8.429/92 E SÚMULA 329 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA PARA VEICULAR PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. REJEIÇÃO. MEIO PROCESSUAL IDÔNEO. ARTS. 5º, 6º, 12, I, II, E 18 DA LEI N. 8.429/92 E ART. 1º, VIII, DA LEI 7.347/1985.

INDEFERIMENTO DA OITIVA DE DUAS TESTEMUNHAS. PROVA IRRELEVANTE, ANTE AS DEMAIS CONSTANTES DOS AUTOS. PRINCÍPIO DA PERSUAÇÃO RACIONAL OU DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ART. 130, DO CPC/73. DECISÃO MANTIDA. AGRAVOS RETIDOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

CARÊNCIA DE AÇÃO. MEIO PROCESSUAL INADEQUADO. MATÉRIA DECIDIDA EM SANEADOR IRRECORRIDO. PRECLUSÃO TEMPORAL CARACTERIZADA. EXEGESE DO ART. 473 DO CPC/73.



IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO DO APELO NO PONTO.

CREDITAMENTO DE ICMS VEDADO PELA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. TRANSFERÊNCIA A OUTRAS EMPRESAS CONTRIBUINTE EM TROCA DE INSUMOS. MANIFESTA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO GENÉRICO NA CONDUTA DOS RÉUS. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EVIDENCIADO. CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92.

GLOSA DA OPERAÇÃO INIDÔNEA PELAS AUTORIDADES FAZENDÁRIAS. RECOLHIMENTO POR PARTE DAS EMPRESAS DESTINATÁRIAS DO ICMS APROVEITADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO OU DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES CONSTANTES NOS ARTS. 09 E 10 DA LEI N. 8.429/92 AFASTADAS. READEQUAÇÃO DA PENALIDADE IMPOSTA. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO.

RECURSO DA RÉ INCOPLASTIC PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSOS DOS DEMAIS RÉUS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003217-29.2002.8.24.0037, da comarca de Joaçaba (1ª Vara Cível) em que são Apelantes José Benedito Correia da Silva e outros e Apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, a) conhecer dos agravos retidos e negar-lhes provimento; b) conhecer parcialmente do recurso da ré Incoplastic Indústria e Comércio de Plásticos e Papéis Ltda e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento e; c) conhecer dos recursos dos réus Luiz Antônio Agripino e José Benedito da Silva e dar-lhes parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Des.<sup>a</sup> Sônia Maria Schmitz, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Artur Jenichen Filho.

Florianópolis, 21 de junho de 2018.

Desembargador Paulo Ricardo Bruschi  
RELATOR

## RELATÓRIO

José Benedito Correia da Silva e outros, 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 Cível da comarca de Joaçaba, na “*Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa*” n. 037020032176, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, a qual julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial e, por consequência, considerou os réus José Benedito Correia da Silva, empresa Incoplastic Indústria e Comércio de Plásticos Ltda e César Leomar Felesbino culpados pela prática de condutas caracterizadoras das improbidades administrativas previstas nos arts. 9, 10 e 11 da Lei Federal n. 8.429/92, e considerou o réu Luiz Antonio Agripino culpado pela prática de condutas caracterizadoras das improbidades administrativas previstas nos arts. 10 e 11 da Lei Federal n. 8.429/92.

Por corolário, aplicou-lhes as seguintes sanções:

- a) aos réus **José Benedito Correia da Silva, empresa Incoplastic Indústria e Comércio de Plásticos Ltda e César Leomar Felesbino** este Juízo aplica as seguintes sanções: a1) proibição, pelo prazo de dez anos,

de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário e, a2) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos.

b) ao réu **Luiz Antonio Agripino** este Juízo aplica as seguintes sanções: b1) proibição, pelo prazo de dez anos, de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário; b2) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos e b3) perda da função pública.

Da mesma forma, deixou assente que:

49.2 Transitada em julgado: a) oficie-se à Justiça Eleitoral noticiando a aplicação da penalidade da suspensão dos direitos políticos; b) oficie-se ao Exmo Secretário de Estado da Fazenda do Estado de Santa Catarina noticiando a aplicação de perda da função pública ao réu Luiz Antonio Agripino;

49.3 Não havendo recurso por parte do polo ativo da lide, fica imediatamente revogada a liminar de bloqueio de bens concedida às fls. 920-922 e 923. Nesta circunstância, oficie-se aos órgãos competentes. Havendo recurso por parte do polo ativo da lide, a liminar deve vigorar até o trânsito em julgado de lide.

49.4 Condena os réus ao pagamento das custas processuais.

### **Publique-se. Registre-se. Intime-se.**

Na inicial (fls. 02/23), o Ente Ministerial relatou, em síntese, que José Benedito Correia da Silva (sócio-gerente e proprietário da empresa Incoplastic Indústria e Comércio de Plásticos e Papéis Ltda), César Leomar Felesbino (advogado contratado da empresa Incoplastic) e o servidor público Luiz Antônio Agripino (Gerente Regional da Fazenda Estadual – Joaçaba), praticaram atos de improbidade administrativa, que culminaram em dano ao erário do Estado de Santa Catarina, estimado no importe de R\$ 4.813.085,44 (quatro milhões, oitocentos e treze mil, oitenta e cinco reais e quarenta e quatro centavos).

Para tanto, asseverou que os réus José Benedito Correia da Silva e César Leomar Felesbino induziram em erro diversas empresas, ao oferecer-lhes operações de compra e venda de insumos destinados à produção de embalagens da empresa Incoplastic, a serem pagas mediante Transferência de Crédito de ICMS, sabidamente inexistente, ante a ausência de créditos de ICMS na Conta Gráfica da referida empresa.

Por outro lado, aduziu que o réu Luiz Antônio Agripino assegurava o êxito da fraude, uma vez que, no exercício do cargo de Gerente Regional da Fazenda Estadual, chancelava as notas fiscais de transferência de crédito de ICMS que seriam utilizadas para a compra de produtos, atestando indevidamente para as vítimas a legalidade das referidas operações e a procedência dos créditos.

Explicou que, diante deste contexto, a empresa Incoplastic reduzia suas despesas com aquisição de insumos, enriquecendo ilicitamente *“através da fabricação criminosa de créditos frios de ICMS”*, que eram descritos em notas fiscais de transferência de crédito de exportação.

Sustentou, em sequência, que, mediante este procedimento de transferência de crédito inexistente de ICMS da empresa Incoplastic, os réus reverteram em vantagem patrimonial ilícita, em prejuízo de suas vítimas e do Estado de Santa Catarina, o valor de R\$ 2.180.554,77 (dois milhões, cento e oitenta mil, quinhentos e cinquenta e quatro reais e setenta e sete centavos).

De outro viso, relatou que, em outras oportunidades, diante da necessidade regulamentar de aposição do visto do Diretor de Arrecadação Tributária (DIAT) nas notas de transferência de crédito de ICMS de valor mais elevado, os réus promoveram a falsificação da assinatura do Sr. João Paulo Mosená, ocupante do referido cargo, fazendo suas vítimas incidirem em erro, que acresceu ao Estado de Santa Catarina prejuízo na ordem de R\$ 2.632.530,67 (dois milhões, seiscentos e trinta e dois mil, quinhentos e trinta reais e sessenta e sete centavos).

Desta forma, as empresas tomadoras de crédito, acreditando estar realizando operações tributárias lícitas, promoviam a inserção de elementos inexatos em sua escrita fiscal, consistentes em notas fiscais de transferência de créditos de ICMS ideologicamente falsas ou materialmente falsificadas, reduzindo o ICMS a recolher ao fisco, o que culminou em prejuízo ao erário estadual no valor de R\$ 4.813.085,44 (quatro milhões, oitocentos e treze mil, oitenta e cinco reais e quarenta e quatro centavos).

Por estes motivos, pugnou pela concessão de liminar *inaudita altera pars*, a fim de que se decretasse a indisponibilidade de bens aptos a garantir o ressarcimento ao erário, efetuando os demais requerimentos de praxe, neles incluída a citação do Estado de Santa Catarina para integrar a lide e, ao final, o reconhecimento dos atos de improbidade administrativa que teriam sido perpetrados pelos réus e suas respectivas condenações nas sanções previstas do art. 12, inciso I, da Lei n. 8.429/92, nos seguintes termos:

**“I - José Benedito Correia da Silva, César Leomar Felisbino, Luiz Antonio Agripino e Incoplastic Ind. Com. Plásticos e Papéis LTDA:** perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano a ser atualizado monetariamente por ocasião da sentença, pagamento de multa civil de até 03 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos;

**II - José Benedito Correia da Silva e César Leomar Felisbino, Luiz Antonio Agripino:** suspensão dos direitos políticos de 08 (oito) a 10 (dez) anos;

**III - Luiz Antonio Agripino:** perda da função pública”.  
Sucessivamente, requereu a condenação dos réus nas sanções previstas do art. 12, inciso II, da Lei n. 8.429/92, por infração ao art. 10, caput, da mesma lei, nos seguintes moldes:

**“I - José Benedito Correia da Silva, César Leomar Felisbino, Luiz Antonio Agripino e Incoplastic Ind. Com. Plásticos e Papéis LTDA:** perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano a ser atualizado monetariamente por ocasião da sentença, pagamento de multa civil de até 02 (duas) vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 05 (cinco) anos;

**II - José Benedito Correia da Silva e César Leomar Felisbino, Luiz Antonio Agripino:** suspensão dos direitos políticos de 05 (cinco) a 08 (oito) anos;

**III - Luiz Antonio Agripino:** perda da função pública”.

Ainda como pedido sucessivo, requereu a condenação dos réus nas sanções previstas do art. 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92, por infração ao art. 11, *caput*, da mesma lei, da seguinte forma:

**“I - José Benedito Correia da Silva, César Leomar Felisbino, Luiz Antonio Agripino e Incoplastic Ind. Com. Plásticos e Papéis LTDA:** perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano a ser atualizado monetariamente por ocasião da sentença, pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos;

**II - José Benedito Correia da Silva e César Leomar Felisbino, Luiz Antonio Agripino:** suspensão dos direitos políticos de 03 (três) a 05 (cinco) anos;

**III - Luiz Antonio Agripino:** perda da função pública”.

Juntou documentos (fls. 24/915).

Por meio da decisão de fls. 919/924, o MM. Juiz *a quo* deferiu o pedido liminar, determinando, por consequência, a indisponibilidade dos

bens dos réus até o deslinde do processo e o bloqueio dos saldos das suas contas bancárias e poupanças, ressalvados os valores necessários ao funcionamento da empresa ré. Ademais, determinou a juntada de cópia das declarações de imposto de renda dos réus, dos últimos 05 (cinco) anos.

Após certificado o cumprimento dos mandados de bloqueio junto às instituições bancárias (fls. 925/947), foi procedida a juntada dos comprovantes de averbações da indisponibilidade de vários bens dos réus (fls. 948/1.011), ofício do Detran acerca da restrição judicial gravada nos veículos encontrados em seus nomes (fls. 1.018/1.072), bem como ofício da Receita Federal com informações sobre as declarações de imposto de renda por eles apresentadas.

Às fls. 1.100/1.111, o réu Luiz Antonio Agripino juntou cópia do Agravo de Instrumento interposto contra a decisão que concedeu a liminar de indisponibilidade de bens, o qual teve negado o efeito suspensivo almejado (fls. 1.114/1.117).

Notificada, a empresa Incoplastic Ind. e Com. de Plásticos e Papéis Ltda. apresentou manifestação prévia (fls. 1.139/1.143), sustentando, em síntese, que contratou os serviços advocatícios do réu César Leomar Felisbino, para assessoria tributária, o qual iniciou negociações de crédito de ICMS com diversas empresas.

Relatou que após o Termo de Início de Fiscalização da Fazenda Estadual, e com a publicação do Edital Declaratório n. 127/2001, glosou os créditos negociados pelo referido réu, com exceção de R\$ 223.625,93 (duzentos e vinte e três mil, seiscentos e vinte e cinco reais e noventa e três centavos).

Para corroborar, explicou que, *“quando da publicação da glosa dos créditos, através do já mencionado edital, a empresa ré negociou diretamente com todas as empresas fornecedoras de matéria prima e que tinham se beneficiado/recebido os discutidos créditos fiscais, compondo*

*com as mesmas. Firmando desta forma, para as empresas que pagaram os débitos até então existentes, termos de confissão de dívidas, passando a assumir o pagamento dos referidos créditos para cada uma das empresas, uma vez que estas quitaram ou então parcelaram o débito junto à Fazenda Estadual” (fl. 1.141).*

Ademais, ponderou que “*o erário já foi devidamente reembolsado (pois o pagamento dos valores glosados, foi efetuado pelas empresas). O Fisco recebeu, caso ainda exista alguma pendência a mesma é entre as empresas que comercializaram. Do suposto/alegado prejuízo sofrido, se não foi totalmente restituído, o foi em mais de 95% (noventa e cinco por cento)”*.

Ao final, discorreu acerca da abusividade da medida liminar, uma vez que a indisponibilidade de bens e valores inviabiliza a continuidade do exercício regular da empresa.

Por este motivo, requereu a revogação da liminar ou, alternativamente, a liberação de venda, mediante substituição por outros similares, dos bens de rápida alienação (veículos, computadores, maquinários de menor porte, etc), a fim de evitar depreciação.

Juntou documentos (fls. 1.144/1.309).

Após notificado, José Benedito Correia da Silva apresentou manifestação prévia (fls. 1.310/1.314), reeditando os fundamentos da defesa preliminar apresentada pela empresa ré Incoplastic Indústria e Comércio de Plásticos Ltda.

Juntou documentos (fls. 1.315/1.498).

Muito embora notificados, os réus César Leomar Felisbino (fl. 1.150v) e Luiz Antonio Agripino (fl. 1.012v) deixaram fluir *in albis* o prazo para oferecerem defesa prévia.

No *decisum* de fl. 1.562, o douto Magistrado de Primeira Instância



recebeu a petição inicial e determinou a citação dos réus.

Contra esta decisão, o réu Luiz Antonio Agripino opôs embargos de declaração (fls. 1.593/1.594), os quais restaram inacolhidos (fl. 1.596v).

Desta decisão houve a interposição de Agravo de Instrumento (fls. 1.607/1.613).

Devidamente citado, o réu Luiz Antonio Agripino ofereceu contestação (fls. 1.689/1.710), arguindo, preliminarmente, a carência de ação e a ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Estadual. No mérito, aduziu a ausência de responsabilidade quanto aos fatos que lhe são imputados na exordial, porquanto, ao deferir requerimentos formulados por empresas, apenas exerceu ato de competência de seu cargo de Gerente Regional da Fazenda Estadual.

Ademais, relatou que os pedidos de valores elevados foram deferidos pela autoridade competente (Diretor do DIAT / João Paulo Mosená), conforme comprova o laudo pericial carreado à peça contestatória.

No mais, sustentou a ausência de prejuízo ao erário, uma vez que os créditos declinados na inicial já foram regularizados perante o Fisco Estadual, através de pagamento, parcelamento ou compensação.

Juntou documentos (fls. 1.711/1.748).

Citados, José Benedito Correia da Silva e a empresa Incoplastic Indústria e Comércio de Plásticos Ltda contestaram o

feito, em peças apartadas, porém idênticas (fls. 1.765/1.774 e 1.775/1.785), nas quais arguiram em preliminar a carência de ação, por entenderem que a ação civil pública não é o meio processual adequado para ressarcimento de valores ao erário. Ainda, suscitaram a ilegitimidade ativa do Ente Ministerial. No mérito, repetiram integralmente o já dito nas defesas preliminares, razão por que desnecessário reprisar tais argumentos, igualmente culminando com os requerimentos de praxe.

Devidamente citado, o réu César Leomar Felisbino ofereceu contestação (fls. 1.803/1.822), suscitando, em prefacial, a carência de ação e a ilegitimidade ativa do Ministério Público. No mérito, rejeitou qualquer responsabilidade por eventuais prejuízos suportados pelo Fisco Estadual, uma vez que, na qualidade de advogado da empresa ré Incoplastic, *“não auferiu qualquer vantagem, de qualquer tipo, sendo que apenas cobrou os seus honorários face aos serviços prestados. Se os documentos que lhe foram entregues pelos clientes padeciam de qualquer vício, este fato não era de conhecimento do requerente, e cabia às autoridades fazendárias detectá-los, e em consequência disso, indeferir as pretensões”* (fl. 1.821).

Ademais, noticiou a juntada de laudo pericial que atesta a impossibilidade de se aferir a falsidade das assinaturas do Diretor do DIAT (João Paulo Mosená), nas notas fiscais de transferência de créditos.

Juntou documentos (fls. 1.823/1.834). Instado, o Ministério Público impugnou as contestações oferecidas pelos réus (fls. 1.862/1.873).

O MM. Juiz da 2ª Vara Cível deu-se por suspeito para conhecer e julgar a lide (fl. 1.960), razão pela qual o feito foi redistribuído à 1ª Vara Cível (fl. 1.962v), oportunidade em que o digno Juiz Substituto também declarou sua suspeição para atuar no feito (fl. 1.987).

O Juízo *a quo* determinou a concessão de novo prazo para o réu Luiz Antônio Agripino oferecer defesa prévia (fl. 1.988), o qual transcorreu *in albis* (certidão de fl. 1.991).

À fl. 1.992, o MM. Juiz singular determinou a citação do Estado de Santa Catarina para integrar a lide na qualidade de litisconsorte ativo.

Citado, o Estado de Santa Catarina ofereceu contestação (fls. 1.998/2.006), sustentando, em síntese, que as alegações dos réus não são suficientes para afastar as suas responsabilidades pelos resultados, tampouco ilidem o laudo apresentado pela Secretaria da Fazenda.

Acrescentou que *“o fato de as empresas receptoras dos créditos terem*

*estornado os créditos recebidos indevidamente, por força do Ato Declaratório n. 127/2001, de 22.05.2001, da Secretaria de Estado da Fazenda, não ilide a infração cometida, tampouco a responsabilidade dos agentes que participaram das infrações fraudulentas cometidas”* (fls. 2.003/2.004).

As partes manifestaram-se sobre a contestação do Estado às fls. 2.008 (Ministério Público), 2.013/2.014 (José Benedito Correia da Silva), 2.015/2.018 (Incoplastic), 2.309 (Luiz Antonio Gripino). Os demais réus não se manifestaram.

Na sua réplica, a ré Incoplastic suscitou questão de prejudicialidade entre este processo e a Ação Anulatória de Débito n. 037.06.002906-0 e, por consequência, requereu a suspensão do feito até a realização da prova pericial determinada naqueles autos, o que foi indeferido à fl. 2.314.

Ademais, foram colacionadas às fls. 2.019/2.308 cópias dos seguintes processos: a) Execução Fiscal n. 037.07.001288-8 (fls. 2.019/2.055); b) Embargos à Execução Fiscal n. 037.07.004786-0 (fls. 2.056/2.083); c) Anulatória de Débito n. 037.00.2906-0 (fls. 2.084/2.122); Execução Fiscal n. 037.07.003890- 9 (fls. 2.123/2.150); Embargos à Execução Fiscal n. 037.08.001064-0 (fls. 2.151/2.180); Ação Anulatória de Débito Fiscal n. 037.07.004057-1 (fls. 2.181/2.211); Execução por Quantia Certa n. 037.05.004263-3 (fls. 2.212/2.234); Execução por Quantia Certa n. 015.05.000749-6 (fls. 2.235/2.280); Ação Declaratória n. 037.02.000462-8 (fls. 2.281/2.308).

As partes especificaram as provas que pretendiam produzir (fls. 2.316/2.317, 2.325/2.326, 2.327/2.328, 2.332/2.333).

Em despacho saneador (fls. 2.338/2.341) o douto Magistrado *a quo* afastou as proemiais de carência de ação pela imprestabilidade da ação civil pública e ilegitimidade ativa do Ministério Público. Na sequência, determinou a juntada de cópia da perícia judicial realizada nos

autos da Ação Anulatória n. 037.06.002906-0 e deferiu a produção de prova testemunhal, designando data para a audiência. Ademais, indeferiu o pedido de expedição de ofício à Receita Estadual.

Às fls. 2343/2731 fora procedida a juntada do laudo pericial e documentos extraídos dos Autos n. 037.06.002906-0. Contra o despacho saneador, o réu Luiz Antonio Agripino opôs agravo retido (fls. 2.741/2.742).

Pela decisão de fls. 2.749/2.750, restou indeferida a inquirição de algumas testemunhas requeridas pelo réu Luiz Antonio Agripino; bem como o pedido de esclarecimentos solicitado ao perito judicial pelo Ministério Público.

O réu Luiz Antonio Agripino agravou retidamente esta decisão (fls. 2.782/2.784) e, posteriormente, noticiou a desistência da oitiva de um testigo arrolado (fl. 2.756).

Na sequência, a empresa ré Incoplastic juntou cópia da sentença prolatada nos autos da Ação Declaratória de Inexistência e Inexigibilidade de Débitos e Rescisão de Contratos c/c Restituição de Valores que referida empresa havia ingressado contra o advogado e réu César Leomar Felesbino (fls 2.762/2.773).

O Ministério Público e os réus Luiz Antonio Agripino e Incoplastic manifestaram-se sobre o laudo pericial (fls. 2.732, 2.786, 2.789/2.793).

Às fls. 2.802//2.813 foram juntados vários termos de inquirição de testemunhas lavrados na Ação Penal n. 037.02.001686- 3, bem como de cartas precatórias com oitivas de testemunhas (fls. 2.868 e 2.897).

O Ministério Público apresentou suas alegações finais (fls. 2.908/2.917), bem como os réus Luiz Antonio Agripino – fls. 2.925/2.929, Incoplastic – fls. 2.930/2.937, José Benedito Correia da Silva – fls. 2.972/2.984 e o Estado de Santa Catarina – fls. 3.053/3.060.

Apesar de devidamente intimado (fl. 2.921) o réu César Leomar Felisbino não apresentou alegações finais. Julgando o feito (fls. 3.065/3.103), o douto Magistrado *a quo* acolheu parcialmente os pedidos formulados na preambular, nos termos do supra relatado.

Considerou o insigne Sentenciante que todos os réus praticaram condutas que caracterizaram as improbidades administrativas previstas nos artigos 10 e 11 da Lei federal n. 8.429/92, eis que, tanto participaram de forma dolosa na prática de ato administrativo ilegal, como geraram lesão ao erário estadual.

Por outro lado, entendeu que, com exceção do réu Luiz Antonio Agripino, os demais réus obtiveram enriquecimento indevido, razão pela qual também praticaram conduta geradora da improbidade administrativa prevista no art. 9º e, por isso, receberam as sanções normatizadas no art. 12, I da Lei n. 8.429/92.

Por fim, ponderou que *“as penalidades de perda de bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio não se coadunam ao caso dos autos. É que, no caso dos autos, o erário público já foi ressarcido, não pelos réus, mas por terceiros. A multa também não seria útil neste caso. É que a operação ilegal de transferência de ICMS já gerou, em desfavor da empresa Incoplastic e de seu sócio gerente, a aplicação de multa em valor vultuoso. A multa está sendo executada neste Juízo, mas em outros autos. Assim, em favor do Estado já foi aplicada multa em valor suficiente. Por fim, este Juízo entende que as penalidades aplicadas são suficientemente severas em face dos ilícitos praticados”* (fl. 3.101).

Interpostos embargos declaratórios pelo réu Luiz Antonio Agripino (fls. 3.109/3.110), estes não foram conhecidos, ante a sua intempestividade (fls. 3.111/3.112).

Contra esta decisão foram opostos novos embargos declaratórios (fls. 3.315/3.317), os quais foram acolhidos para declarar tempestivo o primeiro aclaratório. No entanto, superada a tempestividade, entendeu

o Magistrado singular pelo seu não conhecimento, *“por entender que as matérias impugnadas dizem respeito ao mérito da sentença, passível, assim, do recurso de apelação”* (fls. 3.150/3.151).

Irresignados com a prestação jurisdicional efetuada, os réus Luiz Antonio Agripino, José Benedito Correia da Silva e Incoplastic Indústria e Comércio de Plásticos e Papéis Ltda, tempestivamente, apresentaram recursos a este Colegiado.

Em sua apelação (fls. 3.188/3.133), José Benedito Correia da Silva sustentou que não cometeu qualquer ato ímprobo, uma vez que a fraude à fiscalização tributária foi de autoria e responsabilidade exclusiva do réu César Felesbino, o qual descumpriu deliberadamente o contrato de prestação de serviço de consultoria jurídica tributária entabulado com a empresa ré Incoplastic, pelo qual se comprometeu a fornecer alternativas “lícitas” de diminuição ou recuperação da carga tributária.

Acrescentou que após a publicação do Edital Declaratório n. 127/2001, tomou conhecimento das irregularidades cometidas pelo referido réu, oportunidade em que, obrando com hígidez, não só resgatou os valores despendidos pelas empresas prejudicadas, como também quitou o débito com o Fisco Estadual, mediante o benefício da Lei n. 15.510/2011.

Por este motivo, além de ressaltar a ausência de qualquer prejuízo ao erário, sustentou a extinção da punibilidade prevista na Lei n. 8.137/90, ante o pagamento efetuado ao Estado anteriormente ao recebimento da denúncia.

No mais, colacionou excertos doutrinários e jurisprudenciais que acredita conferir embasamento à tese defendida, pugnano pela reforma da sentença prolatada.

A empresa ré Incoplastic Indústria e Comércio de Plásticos e Papéis Ltda, em seu apelo (fls. 3.136/3.148), arguiu, preliminarmente, a carência

de ação ante a impropriedade da ação civil pública para reparação de danos ao erário.

No tocante ao mérito, asseverou a improcedência da ação ante a ausência de discriminação das supostas condutas por ela praticadas, eis que a sentença *“contém uma exposição fática extremamente genérica, que não individualizou a conduta do apelante, e tão pouco trouxe esclarecimentos que pudessem identificá-la como agente delituoso, pelo que deve ser cassada, ante não trazer as hipóteses necessárias para a caracterização do ilícito, de modo que imprescindível que o fato ilícito imputado a apelante seja cuidadosamente descrito”* (fl. 3.143).

Ademais, alegou que não agiu com dolo, pois *“não houve um ajuste de vontades entre a empresa apelante e o réu César Leomar Felesbino, e muito menos da empresa com os outros réus, sendo que esta nunca agiu com dolo e na verdade foi a vítima da situação, eis que acabou sendo ludibriada pelos serviços fraudulentos de consultoria prestados pelo réu César Leomar Felesbino, que lhe apresentou créditos como se legítimos fossem, que ela não tinha condições de saber que eram ilícitos”* (fl. 3.146).

Aliado a isso, suscitou a ausência de prejuízo ao erário, tendo em vista que todos os valores foram integralmente restituídos ao Fisco Estadual, bem como aduziu a impossibilidade de aplicação da lei de improbidade administrativa para pessoas jurídicas privadas.

Já o réu Luiz Antonio Agripino igualmente apresentou apelação (fls. 3.154/3.159), requerendo, preliminarmente, a análise dos dois agravos retidos interpostos contra o despacho saneador que afastou as preliminares e o interlocutório que indeferiu a oitiva de duas testemunhas.

Quanto ao mérito, teceu ilações acerca da ausência de dolo e prejuízo aos cofres públicos, já que, *“após descobertas as irregularidades por parte da administração, é notório e incontroverso nos autos que todas as empresas que teriam recebido os créditos da Incoplastic já acertaram suas contas com o Fisco Estadual, seja através de pagamento, parcelamento*

*ou mesmo compensação. Enfim, o Estado não teve qualquer prejuízo”* (fl. 3.158).

Ademais, reverberou que os atos por si praticados estavam dentro da esfera de sua competência e, portanto, *“se as assinaturas da autoridade superior foram falsificadas, como dá conta a perícia, fazendo crer ao apelante que estava autorizado pelo Diretor de Administração Tributária – DIAT, da Secretaria de Estado da Fazenda, a prosseguir nos trâmites administrativos, o apelante não pode sofrer as consequências disso”* (fls. 3.157/3.158).

Por estes motivos, requereu a improcedência da ação ou, subsidiariamente, a minoração das penalidades impostas, com a redução dos tempos de proibição de contratar e receber benefícios e incentivos da administração e de suspensão dos direitos políticos, bem como a exclusão da pena de perda da função pública.

Recebidos os recursos dos réus, o Órgão Ministerial foi intimado a apresentar contrarrazões, o que foi feito nas fls. 3.164/3.175, quando o seu legítimo representante defendeu o improvimento dos apelos.

A digna Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do eminente Procurador Sandro José Neis (fls. 3.181/3.195), manifestou-se, preliminarmente, pela intimação do Estado de Santa Catarina para contrarrazoar os apelos e, no mérito, pelo conhecimento e desprovimento dos reclamos.

Nesta Corte, após o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, o ilustre Desembargador antecessor proferiu o despacho de fl. 3.203, determinando a intimação das partes para manifestação acerca da juntada de ofícios provenientes da Justiça do Trabalho.

Cumprida a diligência, as partes deixaram fluir *in albis* o prazo para manifestação (certidão de fl. 3.205).

Por meio da petição de fls. 3.207/3.209, a empresa ré Incoplastic



requereu “*o imediato cumprimento da sentença no tocante à revogação da liminar e consequente expedição de ofício para o 1º Registro de Imóveis de Joaçaba-SC objetivando a imediata liberação dos bens da apelante Incoplastic Industria e Comércio de Plásticos e Papéis Ltda, em especial o bem imóvel registrado na matrícula n. 22.504, para que estes possam ser oferecidos à penhora em Execução Fiscal*”.

Às fls. 3.216, o ilustre Relator antes designado determinou a intimação da Procuradoria-Geral de Justiça e do Estado de Santa Catarina acerca do pedido suso mencionado, bem como, consoante parecer ministerial, para apresentação de contrarrazões pelo ente público.

A doutra Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo “*deferimento do pedido de liberação de bens, desde que este ocorra concomitantemente com a penhora dos mesmos para a garantia do juízo em execuções fiscais, a fim de evitar a lapidação do patrimônio sem a quitação da dívida para com o erário público*” (fls. 3.219/3.221).

Através da decisão de fls. 3.223/3.224, o e. Relator anterior deferiu o pedido de expedição de ofício para o 1º Registro de Imóveis de Joaçaba, a fim de determinar a liberação dos bens da empresa ré Incoplastic Industria e Comércio de Plásticos e Papéis Ltda, o que foi devidamente cumprido às fls. 3.225/3.335.

Na sequência, sobreveio a certidão de fl. 3.337, certificando o decurso do prazo para que o Estado de Santa Catarina apresentasse contrarrazões.

Com a assunção das funções nesta Quarta Câmara de Direito Público, tendo recebido o acervo primeiramente destinado à colenda Quinta Câmara de Direito Público, vieram-me os autos conclusos.

Às fls. 3.341/3.348, o réu César Leomar Felisbino requereu o levantamento imediato da inalienabilidade do bem de família de matrícula n. 20.456, de sua propriedade.

Juntou documentos (fls. 3.350/3.358).

O pedido foi reiterado às fls. 3.361/3.362, e deferido na decisão de fls. 3.373/3.375.

Este o relatório.

## VOTO

Requestam os réus José Benedito Correia da Silva, Incoplastic Indústria e Comércio de Plásticos e Papéis Ltda e Luiz Antonio Agripino, em sede de apelações, a reforma da sentença que acolheu parcialmente os pedidos formulados na vestibular, nos termos delineados no preâmbulo do relatório.

Tendo em vista que os reclamos deste feito foram interpostos sob a égide do Digesto Processual Civil revogado, inegável que aqueles ditames é quem regerão as conclusões dos presentes.

Efetuada tal ressalva, em registro incipiente, é de bom alvitre se assentarem os fatos, bem como o espectro dos recursos e, bem assim, a forma de suas análises, a fim de melhor efetuar seu julgamento por esta Corte de Justiça.

Neste contexto, o Ministério Público Estadual, com lotação na comarca de Joaçaba, através de sua Coordenadoria Criminal do Centro das Promotorias da Coletividade, esteado em Procedimento Administrativo Preliminar, intentou a presente Ação Civil Pública por atos de improbidade administrativa atribuídos aos réus já nominados, consistentes na emissão irregular de notas fiscais de transferência de créditos de ICMS, transferidas a outras empresas contribuintes em troca de insumos, as quais lançaram o creditamento em sua conta gráfica, causando, com isso, prejuízos ao Fisco Estadual, estimado no importe de

R\$ 4.813.085,44 (quatro milhões, oitocentos e treze mil, oitenta e cinco reais e quarenta e quatro centavos).

Os réus, por seus turnos, rebateram tais assertivas, aduzindo a legalidade de suas atuações.

O digno Juízo *a quo*, de sua vez, acolheu parcialmente as deduções da exordial e, em consequência, aplicou aos réus as penalidades de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 08 (oito) anos e proibição, pelo prazo de 10 (dez) anos, de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários. Ademais, ao réu Luiz Antonio Agripino decretou a perda da função pública.

Este o cenário em que circundam os fatos e as conclusões do digno Juízo *a quo*, com os quais os réus divergem, uma vez que, reprisando o já expandido, postulam a total improcedência da *actio* ou, subsidiariamente, a minoração das penalidades impostas.

Ao que se vê, então, esse o espectro do feito e dos recursos aforados, razão por que, para uma melhor análise, assim como efetuado pelo douto Magistrado Singular, se deverá atacar por tópicos o expandido, observando-se, por evidente, o limite dos recursos das partes, em atenção ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, bem como o exposto na exordial da ação civil pública.

Ultrapassadas tais *quaestiones*, aos tópicos:

#### 1 - Agravos Retidos

Postula o réu Luiz Antônio Agripino, prefacialmente, o conhecimento dos dois agravos retidos interpostos nos autos às fls. 2.741/2.742 e 2.782/2.784, a fim de que sejam reformadas as respectivas decisões interlocutórias.

1.1 – Agravo Retido de fls. 2.741/2.742:

Em que pesem as aduções apresentadas no agravo, tem-se que não devem prosperar.

Isso porque, improspera a alegação do réu de que o Ministério Público não teria legitimidade para propor demanda visando o ressarcimento de danos ao erário, uma vez que a Constituição Federal estabelece no seu art. 129, III, d, como uma das funções institucionais do Ministério Público, a propositura da ação civil pública para a proteção do patrimônio público.

Igualmente, a respeito da legitimidade do Ministério Público, o art. 17 da Lei n. 8.429/92 estabelece de forma expressa que: “*A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada (...)*” (grifouse).

Ademais, incide a Súmula 329 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: “*O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público*”.

Para corroborar, colhe-se dos julgados deste Sodalício:

1) ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI N. 8.429/92). PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELOS RÉUS (...) 2. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA APURAÇÃO DE IRREGULARIDADE EM CÂMARA MUNICIPAL. INOCORRÊNCIA. LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. PRERROGATIVA DO PARQUET. PRELIMINAR ARREDADA. “[...] O campo de atuação do MP foi ampliado pela Constituição de 1988, cabendo ao parquet a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, e de outros interesses difusos e coletivos, sem a limitação imposta no art. 1º da Lei n. 7.347/85 (Resp n. 31.547-9-SP)”. Não há incompatibilidade entre as disposições da lei n. 8.429/92 e a lei n. 7.347/85, uma vez que

esta última consagra cláusulas que permitem o manejo da ação civil pública para a defesa do patrimônio públicoblato sensu, sendo, ademais, incabível, qualquer discussão a respeito de que a apreciação dos atos de improbidade administrativa compete não ao Judiciário, mas as Câmaras de Vereadores, auxiliadas pelos Tribunais de Contas, a teor do art. 31 da CF/88. Sintetizando, não há que se confundir o controle externo das Prefeituras, o que é afeto às edilidades, Poder Legislativo, com as atribuições do Poder Judiciário, no controle da probidade administrativa [...]” (Apelação Cível n. 2002.017797-6, de Porto União, rel. Des. Anselmo Cerello). (Apelação Cível n. 2012.006814-0, de Rio do Campo, Relator: Des. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 16/12/2014).

2) PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO - INADEQUAÇÃO DO RITO PROCESSUAL - ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PRELIMINARES AFASTADAS - SÚMULA 329 DO STJ  
O representante do Ministério Público, no cumprimento de sua missão constitucional de defender a ordem jurídica e a moralidade administrativa (CF, arts. 127 e 129), tem o poder-dever de ajuizar medida judicial para anular ato administrativo, em tese, tisanado de ilegalidade e improbidade. A moralidade na prática de atos administrativos, incluindo-se os de ordem processual, enquadra-se na categoria dos interesses difusos, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e a ação civil pública com o objetivo de defender o patrimônio pertencente a toda a sociedade. A Constituição Federal (art. 129, inc. III) ampliou a legitimação ativa do parquet para autorizá-lo a propor ação civil pública na defesa desses interesses. ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INDÍCIOS SUFICIENTES A JUSTIFICAR O RECEBIMENTO DA PETIÇÃO DA INICIAL - SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. “O Superior Tribunal de Justiça tem firme posicionamento no sentido de que, existindo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, ainda que fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92, vale o princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público” (AgRg no AREsp n. 3030, Min. Mauro Campbell

Marques). (Agravo de Instrumento n. 2012.023507-1, de Brusque, Relator: Des. Luiz César Medeiros, Terceira Câmara de Direito Público, j. 27/08/2013).

De outro visor, também há de ser afastada a proemial de inadequação da via eleita, diante da alegada impossibilidade de se postular o ressarcimento de danos ao erário em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, eis que os arts. 5º, 6º, 12, I, II, e 18 da Lei n. 8.429/92 são taxativos ao dispor que:

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, **dar-se-á o integral ressarcimento do dano.**

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, **perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.**

(...)

Art. 12 (...)

I - na hipótese do art. 9º, **perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano**, quando houver (...)

III - na hipótese do art. 11, **ressarcimento integral do dano**, se houver (...)

Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente **determinará o pagamento ou a reversão dos bens**, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

Igualmente, o art. 1º, VIII, da Lei n. 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, assim estabelece:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...)

VIII – ao patrimônio público e social.

Para corroborar, a respeito do tema, já decidiu esta egrégia Corte de Justiça:

1) APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FUNDAÇÃO CULTURAL DE JOINVILLE. CONCESSÃO DE APOIO FINANCEIRO PARA REALIZAÇÃO DE EVENTO MUSICAL. PAGAMENTO DE SEGURO, TAXA DO ECAD E ALUGUEL DO CENTREVOTOS (CONURB). AUSÊNCIA DE FORMALIZAÇÃO DE CONTRATO OU CONVÊNIO E AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. CONDENAÇÃO DOS PRESIDENTES DA FUNDAÇÃO CULTURAL E DO CONURB. ART. 10 DA LIA. AGRAVO RETIDO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REJEIÇÃO. DESPROVIMENTO. (...)

“É cabível a propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, tendo em vista a natureza difusa do interesse tutelado. Mostra-se lícita, também, a cumulação de pedidos de natureza condenatória, declaratória e constitutiva pelo Parquet por meio dessa ação [...]” (REsp n. 507142/MA, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. em 15/12/2005) (AC n. 2012.001409-9, de Lebon Régis, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 21-10-2014). (...) (Apelação Cível n. 0011781- 18.2007.8.24.0038, de Joinville, Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 20/03/2018).

2) AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO A INTERLOCUTÓRIO DE RECEBIMENTO DE INICIAL DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA A despeito da cumulação de pedidos de ressarcimento ao erário e de condenação às sanções da Lei n. 8.429/1992. PRECEDENTES. “1 É cabível a propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, tendo em vista a natureza difusa do interesse tutelado. Mostra-se lícita, também, a cumulação

de pedidos de natureza condenatória, declaratória e constitutiva pelo Parquet por meio dessa ação [...]” (REsp n. 507142/MA, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. em 15/12/2005) (AC n. 2012.001409-9, de Lebon Régis, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 21-10-2014). (...) (Agravo de Instrumento n. 0156245-11.2014.8.24.0000, de Barra Velha, Relator: Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 12/07/2016).

Por conseguinte, tendo em vista que as questões abordadas em ambas as proemias se encontram plenamente sedimentadas neste Tribunal de Justiça, despidiendas maiores digressões a respeito, motivo pelo qual a decisão hostilizada se revela irretocável nos pontos.

#### 1.2 – Agravo Retido de fls. 2.782/2.784:

Postula a réu Luiz Antonio Agripino, igualmente, pelo conhecimento do agravo retido interposto nos autos às fls. 2.782/2.784, a fim de que seja reformada a decisão interlocutória que indeferiu a oitiva das testemunhas referidas João Alberto Pizzolatti Júnior e Jorginho dos Santos Mello, sob o fundamento de que, na qualidade de Inspetor de Fiscalização e funcionário do BESC, respectivamente, poderiam “*esclarecer a matéria objeto da prova oral*” (fl. 2.784).

Entretanto, em que pesem as razões apresentadas, o agravo não merece prosperar.

Isso porque, em nenhum momento o réu demonstrou qual a relação das referidas testemunhas com os fatos que pretendia provar.

Afora disso, destaca-se que as demais provas orais e periciais, bem como a própria narrativa dos autos afastam, por si sós, qualquer relevância nas informações que eventualmente pudessem ser obtidas dos referidos depoimentos.

Ademais, como cediço, dentro do princípio da persuasão racional adotado pelos artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil/1973, cabe ao magistrado, como presidente da instrução processual, a apreciação



da conveniência ou não da necessidade de realização de provas no feito, inexistindo, pois, obrigação de, sempre, ordenar a produção daquelas postuladas pela parte, especialmente quando inútil ao deslinde da questão, como é o caso dos autos, razão pela qual é de ser mantida a decisão agravada.

## 2 – Carência de ação, ante o meio processual inadequado:

Em prelúdio, no que concerne à prefacial de carência de ação ante a impropriedade da ação civil pública para a reparação de danos ao erário, deduzida pela ré Incoplastic, convém gizar não merecer conhecimento tal insurgência por este Colegiado.

Isso porque, do processado se depreende que a aludida proemial, também aventada pelo réu Luiz Antonio Agripino, foi fundamentadamente rechaçada pelo digno Magistrado de Primeira Instância no *decisum* saneador de fls. 2.338/2.341, não havendo, contra referida decisão, a interposição de qualquer reclamo pela ré Incoplastic.

Neste contexto, irrecorrida aquela decisão, configurada inegavelmente a preclusão quanto ao ponto, porquanto manifestamente inviável a reiteração de tais questões agora na apelação, pois cedoço que *“É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”* (CPC/73, art. 473).

Aliás, este Sodalício mantém entendimento sedimentado quanto ao tema. Confira-se:

**RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO, DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. POLICIAL MILITAR QUE, NA CONDUÇÃO DE VIATURA PERTENCENTE AO ESTADO DE SANTA CATARINA, ATINGE VEÍCULO DE PARTICULAR. PRELIMINARES QUE FORAM AFASTADAS EM DESPACHO SANEADOR. AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO TEMPORAL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE**

## JUSTIÇA E DESTE TRIBUNAL.

“Conformando-se as partes com o despacho saneador que afastou as preliminares argüidas por ambas, nada mais há para ser discutido, a respeito, em grau recursal, pois preclusos seus respectivos direitos. Tal porque, **‘a preclusão é instituto fundamental para o bom desenvolvimento do processo, sendo uma das principais técnicas para a estruturação do procedimento, e, pois, para a delimitação das regras que compõem o formalismo do processo. A preclusão apresenta-se então, como um limitador do exercício abusivo dos poderes processuais das partes, bem como impede que questões já decididas pelo magistrado possam ser reexaminadas, evitando-se, com isso, o retrocesso e a insegurança jurídica’** (Fredie Didier Jr.)” (AC n. 2006.001311-5, de Urussanga, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. 28-8-2008). [...] (AC n. 2011.010753-5, de Palhoça, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 3-6-2013) (AC n. 2013.139857-2, de Caçador, Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 01.03.2016) (Apelação Cível n. 0010827-61.2013.8.24.0005, de Balneário Camboriú, Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, 2ª Câm. Dir. Púb., j. 31/05/2016 - destaquei).

Aliado a isso, também de bom alvitre se assentar que a referida matéria já fora analisada no tópico anterior, porquanto também ventilada na contestação do réu Luiz Antônio Agripino, embora com fundamento diverso, e devolvida a este órgão ad quem por força do agravo retido por ele interposto, a qual, igualmente, já restou afastada.

### 3 – Do *Meritum Causae*:

Em prelúdio, impende destacar que na *actio sub examine* o Órgão Ministerial pretende imputar aos réus as sanções previstas na lei de improbidade administrativa às condutas irregulares que já foram objeto de processo criminal e, também, de duas ações judiciais anulatórias de débito fiscal e dois embargos à execução fiscal, cuja sentença unificada fora confirmada por este órgão ad quem, no acórdão também unificado das Apelações Cíveis ns 2010.010294-1, 2010.010293-4, 2010.033727-6,

2010.033728-30.

Em análise à descrição da operação tributária ilegal praticada pelos réus, o acórdão supracitado concluiu que *“dívidas não há que a empresa autuada infringiu a legislação tributária de regência, ao praticar as seguintes condutas: 1) escriturou aleatoriamente créditos de ICMS, sem que houvesse uma correspondente ocorrência efetiva de entradas de mercadorias, sem identificação da origem e procedências dos valores lançados (NF n. 1.003.865-09); 2) Escriturou indevidamente valores de ICMS referentes à correção monetária de créditos lançados extemporaneamente, bem como abrangidos por prazo decadencial (NF n. 1.003.943-87); 3) transferiu todos esses créditos acumulados inexistentes para outras empresas situadas neste Estado”*.

Tendo-se por norte os delineamentos supra, na hipótese vertente, destaca-se que os apelantes não negam a realização da transferência de crédito de ICMS tida por irregular pelas autoridades fazendárias.

A insurgência recursal, portanto, restringe-se a imputar ao advogado réu César Leomar Felisbino a responsabilidade exclusiva pela referida irregularidade ou, ainda, a inexistência de ato ímpobro, ante a ausência de lesão ao patrimônio público, uma vez que os créditos de ICMS eventualmente devidos ao Estado de Santa Catarina por conta da dita operação já teriam sido satisfeitos pelas empresas beneficiárias das respectivas transferências.

De fato, o Fisco Estadual, ao glosar o referido procedimento inidôneo, por meio do Edital Declaratório n. 127/2001, determinou que as empresas destinatárias estornassem os créditos decorrentes da transferência, e recolhessem o ICMS eventualmente aproveitado, conforme se extrai do excerto a seguir reproduzido:

“EDITAL DECLARATÓRIO Nº 127/2001

“O GERENTE DE CADASTRO TRIBUTÁRIO DA  
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA DO ESTADO DE

SANTA CATARINA, no uso de sua competência prevista no § 1º do art. 76 do RICMS/SC-97, aprovado pelo Decreto nº 1.790, de 29 de abril de 1997, e considerando ainda as informações constantes do processo PSEF-72099/011.

“DECLARA:

**“I – inidôneos e de nenhum efeito fiscal as notas fiscais emitidas com as características descritas no Anexo Único deste edital, pelos motivos especificados no processo, declarando nulos os créditos fiscais nelas destacados;**

**“II – vedado o registro de créditos fiscais decorrentes destes documentos, devendo os contribuintes que tenham aproveitado tais créditos, proceder o respectivo estorno e efetuar o pagamento do tributo no prazo de 30 (trinta) dias da publicação deste Edital, com os acréscimos legais, comunicando tal fato por escrito à Unidade Setorial de Fiscalização à que estiver jurisdicionado” [grifou-se] (AC n. 2010.033728-3).**

Inclusive, para atestar o cumprimento da aventada determinação pelas empresas beneficiárias, foi determinada a realização de perícia, da qual destacam-se os seguintes trechos (fls. 2.344/2.391):

“Segundo momento:

“a. Com a publicação do Edital nº. 127/2001, o qual glosou grande parte dos créditos transferidos, **ou seja, 92,2338%, foi imposto aos contribuintes beneficiários dos créditos o estorno e o recolhimento do ICMS transferido no prazo de 30 (trinta) dias;**

“b. Diante do Edital nº. 127/2001 (fls. 120), impondo estorno e pagamento dos créditos em transferência, **todos os contribuintes beneficiados pela transferência do ICMS, recolheram o valor total do ICMS transferido e glosado, inclusive com os devidos acréscimos legais.**

“2.2.2 – Quesito nº 02:

“Verificar nas empresas citadas no Edital nº 127/2001 e informar:

“2.2.2.1 – 2.1: – Se o crédito transferido foi utilizado efetivamente pelas empresas que receberam a transferência? Em caso positivo identificar a forma de utilização individualizadamente.

“Resposta:

**“Com a exigência de estorno e pagamento imposto pelo Edital nº 127/2001, os créditos acabaram não sendo utilizados pelas empresas que os receberam em transferência.**

“2.2.2.2 – 2.2: – Em caso de resposta afirmativa ao quesito anterior, especificar quais as competências que foram quitadas com o referido crédito pelas empresas que receberam a transferência, individualizar as competências por empresa, bem como identificar a situação atual destas competências junto ao fisco estadual?

“Resposta:

“Embora a resposta do sub-quesito 2.1 tenha sido negativa, cabe mencionar o seguinte:

**“Se os créditos foram estornados e recolhidos pelas empresas receptoras, conforme demonstrado detalhadamente na resposta do sub-quesito 1.5, nenhuma competência acabou por ser quitada com crédito considerado inidôneo.**

“2.2.2.2 – 2.3: – Se cumprida, por parte das empresas que receberam o crédito, a determinação constante do Edital acima referido e feita a anulação dos créditos considerados nulos?

“Resposta:

**“Como pode ser observado na resposta ao subquesito 1.5 que as empresas receptoras dos créditos cumpriram a exigência constante do Edital nº 127/2001, resta agora detalhar a forma que estas cumpriram a exigência do referido edital.**

“Empresas relacionadas no Edital nº 127/2001 – fls.120:

**“a. Auto Maq. Peças S/A:**

“[...]

“Assim, **no caso específico do ICMS transferido à empresa**

**Auto Máquinas e Peças Oeste Ltda., pelos documentos juntados aos autos, bem como os compostos no ‘ANEXO A’, em anexo, na opinião deste perito, há evidência de que ao Estado de Santa Catarina foi devidamente recolhido o imposto – ICMS anulado pelo Edital nº. 127/2001, com os devidos acréscimos legais, bem como a Autora reembolsou junto à empresa, o valor do ICMS anulado, com os devidos acréscimos por este definido, como mostra os documentos de fls. 226 e 228 dos autos.**

“[...]

**“b. Celesc S/A:**

**“Assim, no caso específico do ICMS transferido à empresa Celesc S/A, pelos documentos juntados aos autos, bem como os compostos no ‘ANEXO B’, em anexo, na opinião deste período, há evidência de que ao Estado de Santa Catarina foi devidamente recolhido o imposto – ICMS anulado pelo Edital nº. 127/2001, com os devidos acréscimos legais, bem como a Autora reembolsou junto à empresa, o valor do ICMS anulado, com os devidos acréscimos por este definido, como mostra os documentos de fls. 231 a 235 dos autos.**

“[...]

**“c. Celulosi Irani S/A:**

“[...]

**“Assim, no caso específico do ICMS transferido à empresa Celulose Irani S/A, pelos documentos juntados aos autos, bem como os compostos no ‘ANEXO C’, em anexo, na opinião deste período, há evidência de que ao Estado de Santa Catarina foi devidamente recolhido o imposto – ICMS anulado pelo Edital nº. 127/2001, com os devidos acréscimos legais, bem como a Autora reembolsou junto à empresa, o valor do ICMS anulado, com os devidos acréscimos por este definido, como mostra os documentos de fls. 247 a 258 dos autos.**

“[...]

**“d. Comcasa Ltda.:**

“[...]

“Assim, no caso específico do ICMS transferido à empresa Celulose Irani S/A, pelos documentos juntados aos autos, bem como os compostos no ‘ANEXO C’, em anexo, na opinião deste período, há evidência de que ao Estado de Santa Catarina foi devidamente recolhido o imposto – ICMS anulado pelo Edital nº. 127/2001, com os devidos acréscimos legais, bem como a Autora reembolsou junto à empresa, o valor do ICMS anulado, com os devidos acréscimos por este definido, como mostra os documentos de fls. 247 a 258 dos autos.

**“e. Convesp. Com. De Veículos Ltda.:**

“[...]

**“Assim, no caso específico do ICMS transferido à empresa COVESP – Comércio de Veículos Ltda., pelos documentos juntados aos autos, bem como os compostos no ‘ANEXO E’, em anexo, na opinião deste período, há evidência de que ao Estado de Santa Catarina foi devidamente recolhido o imposto – ICMS anulado pelo Edital nº. 127/2001, com os devidos acréscimos legais, como mostra os documentos juntados no ‘ANEXO E’.** Com relação ao reembolso que a Autora deveria efetuar junto à empresa, do valor do ICMS anulado, não há nos autos evidências concretas de que isso tenha concretizado.

“[...]

**“f. Igaras Papéis S/A:**

“Assim, no caso específico do ICMS transferido à empresa IGARAS Papéis e Embalagens S/A, sucedida pela empresa Klabin S/A, pelos documentos juntados aos autos, bem como os compostos no ‘ANEXO F’, em anexo, na opinião deste período, há evidência de que ao Estado de Santa Catarina foi devidamente recolhido o imposto – ICMS anulado pelo Edital nº. 127/2001, com os devidos acréscimos legais, como mostra os documentos juntados no ‘ANEXO F’.

“Com relação ao reembolso que a Autora deveria efetuar junto à empresa, do valor do ICMS anulado, não há nos autos evidências concretas de que isso tenha concretizado.

“[...]

**“g. Joaçaba Aço e Ferro Ltda.:**

“[...]

“Assim, no caso específico do ICMS transferido à empresa JOAÇABA AÇO FERRO LTDA., pelos documentos juntados aos autos, bem como os compostos no ‘ANEXO G’, em anexo, na opinião deste perito, **há evidência de que ao Estado de Santa Catarina foi devidamente recolhido o imposto – ICMS anulado pelo Edital nº. 127/2001, com os devidos acréscimos legais**, como mostra os documentos juntados no ‘ANEXO G’. **Com relação ao reembolso que a Autora deveria efetuar junto à empresa, do valor do ICMS anulado, não há nos autos evidências concretas de que isso tenha sido concretizado.**

“[...]

**“h. Macromaq Ltda.:**

“[...]

“Assim, no caso específico do ICMS transferido à empresa MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA., pelos documentos juntados aos autos, bem como os compostos no ‘ANEXO H’, em anexo, na opinião deste perito, há evidência de que ao Estado de Santa Catarina foi efetivado o reconhecimento do débito do ICMS transferido, com a efetivação do Pedido de Parcelamento de Débito;

“Porém, só há comprovação de efetivo pagamento do respectivo parcelamento, através da cópia do DAR/27, correspondente a parcela 01/94, sendo que as demais parcelas não há provas documentais, nos autos, de que foram efetivamente recolhidas;

“Também não há nos autos comprovação cabível de que o referido contribuinte, efetivou o competente estorno de créditos dos valores do ICMS referidos através de transferência, pelas Notas Fiscais emitidas pela Autora;

“Ainda, não há comprovação nos autos de que a Autora reembolsou, ou comprometeu-se a reembolsar, junto ao contribuinte MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA., todos os valores de ICMS



que lhe foram transferidos e glosados pelo Edital nº. 127/2001.

[...]

**i. Rigesa Celulose Ltda.:**

[...]

“Assim, no caso específico do ICMS transferido à empresa RIGESA, CELULOSE, PAPEL E EMBALAGENS LTDA., pelos documentos juntados aos autos, bem como os compostos no ‘ANEXO I’, em anexo, na opinião deste perito, há evidência de que ao Estado de Santa Catarina foi devidamente recolhido o imposto - ICMS anulado pelo Edital nº 127/2001, com os devidos acréscimos legais, como mostra os documentos juntados no ‘ANEXO I’.

“Com relação ao reembolso que a Autora deveria efetuar junto à empresa, do valor do ICMS anulado, não há nos autos evidências concretas de que isso tenha sido concretizado.

[...]

**j. Sperandio S/A:**

[...]

“Assim, no caso específico do ICMS transferido à empresa SPERANDIO S/A, pelos documentos juntados aos autos, bem como os compostos no ‘ANEXO J’, em anexo, na opinião deste perito, há evidência de que ao Estado de Santa Catarina foi devidamente recolhido o imposto – ICMS anulado pelo Edital nº. 127/2001, com os devidos acréscimos legais, como mostra os documentos juntados no ‘ANEXO J’.

“Porém, com relação ao reembolso que a Autora deveria efetuar junto à empresa, do valor do ICMS anulado, não há nos autos evidências concretas de que isso tenha sido concretizado” (grifou-se).

Aliado a isso, ao final da perícia, concluiu o *expert* que:

“Pelos documentos dos autos analisados cuidadosamente e sob o aspecto técnico-contábil-financeiro, bem como os documentos constantes dos anexos: A,B,C,D,E,F,G,H,I, em anexo ao presente laudo

pericial, **entende este perito que o Estado de Santa Catarina não teve prejuízo em sua arrecadação**, uma vez que todo o valor do crédito de ICMS transferido e glosado, bem como todos os valores do ICMS glosados pelo Edital nº 127/2001 de fls.120, foram devidamente recolhidos ao Estado de Santa Catarina, com os devidos acréscimos legais.” (fl. 2.387 – grifou-se).

Com efeito, conforme atestado pelo perito, as empresas beneficiárias recolheram efetivamente ao Estado de Santa Catarina o ICMS correspondente àquele por elas aproveitado de forma indevida em decorrência da operação tida por inidônea.

Neste contexto, muito embora os réus tenham praticado atos inidôneos, consubstanciados no creditamento de ICMS vedado pela legislação de regência, transferindo-os indevidamente a outras empresas contribuintes em troca de insumos, restou comprovado que as autoridades fazendárias glosaram as operações inidôneas e cobraram das empresas destinatárias o tributo correspondente àquele indevidamente aproveitado.

Como corolário, ainda que num primeiro momento, no aspecto escritural, os réus tenham causado um aparente prejuízo ao erário, a posterior glosa dos créditos realizada pelo Fisco Estadual e o conseqüente recolhimento do ICMS aproveitado pelas empresas destinatárias culminou na ausência de prejuízo ao erário estadual, o que, necessariamente, afasta a incidência dos arts. 9º e 10 da Lei n. 8.429/92.

Não obstante, como é consabido, as transgressões elencadas nos arts. 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa, ainda que, a depender do caso concreto, possam a não vir a caracterizar enriquecimento ilícito do agente público, podem por outro viso implicar na violação aos princípios da Administração Pública, sobretudo aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, hipótese em que o ato do agente se subsumirá no art. 11 do indigitado diploma legal.

Até porque, a disposição encetada no art. 11 da Lei de Improbidade

Administrativa é denominada pela doutrina como “*norma de reserva*”, ou seja, regra subsidiária que contempla casos de improbidade mesmo que inexistente dano ao erário ou enriquecimento ilícito do transgressor, bastando, pois, o dolo genérico (elemento volitivo) do agente público em violar os postulados da Administração Pública.

Para corroborar, no que tange ao mencionado dispositivo legal, cumpre trazer a lume os ensinamentos de Daniel Amorim Neves:

“Constitui ato de improbidade administrativa a conduta, comissiva ou omissiva, que contraria os princípios da Administração Pública, em desconformidade com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, na forma do art. 11 da Lei 8.429/1992, que dispõe:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV – negar publicidade aos atos oficiais;

V – frustrar a licitude de concurso público;

VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.”

O art. 4.º da Lei de Improbidade Administrativa determina que os agentes públicos “são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no

trato dos assuntos que lhe são afetos”.

É fácil notar a importância dos princípios jurídicos na atualidade, especialmente pelo reconhecimento de sua força normativa e vinculante no âmbito das relações públicas e privadas.

Ressalte-se que restará configurada a improbidade administrativa na hipótese de violação a todo e qualquer princípio, expresso ou implícito, aplicável à Administração Pública.

Trata-se do reconhecimento do princípio da juridicidade, que impõe a obediência, por parte do administrador público, não apenas das regras formais (legalidade), mas, também, de todos os princípios reconhecidos pela comunidade jurídica. A idéia de juridicidade encontra-se positivada, por exemplo, no art. 2.º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/1999, que exige a “atuação conforme a lei e o Direito.”

Além dos princípios enumerados no art. 37 da CRFB (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), a Administração deve observar outros princípios expressa ou implicitamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico (razoabilidade, proporcionalidade, finalidade pública, continuidade, autotutela, consensualidade/participação, segurança jurídica, confiança legítima, boa-fé, dentre outros).

Não seria lógico supor que o administrador tivesse a opção de não observar determinados princípios jurídicos, assim como não seria lícito concluir pela existência de hierarquia abstrata ou normativa entre os princípios constitucionais aplicáveis à Administração.

O pressuposto essencial para configuração do ato de improbidade, no caso, é a violação aos princípios da Administração Pública, independentemente do enriquecimento ilícito do agente ou de lesão ao erário. Exemplo: contratar servidor público, sem concurso público, salvo nas hipóteses constitucionais em que a regra é afastada, tal como ocorre com os ocupantes de cargos em comissão, os servidores temporários, dentre outras exceções.

Ademais, a violação aos princípios deve ser conjugada com a comprovação do dolo do agente e o nexo de causalidade entre a ação/omissão e a respectiva violação ao princípio aplicável à Administração.

Quanto ao elemento subjetivo, exige-se a comprovação do dolo por parte do agente público ou do terceiro.

[...]

A exigência do dolo ou da má-fé é salutar para evitar a aplicação indiscriminada e desproporcional das sanções de improbidade.

Isto porque, qualquer deslize administrativo, por menor que ele seja, poderia configurar violação ao princípio da legalidade, atraindo a incidência das sanções de improbidade, o que acarretaria insegurança jurídica para os agentes públicos. Nesses casos, as sanções administrativas já seriam suficientes para punir os faltosos.

Em suma: a improbidade não se confunde com ilegalidade, exigindo-se, ainda, a configuração da desonestidade do agente público” (in Manual de Improbidade Administrativa, 2ª ed., São Paulo: Método, 2014, pp. 187-192).

Outrossim, convém evidenciar a lição de Marino Pazzaglini Filho acerca do tema:

“Segundo a dicção da norma, constitui ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios que regem a Administração Pública qualquer ação ou omissão funcional de agente público que desrespeite os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade ou lealdade as instituições.

Embora a redação do dispositivo não tenha sido a mais apropriada, pois seria de maior rigor ou precisão reiterar os princípios constitucionais basilares que informam a atuação pública elencados no art. 37, caput, da Carta Magna (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), a circunstância de constar dele a expressão violação da legalidade elucida, sem dúvidas, que o preceito compreende a transgressão dos demais princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam a atuação dos agentes públicos, posto que, como já afirmado no Capítulo I, por ocasião do exame dos princípios constitucionais da Administração Pública, estes “servem para esclarecer e explicitar o conteúdo do princípio maior ou primário da legalidade”.

Ademais, a afronta ao “dever de honestidade” corresponde a

violação do princípio da moralidade, e ao “dever de imparcialidade” a ofensa ao princípio da impessoalidade. Frise-se, também, que o conceito estampado no caput do art. 11 segue a mesma técnica redacional empregada na descrição das demais categorias de improbidade administrativa arts. 9º e 10), isto é, apresenta uma conceituação aberta e exemplificativa em seus incisos (“notadamente”).

É intuitivo, também, que o agente público, ao praticar ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito (art. 9º), ou que causa lesão ao Erário (art. 10), transgredir, sempre, o princípio *constitucional da legalidade e, em geral, outros princípios constitucionais* explícitos ou implícitos, relativos ao conteúdo de sua conduta ímproba.

Daí se conclui que a norma em exame é residual em relação às que tratam das duas outras modalidades de atos de improbidade, pois a afronta a legalidade faz parte de sua contextura.

Assim, se do ato violador de princípio constitucional administrativo resultar enriquecimento ilícito do agente público que o praticou, há absorção da regra do art. 11 (subsidiária), contida no art. 9º (principal), por esta. E, da mesma forma, se da afronta a princípio constitucional decorrer lesão ao Erário, configura-se somente ato ímprobo de lesividade ao patrimônio público que, em face do princípio da subsidiariedade, absorve aquela (*Lex primaria derogat legi subsidiariae*).

Logo, a figura da improbidade administrativa por transgressão a princípio constitucional que rege a Administração Pública está contida nas normas principais que definem tipos mais graves de improbidade (arts. 9º e 10). E, por isso, sua aplicação subordina-se a não aplicação daquelas.

Em síntese, pode dizer-se que a norma do art. 11 constitui soldado de reserva (expressão do saudoso jurista Nelson Hungria), configurando-se pelo resíduo na hipótese da conduta ilegal do agente público não se enquadrar nas duas outras categorias de improbidade.

Em outras palavras, o preceito do art. 11 é residual e só é aplicável quando não configuradas as demais modalidades de improbidade administrativa.

Indaga-se, agora, toda a violação da legalidade configura improbidade administrativa?

Claro que não, pois, se tal premissa fosse verdadeira, qualquer ação ou omissão do agente público contrária a lei seria alçada à categoria de improbidade administrativa, independentemente de sua natureza, gravidade ou disposição de espírito que levou o agente público a praticá-la. Ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a ocorrência daquela, por si só, não configura ato de improbidade administrativa.

É imprescindível a sua tipificação que a ato ilegal tenha origem em conduta desonesta, artilosa, denotativa de falta de probidade do agente público.

Com efeito, as três categorias de improbidade administrativa têm idêntica natureza intrínseca, que fica nítida com a análise do étimo remoto da palavra improbidade.

O vocábulo latino *improbitate*, como já assinalado, tem o significado de “desonestidade” e a expressão

*improbrus administrator*, quer dizer, administrador desonesto ou de má-fé.

Portanto, a conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade deve ter esse traço comum e característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública.

[...]

Assim, as atos administrativos ilegais que não se revestem de inequívoca gravidade, que não ostentam indícios de desonestidade ou má-fé, que constituem simples irregularidades anuláveis (e não atos nulos de plena direito), que decorrem da inabilitação ou despreparo escusável do agente público, não configuram improbidade administrativa.

[...]

Em resumo, a norma do art. 11 exige, para sua configuração, que a afronta a princípio constitucional da administração pública decorra de comportamento doloso do agente público devidamente comprovado, ou

seja, que ele aja de forma ilícita, consciente da violação de preceito da administração motivado por desonestidade, por falta de probidade” (in Lei de Improbidade Administrativa Comentada, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pp. 98-101).

Como visto, a doutrina é unânime em apontar a necessidade de demonstração inequívoca do comportamento doloso do agente público para a configuração do ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei n. 8.429/92, sendo, porém, dispensável a demonstração de dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente, porquanto a conduta em questão a ser combatida é aquela que atenta contra os princípios da Administração Pública.

Cuida-se, portanto, de se averiguar se houve ou não o denominado dolo genérico ou *lato sensu* na conduta dos demandados, ao contrário do dolo específico que é exigido somente nas hipóteses descritas no art. 9º do indigitado diploma legal.

Aliás, tal entendimento encontra-se em plena consonância com a jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

1) PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. PRÁTICA DE ATO VIOLADOR DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ARTIGO 11 DA LEI 8429/92. RECONHECIMENTO DE DOLO GENÉRICO. PENALIDADE APLICADA. PROPORCIONALIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e,



ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10.

2. Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8429/92, como visto, dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.

3. Na hipótese dos autos, o Tribunal a quo, embora tenha consignado que era prescindível a demonstração de dolo ou culpa do agente, reconheceu expressamente ser “flagrante a inobservância da regra de provimento dos cargos públicos por meio de concurso público, conforme previsto na Carta Magna, deve ser reconhecida a ilegalidade na contratação”, daí porque não há que se falar na inexistência do elemento doloso.

4. No que concerne à apontada violação ao art. 12 da Lei 8429/92, a análise da pretensão recursal no sentido de que sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a consequente reversão do entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no Resp n. 1500812/SE, Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 21/05/2015 – destaqui).

2) ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. A DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL ATRAI O ÓBICE DA SÚMULA 284/STF. CONTRATAÇÃO DIRETA REALIZADA PELO PODER PÚBLICO SEM SUPORTE LEGAL. DOLO GENÉRICO SUFICIENTE PARA ENSEJAR A CONDENAÇÃO DO RÉU NO CAPUT DO ART. 11 DA LIA. DISPENSA DE PROVA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO E DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO AGENTE. RECURSO DESPROVIDO.

1 . A mera indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que haja demonstração clara e objetiva de como o acórdão recorrido teria malferido a legislação federal, não enseja a abertura da via especial,

devendo a parte recorrente demonstrar os motivos de sua insurgência. A deficiência na fundamentação recursal inviabiliza a abertura da instância especial e atrai, por simetria, o óbice da Súmula 284/STF.

2. No âmbito das contratações pelo Poder Público, a regra é a subordinação do administrador ao princípio da licitação, decorrência, aliás, do art. 37, XXI, da Constituição Federal. Tratando-se, portanto, a inexigibilidade de licitação de exceção legal, é certo que sua adoção, pelo gestor público, deverá revestir-se de redobrada cautela, em ordem a que não sirva de subterfúgio à inobservância do certame licitatório. No caso concreto dos autos, desponta que a contratação direta realizada pelo Poder Público de Assis-SP, por intermédio de seus prepostos, careceu de suporte legal.

3. O STJ tem compreensão no sentido de que “o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico” (Resp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011).

4. Segundo o arcabouço fático delineado no acórdão local, sobre o qual não há controvérsia, restou claramente evidenciado o dolo do recorrente, quando menos genérico, no passo em que anuiu à inexigibilidade de procedimento licitatório, ensejando a indevida contratação direta de prestação de serviço técnico de elaboração de estudos de viabilidade, projeto e acompanhamento do processo de municipalização do ensino de 1º grau em Assis-SP. Tal conduta, atentatória ao princípio da legalidade, nos termos da jurisprudência desta Corte, é suficiente para configurar o ato de improbidade capitulado no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

5. É fora de dúvida que a conduta do agente ímprobo pode, sim, restar tipificada na própria cabeça do art. 11, sem a necessidade de que se encaixe, obrigatoriamente, em qualquer das figuras previstas nos oito incisos que compõem o mesmo artigo, máxime porque aí se acham descritas em caráter apenas exemplificativo, e não em regime *numerus clausus*.

6. O ilícito de que trata o art. 11 da Lei nº 8.429/92 dispensa a prova de prejuízo ao erário e de enriquecimento ilícito do agente.

7. Recurso especial a que se nega provimento (Resp n. 1275469/SP, Relator: Min. Sérgio Kukina, 1ª Turma, j. 12/02/2015 – destaquei).

Na casuística, prosseguindo-se com o exame das condutas realizadas, no que toca à responsabilidade do agente público réu Luiz Antonio Agripino – Gerente Regional da Fazenda Estadual em Joaçaba, na transferência dos créditos de ICMS irregularmente lançados em favor da ré Incoplastic, oportuno transcrever a conclusão da Sindicância Administrativa instaurada para apurar tais irregularidades:

a) Não foram observados pelo sr. Luiz Antônio Agripino as normas legais que estabelecem os procedimentos para transferência de crédito uma vez que as notas fiscais não tramitaram pelas vias normais dentro da 7º GREG”;

b) Os fiscais de Tributos da 7º Gerência Regional sequer tinham conhecimento das operações de transferência de crédito que foram objeto da presente sindicância (...);

(...)

e) Com relação a transferência de crédito da empresa Foppas, o sr. Luiz A Agripino não requisitou análise dos créditos por parte dos Fiscais de Tributos Lotados na Gerência, somente verificou os livros e documentos e autorizou a transferência e a empresa não apresentou, na Gerência, o Demonstrativo de Crédito Acumulado (...);

(...)

j) O servidor Luiz Antônio Agripino faltou com a verdade em pelo menos três ocasiões: ao ser questionado pelo Gerente Regional de São Miguel do Oeste, sobre a legalidade do crédito a ser transferido para a empresa Auto Máq. E Peças Oeste S/A (item 2.2.1); ao ser questionado pela Celulose Irani sobre os crédito da Incoplastic (item 2.1.8, 2.3.3) e ao omitir outras transferências de crédito além daquelas listadas às fls. 142 do presente processo e posteriormente descobertas e autorizadas pelo ex-gerente (fls. 210 a 215, 217, 220 e 258 a 261);

k) O servidor Luiz A Agripino autorizou transferência de crédito, que havia sido negada pela Gerência Regional de Curitiba (itens 2.1.6, 2.3.1, 2.3.2); (fls. 892/894).

Aliado a isso, dos depoimentos colhidos na referida Sindicância, convém destacar o do Sr. Avelino Dorini Primo, fiscal da receita estadual, que assim declarou (fls. 793/794):

Antes do sr. Agripino tomar conhecimento de que o fisco estava de posse de várias notas fiscais de transferência emitidas pela Incoplastic, em visita ao depoente, o ex-gerente perguntado, se não sabia que a transferência de créditos, que havia autorizado, para futura aquisição de veículos destinada ao Grupo Sperandio era irregular e o porque de não tinha sido dado conhecimento aos fiscais daquelas transferências, o mesmo afirmou que não podia fazê-lo pois os fiscais não concordariam com a transferência, motivo pelo qual o fez pessoal e secretamente em sua sala. O depoente reperguntou se o ex-gerente não tinha ciência de que aquilo se tratava de uma infração, este respondeu que sim e que o depoente devia entender que na função de gerente, sofria pressões políticas e as vezes era obrigado a fazer coisas que sabia ser irregular. Como o depoente já estava de posse de mais de quinze notas fiscais de transferências irregulares, por curiosidade perguntou ao Sr. Agripino se o mesmo não havia autorizado outras transferências sem o conhecimento dos fiscais, ou seja, pessoal e secretamente em sua sala, além daquelas três (Grupo Sperandio), sendo que o mesmo foi enfático em afirmar que eram apenas e tão somente aquelas três. (grifouse)

Assim, dos elementos coligidos, infere-se que o réu Luiz Antonio Agripino após carimbo e assinatura nas notas fiscais utilizadas para transferências de crédito de ICMS realizadas pela ré Incoplastic, mesmo tendo conhecimento de suas irregularidades, conferindo-lhes, ainda, procedimento administrativo totalmente diverso das demais, sem contar que, conforme atestado pela perícia, algumas destas notas fiscais continham a assinatura falsificada do Diretor de Administração Tributária – Sr. João Paulo Mosená (fls. 91/92).

Destarte, os elementos evidenciados nos autos não deixam margem

a dúvidas quanto ao dolo na conduta comissiva do agente público réu Luiz Antonio Agripino, objetivando finalidade estranha ao interesse público, ou seja, exclusivamente para favorecer a empresa ré Incoplastic, violando peremptoriamente os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade à administração pública.

De outro viso, restou absolutamente inquestionável a participação da empresa ré Incoplastic Indústria e Comércio de Plásticos Ltda como beneficiária direta das irregularidades na emissão irregular de notas fiscais de transferências de crédito de ICMS entregues para empresas contribuintes em troca de insumos.

Nesta perspectiva, não se pode eximir a referida empresa de sua responsabilidade, sob o argumento de que a pessoa jurídica não poderia incorrer em ato de improbidade, visto que o art. 3º da Lei n. 8.429/92 é taxativo ao dispor que *“As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”* (destaquei), enquanto o art. 5º da mesma lei preconiza que *“Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”* (destaquei).

Vale dizer: a LIA não estabeleceu qualquer diferenciação entre pessoas físicas e jurídicas para figurar no polo passivo na qualidade de terceiro, sendo cediço que o que a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.

A propósito, imperioso destacar a lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves acerca da legitimação passiva das pessoas jurídicas na ação civil pública de improbidade administrativa:

“Pode a pessoa jurídica figurar no polo passivo da demanda? Imagine-se a seguinte hipótese: determinada empreiteira, após vencer certame licitatório fraudado, contrata com o poder público a realização de

uma obra superfaturada, vindo a causar enorme dano ao erário (qualquer assemelhação à realidade terá sido mera coincidência ...).

Pensamos que ante a amplitude conferida pelos arts. 3º (As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta) e 6º (No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio) da Lei de Improbidade, nada impede a sua inclusão como ré da ação civil pública, devendo figurar, nesta condição, ao lado de seus sócios e administradores (aqueles que tenham praticado atos de gestão dando ensejo à *improbidade*).

De notar-se que, a partir da teoria da realidade técnica, confere-se às pessoas jurídicas a capacidade de aquisição e exercício de direitos, capacidade para a prática de atos e negócios jurídicos, enfim. Pode-se afirmar, deste modo, que possuem elas uma vontade distinta da vontade de seus integrantes, sendo “dotadas do mesmo subjetivismo outorgado às pessoas físicas”. Não só vontade, como também existência distinta da de seus membros. Assim, ao praticarem atos ilícitos, responderão com seu patrimônio, sujeitando-se ao sancionamento adequado à sua realidade jurídica.

Entra pelos olhos, desta forma, que ao degradar o meio ambiente ou ao violar os direitos do consumidor, por exemplo, responderá a pessoa jurídica pelos seus atos autonomamente, o mesmo ocorrendo no campo da improbidade sempre que se verificar a sua concorrência, de qualquer modo, para a prática do ilícito, dele se beneficiando sob qualquer forma (art. 6º da Lei n. 8.429/92).

Evidentemente, quanto à pessoa jurídica não há que se falar nas sanções de suspensão de direitos políticos nem tampouco na perda da função pública, sendo cabível, no entanto, a sua condenação à reparação do dano e a aplicação de multa civil, de cunhos exclusivamente pecuniários, bem assim a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente.

Em muitas hipóteses, como não se ignora, somente o acionamento

da pessoa jurídica será capaz de possibilitar a cabal reparação do dano causado ao patrimônio público, não só em razão da sua possível maior envergadura patrimonial como também pela comum dificuldade de identificação daqueles que tenham, em seu nome, dado ensejo ao dano. Imagine-se o caso no qual figurem como sócios da empresa apenas pessoas jurídicas, o que é comum nos grandes conglomerados, ou que, mesmo sendo pessoas físicas, a sua atuação se dê através de interpostas pessoas (gestores e administradores de um modo geral). Diante de tais hipóteses, difícil será a reparação do dano em razão da pouca expressão dos patrimônios individuais como também inócua será a aplicação da sanção de proibição de contratar com o poder público ou de receber incentivos fiscais ou creditícios àquele que, como gestor, deu ensejo à improbidade.

A inclusão da pessoa jurídica no polo passivo, repitase, não impede figurem também como réus os seus sócios e gestores, que sempre respondem com o seu patrimônio pessoal, subsidiariamente, quando ilegal e indevidamente praticam atos em seu nome, sendo aplicáveis, a eles, a multa civil e a sanção pecuniária personalíssima consistente na suspensão dos direitos políticos, não se devendo excluir, também, por óbvio, a proibição de contratar com o Poder Público e de receber incentivos fiscais ou creditícios. Tudo isso sem prejuízo da obrigação de reparar o dano.

Fixada a possibilidade de figurar a pessoa jurídica no polo passivo, aplicável será, *modus in rebus*, a regra contida no art. 8º acima referido, respondendo a empresa sucessora pela lesão ao patrimônio público acarretada pela sucedida.” (GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa*, 7ª ed., 2013 – destaquei).

Neste viés, aliás, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC INOCORRENTE. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Não há violação do artigo 535 do CPC quando o acórdão, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos

trazidos pelo recorrente, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não adotando a tese defendida pelo recorrente, manifestando-se, de maneira clara e fundamentada, acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, inclusive em relação às quais o recorrente alega contradição e omissão.

2. Considerando que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios.

3. Recurso especial não provido (REsp n. 970393/CE, Relator: Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j. 21/06/2012 – destaquei).

Da mesma forma, relativamente ao réu José Benedito da Silva, sócio-gerente e proprietário da empresa ré Incoplastic Indústria e Comércio de Plásticos e Papéis Ltda, não se trata da responsabilidade atribuída ao administrador, mas, sim, ao sócio que se beneficiou ou buscou se beneficiar de atos praticados contra a moralidade administrativa, auferindo, com isso, vantagem econômica.

Sobre o assunto oportuno registrar a lição do professor Pedro Roberto Decomain:

“Também aquele que, mesmo não sendo agente público, se tenha beneficiado do ato de improbidade, fica sujeito às sanções previstas na Constituição Federal e na Lei n. 8.429/92. a hipótese poderá compreender, por exemplo, todo particular a cujo patrimônio haja sido indevidamente incorporado algum bem público, ou aquele que haja sido contratado pela Administração mediante indevida dispensa do necessário procedimento licitatório, ou com frustração da sua licitude. [¿] Neste diagrama, inserem-se os sócios de empresas que figuram como parte do ato lesivo, na medida em que, as empresas, por si só não possuem vontade própria, mas sim, praticam atos por comando de seus proprietários (sócios) os quais agem dolosamente concorrendo para o ilícito” (autor citado *in* Improbidade Administrativa, Editora Dialética, 2007, p. 54) (grifou-se).

Com efeito, na qualidade de sócio administrador, o referido réu



acompanhava diretamente as atividades da empresa, buscando favorecer-se com as diversas emissões irregulares de notas de crédito de ICMS, que alcançaram o montante de R\$ 4.813.085,44 (quatro milhões, oitocentos e treze mil, oitenta e cinco reais e quarenta e quatro centavos), de forma que não há como deixar de reconhecer o dolo na sua conduta e, por consequência, sua respectiva responsabilidade.

E, frise-se: ainda que evitado o prejuízo ao erário, a conduta dos agentes envolvidos, por evidente, foi absolutamente contrária aos interesses da Administração, especialmente aos princípios que a norteiam.

Destarte, conforme demonstrado, a empresa ré Incoplastic participou ativamente de atos que violaram manifestamente os princípios da administração pública, não sendo razoável ou crível concluir que o sócio administrador não tinha conhecimento das fraudes praticadas.

Diante disso, após análise da conduta individualizada dos réus, não há dúvida de que procederam com dolo, não lhes favorecendo o argumento de que não detinham conhecimento de que os fatos estavam ocorrendo em desacordo com a lei.

Até porque, como cediço, a ninguém é lícito alegar o seu desconhecimento.

Por fim, registre-se que a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do débito antes do recebimento da denúncia, suscitada no apelo do réu José Benedito da Silva, somente se aplica aos crimes definidos na Lei n. 8.137/90 e aos crimes tributários, não sendo extensível à espécie dos autos.

Com efeito, aqui se trata de crimes de improbidade administrativa, consistentes em grave afronta aos princípios da Administração Pública, como alhures evidenciado.

Neste contexto, por todo exposto, como dito alhures, ainda que provado que a operação de creditamento irregular de ICMS realizada

pelos réus não tenha resultado em efetivo prejuízo patrimonial para a Administração Pública, é inegável a infração aos princípios da legalidade, da honestidade, da imparcialidade e da lealdade por eles cometida, restando configurado, pois, o ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92.

Desta feita, merecem provimento apenas parcial os recursos quanto ao pedido de reforma da sentença e apenas para excluir as sanções previstas nos arts. 09 e 10 da Lei n. 8.429/92, porquanto sua aplicabilidade não prescinde do dano ao erário ou do enriquecimento ilícito, o que, *in casu*, não ocorreu.

Como corolário, indeclinável a reforma parcial da sentença quanto ao ponto, a fim de reduzir para 05 (cinco) anos a pena de suspensão dos direitos políticos e para 03 (três) anos a pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários.

Mantém-se, outrossim, a pena de perda do cargo público do réu Luiz Antônio Agripino. (art. 12, III, da Lei n. 8.429/92).

Por fim, há de ser afastada a pena de suspensão de direitos políticos imposta à ré Incoplastic Indústria e Comércio de Plásticos e Papéis Ltda, por se tratar de pessoa jurídica.

Ante o exposto, vota-se no sentido de: a) conhecer dos agravos retidos e negar-lhes provimento; b) conhecer parcialmente do recurso da ré Incoplastic Indústria e Comércio de Plásticos e Papéis Ltda e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento e; c) conhecer dos recursos dos réus Luiz Antônio Agripino e José Benedito da Silva e dar-lhes parcial provimento, para reformar em parte a sentença de Primeiro Grau, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

**Apelação Cível n. 0001903-72.2007.8.24.0037**

Relator: Des. Paulo Ricardo Bruschi

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM*.

***“O princípio do tantum devolutum quantum appellatum devolve à Corte ad quem a apreciação dos temas objetos do recurso de apelação, não havendo que se falar em omissão no julgado quando apreciadas todas as teses aviadas pela defesa por ocasião da interposição do apelo, sendo, pois, vedado à parte inovar em sede de embargos de declaração”*** (AgRg no AREsp n. 422.841/RO, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 27/8/2014 – grifei).

INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO. PRECLUSÃO. MATÉRIA DECIDIDA EM SANEADOR IRRECORRIDO.

*“A preclusão é instituto fundamental para o bom desenvolvimento do processo, sendo uma das principais técnicas para a estruturação do procedimento, e, pois, para a delimitação das regras que compõem o formalismo do processo. A preclusão apresenta-se então, como um limitador do exercício abusivo dos poderes processuais das partes, bem como impede que questões já decididas pelo magistrado possam ser reexaminadas, evitando-se, com isso, o retrocesso e a insegurança jurídica”* (DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 1. 18.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 426)

CONSTRUÇÃO DE OBRA COM INVASÃO DE PASSEIO PÚBLICO, INVASÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – APPE INICIAL GENÉRICA, SEM DESCRIÇÃO DOS FATOS PRATICADOS. MATÉRIAS FUNDAMENTADAMENTE AFASTADAS NA SENTENÇA.

AUSÊNCIA DE RECURSO DA PARTE ADVERSA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL EVIDENTE.

O interesse em recorrer “*consubstancia-se na necessidade que tem o recorrente de obter a anulação ou reforma da decisão que lhe for desfavorável*” (NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 11 ed. rev., ampl. e atual. Até 17.2.2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 847).

FRACIONAMENTO INDEVIDO DE LICITAÇÃO. OBRAS DISTINTAS E COM OBJETOS DIVERSOS. EMBELEZAMENTO DE AVENIDA E LAZER AOS TRANSEUNTES E PRESERVAÇÃO DA SEGURANÇA DOS MUNICÍPIOS. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES À SUA CARACTERIZAÇÃO.

“*Não havendo nos autos elementos suficientes para caracterizá-lo, sabido que – a ação de improbidade administrativa exige prova certa, determinada e concreta dos atos ilícitos, para ensejar condenação. Não se contenta com simples indícios, nem com a verdade formal – (REsp. n. 976.555, Min. José Delgado)*” (TJSC, Apelação Cível n. 2011.052887-0, de Rio do Sul, rel. Des. Cesar Abreu, j. 28-05-2013)” (Apelação Cível n 2008.032862-7, de Porto União, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. em 17/09/2013). [grifou-se].

SUPERFATURAMENTO. AUSÊNCIA DE PROVAS DE SUA OCORRÊNCIA E INDEMONSTRAÇÃO DE LESÃO AO ERÁRIO MUNICIPAL.

“*A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais.* (Marçal Justen Filho, *in*, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética. 2009. p. 377).

*“Inexistindo provas de superfaturamento do valor contratado e recebido e tendo o serviço sido regularmente prestado, não há falar em prejuízo ao Erário e, conseqüentemente, no dever de ressarcimento, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração. [...]”* (REsp n. 951.389, Rel. Min. Herman Benjamin).

DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUTORIZAÇÃO LEGAL – ARTIGO 254, INCISO I, DA LEI 8.666/93.

*“A dispensa de licitação verifica-se em situações que, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se obviamente inconveniente com os valores norteadores da atividade administrativa. Toda licitação envolve uma relação de custos e benefícios. Há custos econômicos propriamente ditos, derivados do cumprimento dos atos materiais da licitação (publicação pela imprensa, realização de testes laboratoriais, etc.) e da alocação de pessoal. Há custos de tempo, referentes à demora para desenvolvimento dos atos da licitação. Podem existir outras espécies de custos, a serem examinados caso a caso”.*( Marçal Justen Filho, *in*, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética. 2009. p. 289).

QUEBRA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS REITORES DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO EVIDENCIADO. OBSERVÂNCIA DAS RECOMENDAÇÕES LEGAIS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO DOS RÉUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, PROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO.

*“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)".

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0001903-72.2007.8.24.0037, da comarca de Joaçaba (1ª Vara Cível) em que são Apelantes Apelados o Ministério Público de Santa Catarina e Marcos Antônio Zanardo e outros.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer parcialmente dos recursos dos réus e, nesta extensão, dar-lhes provimento e julgar prejudicado o recurso do ente ministerial. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exm.<sup>a</sup> Sr.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup>. Sônia Maria Schmitz e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Odson Cardoso Filho e Des. Carlos Roberto da Silva.

Florianópolis, 12 de abril de 2018.

Paulo Ricardo Bruschi  
RELATOR

## RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Marcos Antonio Zanardo e Construmass Construção Civil Ltda, inconformados com a decisão proferida, interpuseram Recursos de Apelação (fls. 1.297-1.309), objetivando a reforma da respeitável sentença prolatada pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível da comarca de Joaçaba, na "*Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa*" n. 0001903-72.2007.8.24.0037 ajuizada pelo Ministério Público contra Marcos Antônio Zanardo e outros, todos devidamente qualificados, a qual julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial e, por consequência, nos termos do artigo 269, I, do CPC, c/c os artigos 10, VIII e 12, II, da Lei n. 8.429/92,

absolveu a empresa Brinquemark Diversões Ltda – EPP das imputações que lhe foram feitas e condenou:

a) Marco Antonio Zanardo: **a)** na obrigação de ressarcir integralmente o dano causado ao erário público (diferença entre o valor da avaliação judicial e o valor pago à empresa Construmass, devidamente corrigido monetariamente, acrescido de juros de mora a partir do trânsito em julgado); **b)** ao pagamento de multa no valor de uma vez o valor do dano, devidamente corrigido monetariamente;

b) Armando Haro Neto ao pagamento de multa no valor 20% do valor da obra realizada com dispensa de licitação, devidamente corrigida monetariamente (fl.130).

c) Construmass Construção Civil Ltda: **a)** na obrigação de ressarcir integralmente o dano causado ao erário público (diferença entre o valor da avaliação judicial e o valor pago à empresa Construmass, devidamente corrigido monetariamente, acrescido de juros de mora a partir do trânsito em julgado); **b)** pagamento de multa de uma vez o valor do dano devidamente corrigido monetariamente.

d) Jaison Strapassola na obrigação de ressarcir integralmente o dano causado ao erário público (diferença entre o valor da avaliação judicial e o valor pago à empresa Construmass, devidamente corrigido monetariamente, acrescido de juros de mora a partir do trânsito em julgado).

Da Mesma forma deixou assente que:

18.1 Os réus que foram condenados ao ressarcimento do dano ao erário público são solidariamente responsáveis.

18.1.1 Para ressarcimento do dano ao erário público, após o trânsito em julgado, deve ser utilizado o numerário financeiro depositado em Juízo à título de caução (fls. 618-621,622). O restante do valor deve ser utilizado para o pagamento da multa aplicada para Marcos Antonio Zanardo, Armando Haro Neto e Jaison Strapassola, já que a caução foi por eles depositada.

18.2 Ficam os réus Marcos Antonio Zanardo, Armando Haro Neto, Jaison Strapassola e Construmass

Construção Civil Ltda condenados ao pagamento das custas processuais.

18.3 Transitada em julgado, oficie-se ao Município de Joaçaba a fim de solicitar número de conta bancária para depositar o valor do ressarcimento ao erário público e os valores das multas aplicadas.

18.4 Tendo em vista que as condutas irregulares, devidamente provadas nos autos e reconhecidas na sentença, podem configurar os crimes previstos nos art. 89 e 90 da lei federal 8.666/93, este Juízo, nos termos do art.40 do CPP, determina o imediato envio de cópia desta sentença e das fls. 126,127, 128,129, 148-227, 1.140 - 1.166 ao Promotor de Justiça da Vara Criminal desta Comarca.

Na inicial (fls. 02-18), o Ente Ministerial postulou fosse reconhecido o ato de improbidade administrativa que teria sido perpetrado pelos agentes públicos supracitados e sua respectiva condenação nas sanções previstas do art. 12, incisos II e III, da Lei n. 8.429/92, obrigando-os solidariamente a ressarcir o dano patrimonial causado ao patrimônio do Município, estimado no importe de R\$ 51.279,45 (cinquenta e um mil, duzentos e setenta e nove reais e quarenta e cinco centavos), bem como na perda do cargo, na suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos e, bem assim, ao pagamento individual de duas vezes o valor do dano causado, além da proibição de contratar ou receber benefícios do Poder Público, pelo prazo de cinco anos.

Para tanto, relatou, em síntese, que, no mês de janeiro de 2006, ao assumir o cargo de Prefeito em substituição, o Vice Prefeito Marcos Antonio Zanardo, no primeiro dia de seu exercício, assinou várias cartas convite, entregues no mesmo dia a empresas cadastradas pela Administração Municipal, dando prosseguimento a procedimentos licitatórios abertos nos últimos dias do mês de dezembro do ano transato, deflagrados pelo Prefeito Municipal Armindo Haro Neto, com participação do aludido Vice, então ordenador de despesas.

Sustentou, em sequência, que, no final da substituição, fez o então Prefeito uma espécie de prestação de contas à opinião pública,



divulgando matéria em jornal dando conta do investimento de mais de quatrocentos mil reais na urbanização e no embelezamento de Joaçaba, sendo que, das obras e serviços realizados, dois chamaram a atenção pela localização, natureza, justificativa e elevado custo, traduzidas no Deck da Av. XV de Novembro e na contratação direta da mesma empresa para o fornecimento e montagem de brinquedos no Parque Infantil do Município.

Reverberou, neste contexto, que a discrepância entre o valor real da obra e o preço pago pelo Município seria gritante, sendo evidente o superfaturamento, porquanto extrapolaria todos os níveis da razoabilidade, sendo, inclusive, alvo de discussões no legislativo municipal.

Reforçou, por conseguinte, que, de quebra, a obra fora edificada em área de preservação permanente – APP, vez que localizada entre a Av. XV de Novembro e o Rio do Peixe, além do que, a seu ver, a transformação da área, de especial interesse ambiental, para a alocação de um empreendimento de interesse público discutível, foi operada com abuso de poder e infração ao princípio da legalidade, por meio de Decreto do Prefeito em exercício.

Neste andar, consignou ter havido falta de planejamento, fiscalização das obras e dotação orçamentária específica, em ofensa ao plano plurianual, à Lei de Diretrizes Orçamentárias e aos artigos 15 a 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o que acarretou a compra direta à revelia das regras de observância obrigatória, bem como aditamento de contratos e modificação no objeto licitado.

Aliado a isso, sustentou que a ancoragem do DECK da Av. XV de Novembro invadiu 0,38 (trinta e oito) centímetros do passeio público, contrariando o Estatuto da Cidade, além de não haver previsão, na justificativa técnica e no memorial descritivo, para a colocação de seis bancos de madeira e um aparelho de ginástica, encarecendo em R\$ 3.430,00 (três mil, quatrocentos e trinta reais) o desembolso do ente

público, cujo valor foi pago à requerida Brinquemark, de propriedade do filho do licitante vencedor.

De outro visio, no que tange ao superfaturamento, salientou, primeiramente, que a proposta vencedora apresentou o valor de R\$ 39.686,00 (trinta e nove mil, seiscentos e oitenta e seis reais), ao passo que a segunda apresentou o valor de R\$ 42.348,41 (quarenta e dois mil, trezentos e quarenta e oito reais e quarenta e um centavos), empresas, todavia, de pai e filho respectivamente, não havendo proposta das outras duas convidadas, por atuarem em ramos diversos.

Diante disso, salientou afronta ao disposto no artigo 22, §3º, da Lei de Licitações, chamando a atenção para o fato de que as empresas que apresentaram propostas, além de pertencerem a pai e filho, funcionariam no mesmo endereço, evidenciando conluio que macularia a licitação.

Já no que efetivamente pertine ao propalado superfaturamento, apresentou planilha, oriunda de perícia por ele encomendada, a qual totalizou um valor de R\$ 16.434,97 (dezesseis mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e noventa e sete centavos), demonstradora, a seu ver, da referida assertiva.

Ademais, teceu considerações sobre o material utilizado e insurgiu-se quanto à inclusão do valor relativo aos seis bancos e ao aparelho de ginástica, todos de madeira, que custaram indevidamente ao erário o valor de R\$ 3.430,00 (três mil, quatrocentos e trinta reais).

Por outro visio, sustentou a dispensa indevida de licitação para as obras de montagem de brinquedos no Parque Infantil do Município, que custaram ao erário o valor de R\$ 6.790,00 (seis mil, setecentos e noventa reais), além da compra dos aludidos brinquedos, também com a mencionada dispensa, no valor de R\$ 7.920,00 (sete mil, novecentos e vinte reais), adquiridos da empresa Brinquemark, asseverando ser insubsistente a justificativa apresentada pelo Sr. Prefeito Municipal.

Neste contexto, descreveu detalhadamente a responsabilidade de cada um dos agentes públicos, na medida em que Marcos e Armindo, na condição de Prefeito em exercício e ordenador de despesas e Prefeito Municipal respectivamente, anuíram com as contratações superfaturadas e com a indevida dispensa de licitação, além das empresas que teriam participado do aludido conluio, bem como do Réu Jaison Strapassola, porquanto este, sendo Diretor de Planejamento do Município, afirmara a existência de verba orçamentária pertinente à realização das obras, o que, a seu ver, inexistia, além de emitir a ART, vistoriar e aceitar a obra atestando a sua regularidade, em que pese confirmar metragem superior à realizada.

Por derradeiro, pugnou pela concessão de liminar *inaudita altera pars*, a fim de que se decretasse a indisponibilidade de bens aptos a garantir o ressarcimento ao erário, efetuando os demais requerimentos de praxe, neles incluída a condenação dos réus nas penas respectivas antes mencionadas.

Juntou documentos (fls. 19-605).

Recebida a exordial, diferiu-se a análise da liminar para após a resposta dos então indiciados e determinaram-se suas notificações (fl. 607), o que gerou manifestação ministerial reeditando o pedido de liminar (fls. 610-613), cuja decisão restou mantida pelo despacho de fl. 614.

Não obstante, ao invés de recorrer, outra vez, porém, o Ente Ministerial se manifestou reeditando a necessidade da concessão da liminar postulada (fl. 614, verso).

Notificados, Armindo Haro Neto, Marcos Antonio Zanardo e Jaisson Strapassola, em petição conjunta, através do mesmo Procurador, em que pesem divergir dos argumentos do douto Promotor, nas fls. 618 a 621 e juntando os documentos de fls. 622 a 712, com o intuito de inibir a concessão de qualquer medida cautelar, efetuaram o depósito integral do valor do prejuízo alegado.

Na sequência, apresentaram, agora em peças distintas, suas defesas preliminares, sendo Jaisson representado por novo Causídico, ao passo que Marcos e Armindo pelo primitivo nomeado (fls. 713-726 – Jaison, 729-743 – Marcos 744-757 – Armindo).

Nelas, Jaisson, após historiar os fatos e descrever sua trajetória pública, rebateu os argumentos apresentados na exordial, aludindo, para tanto, perecer de plano a assertiva de que o Deck teria sido construído em área de preservação permanente, vez que tal adução já fora julgada extinta pela Curadoria do Meio Ambiente da Comarca de Joaçaba, quando determinou o arquivamento da notícia encaminhada pelo próprio subscritor da ação civil pública.

Ademais disso, deixou assente ser falaciosa a alegação da construção de um Deck de madeira, porquanto versa sobre obra executada com fundação e sustentação em concreto armado, ferragens de sustentação, encaixe e suporte, assoalho de madeira beneficiada e colunas em madeira ecológica tratada e autoclavada de qualidade, visando garantir grande durabilidade.

De outro viso, taxou de absurda a assertiva de que a obra invadiu 0,38 cm (trinta e oito centímetros) do passeio público, porquanto a construção se trata exatamente de uma extensão do aludido passeio.

No que tange à medição da obra, aduziu que, no objeto de vistoria, está inclusa igualmente a rampa em concreto, componente da metragem total do referido Deck.

Neste contexto, salientando inexistir nos autos, malgrado os esforços baldrados, qualquer evidência da prática de atos de improbidade, ou mesmo de que tenha obtido algum proveito próprio, ou de terceiros, ou causado prejuízo ao erário, não passando as alegações de suposições sem qualquer nexo, razão por que, após carrear legislação, doutrina e jurisprudência, pugnou pela improcedência da *actio*, mencionando ser do acusador o ônus e a necessidade de produzir as provas de suas alegações,

vez que, a seu ver, as provas já produzidas demonstram inequivocamente a lisura de seu atuar e evidenciam ter todas as despesas sido empenhadas e realizadas de forma clara.

De seu turno, Marcos Antonio Zanardo, como prefacial de suas razões, arguiu a incompetência do Juízo, sob o fundamento de que ambos, Prefeito e Vice, enquanto executivos Municipais, têm foro privilegiado, o que implicaria na competência do Tribunal de Justiça do Estado para o processamento e julgamento do feito em relação a eles.

Tocante ao mérito, também após historiar os fatos descritos na peça póstica, salientou que seu digno subscritor, por ser contrário ao carnaval de Joaçaba, também se posicionou contra as obras que, na realidade, apenas visavam o conforto e o interesse de seus municípios, razão pela qual insubsistente a pecha de desnecessárias às obras realizadas.

Quanto ao Deck alegado de madeira, reeditou as razões apresentadas por Jaisson, salientando que as obras foram realizadas e executadas dentro dos planejamentos e orçamentos do Município, voltados para o desenvolvimento urbanístico e o interesse da coletividade, não se constatando, em nenhum momento, desvio de verbas públicas para o favorecimento pessoal ou de terceiros, não havendo se falar em prejuízo ao erário.

De igual maneira como fizera o réu Jaisson, carreou legislação, doutrina e jurisprudência a evidenciar a inocorrência de ato de improbidade, justificando a atuação na documentação apresentada, demonstradora da lisura de sua atuação.

Aliás, conforme documento apresentado, a obra fora devidamente planejada e executada, salientando que pontes, bueiros, calçadas, decks, avenidas e outras obras de infraestrutura obrigatoriamente, em Joaçaba, são construídas em locais de preservação permanente, porém, sempre de forma sustentável, como é o caso dos autos.

Para tanto, assentou que, como se vê do documento de fl. 24 (do ICP), “[...] *o local onde foi instalado o Deck* (mirante do Rio do Peixe) da Av. XV de Novembro, houve antes do início dos procedimentos de construção, o pedido e a autorização da FATMA, datado de 26/-1/06 de nº 0013/06, inclusive a Diretoria de Planejamento, na pessoa de Jaisson, esteve na Procuradoria da União Federal, para em contato com o Ministério Público Federal, solicitando parecer” (fl. 739).

De outro viso, impugnou o levantamento de fls. 10 e 560 a 561 (laudo apresentado pelo MP), por não corresponder à realidade dos materiais utilizados, seja na qualidade, seja na quantidade, além do que apresentado de acordo com a solicitação ministerial, não constando no respectivo levantamento os valores da mão de obra, hospedagem de montadores, transportes, concretos e ferragens de fundação, pinturas, entre outros.

Aliás, impugnou igualmente outros documentos juntados, por não se relacionarem aos fatos, *v.g.*, o de fl. 91.

No mais, teceu considerações justificadoras da realização das obras, assentando que a política de desenvolvimento urbano do Município tem por norte o pleno desenvolvimento das funções sociais, garantindo o bem estar de seus habitantes, culminando com os requerimentos de acolhimento da preliminar de incompetência, de rejeição liminar da demanda ou, ao final, pela sua total improcedência.

Por sua vez, Armindo Haro Neto, após reprisar os argumentos dos demais réus, inclusive reeditando a preliminar de incompetência do Juízo, no que tange ao processo licitatório, aduziu ter sido tornada pública a obra, efetuadas as cartas convite, tendo cinco empresas procurado cópias do projeto, demonstrando interesse na execução.

Ademais disso, repetiu integralmente o já dito na defesa preliminar de Marcos, razão por que desnecessário aqui reprisar tais argumentos, igualmente culminando com os requerimentos de praxe.

Brinquemark Diversões Ltda – EPP, também representada, apresentou sua defesa preliminar (fls. 763-781), sustentando, em síntese, em preliminar, a necessidade da retificação dos dados, a fim de demonstrar que não funciona no mesmo endereço da outra empresa participante do certame.

Ainda em preliminar, sustentou a sua exclusão da lide, porquanto é empresa privada, de pequeno porte e não cometeu nenhum ato desabonador ou ímprobo, juntando, para comprovar sua idoneidade, certidão de inexistência de distribuição de feitos contra si.

Aliado a isso, sustentou ter agido de boa-fé na contratação com o Município, buscando apenas atender aos interesses da Administração Municipal, empenhando-se em atender na integralidade todos os detalhes e determinações do contratante, evidenciando que restará comprovado não ter dado causa a qualquer dano ao erário, até porque o laudo apresentado pelo MP não condiz com a realidade, apresentando falhas e vícios, ainda que afirme, no item 4.4.2 não ter havido superfaturamento, o que, por si só, já seria motivo de sua exclusão.

Na sequência, teceu considerações sobre a indisponibilidade de bens requerida, rebatendo os argumentos apresentados, o mesmo ocorrendo com eventual postulação de quebra de sigilo bancário dos requeridos, porquanto inexistentes razões para tanto.

Tocante ao mérito, asseverou a improcedência da demanda, primeiramente pelo flagrante equívoco do laudo apresentado pelo Ministério Público, ratificando que nos produtos fornecidos pela empresa o diferencial está no tipo da madeira (eucalipto citryodora) e no seu tratamento por autoclave, o que justifica o preço, a qualidade e a garantia.

Aliado a isso, refutou a assertiva de conluio com a empresa Construmass, taxando de inaceitável tal alteração, porquanto amparadas por regimes tributários diversos, o que as leva a considerar requisitos específicos e independentes quando da elaboração de qualquer

proposta comercial, circunstância que não foi diferente no caso em tela, questionando, aliás, qual seria o impedimento de participação no certame em razão do parentesco dos proprietários de cada empresa.

Por outro viso, atacando o laudo pericial que deu suporte à deflagração da *actio*, deixou assente inexistir qualquer superfaturamento, fato afirmado no próprio laudo, o qual, todavia, não primou pela escoreita técnica, tanto que em seu anexo 4 traz cotação manuscrita referente a banco do tipo rústico e barra dupla, acreditando se tratar de busca para apurar o valor de mercado do aludido equipamento, o qual, todavia, não serve de parâmetro, por sequer ter a descrição e especificação dos produtos fornecidos.

A seguir apresentou as informações técnicas dos produtos fornecidos, neles incluída a madeira e seu tratamento em autoclave, as vantagens daí decorrentes, sua utilização e garantia e a confecção dos referidos produtos.

Em outro tópico, rebatendo as conclusões daquele laudo pericial preliminar, reeditou os cuidados na confecção de seus produtos, os custos a eles relativos, rebatendo, com isso, a conclusão de possível indício de superfaturamento.

De outro norte, lembrou que a empresa está incluída no simples (EPP), razão por que, por tal regime tributário, sequer pode prestar serviços de mão de obra, os quais foram, por esta razão, realizados pela parceira, empresa Construmass.

Por fim, além de evidenciar a atuação quando contratada, novamente repisou a inexistência da prática de qualquer ato de improbidade, postulando o não recebimento da demanda.

Juntou os documentos de fls. 782 a 810.

De igual maneira, Construmass Construção Civil Ltda, devidamente representada, também apresentou sua defesa preliminar (fls. 813-



833), onde, após historiar os fatos, além de reeditar os fundamentos da defesa preliminar apresentada por Brinquemark, também rebateu pormenorizadamente o laudo preliminar apresentado pelo Ministério Público, vez que totalmente alijado da realidade fática, sem sequer considerar que a construção do deck observou a utilização de eucalipto citryodora, de maior qualidade e durabilidade, evidentemente com preço a tanto diferenciado, especialmente se comparado a outra espécie, a grandys.

Igualmente rebateu o valor da mão de obra apresentado em tal laudo, o qual não considerou sua qualificação e tributação entre outros, além dos custos indiretos no fornecimento da mão de obra, consistentes nas despesas de viagens, alimentação, hospedagem e material de segurança, dentre outros.

Da mesma forma, rebateu a assertiva de invasão em 0,38 cm (trinta e oito centímetros) do passeio público, aduzindo, para tanto, que tal diferença, na verdade, é o início da rampa, integrada ao próprio passeio público.

Por outro viso, rebateu a assertiva de superfaturamento da mão de obra fornecida na instalação dos brinquedos no parque infantil, porquanto produtos novos, substituindo integralmente os anteriores ali instalados.

O mesmo igualmente o fez no que tange ao que chamou de singela descrição do tratamento empregado na madeira, revelando, a seu ver, o completo desconhecimento profissional sobre o assunto, não obstante, no item 4.4.2, afirmada a inexistência de superfaturamento.

Igualmente por outro lado, evidenciou a necessidade de mão de obra especializada para a confecção e montagem dos produtos, o que implica na incoerência de qualquer indício de superfaturamento. Aliás, valeu-se dos mesmos argumentos utilizados pela empresa Brinquemark para sedimentar a diferença nos regimes tributários das empresas e as

proibições existentes na legislação.

Aliado a isso, evidenciou que a obra do deck, em seu projeto, não previa a colocação de bancos e aparelhos de ginástica, novamente rebatendo os valores por aquele laudo preliminar apurados, carreando as justificativas para o mencionado repique.

Na sequência, igualmente passou a descrever as informações técnicas da madeira e dos produtos, o processo de tratamento, as principais vantagens daí decorrentes, suas utilizações e garantia, bem como a própria confecção dos produtos.

Por fim, em considerações finais, evidenciou o ônus da prova dos fatos alegados, culminando por asseverar a inexistência de qualquer indício da prática de ato ímprobo, salientando a errônea classificação pelo Ente Ministerial dos fatos imputados ao diretor de planejamento, porquanto inexistentes os incisos X e XII, do artigo 11, da Lei n. 8.429/92.

Culminou requerendo a improcedência da demanda, pois não evidenciado qualquer superfaturamento, não se podendo presumir que o percentual de 21,69% (vinte e um ponto sessenta e nove pontos percentuais) de lucro, se comparado o gasto com o orçamento analítico global apresentado no anexo 5, seja indício suficiente do aludido superfaturamento.

Juntou os documentos de fls. 834 a 862.

No *decisum* de fls. 872 a 875, embora as prefaciais não tenham sido naquele momento afastadas pelo douto Magistrado de Primeira Instância, entendeu que, embora verossímeis as defesas apresentadas, não se mostravam como provas plenas e irrefutáveis a espantar os indícios de atos de improbidade, razão por que, por sucedâneo, recebeu a petição inicial e determinou a citação dos réus.

Daquela decisão não houve recurso.

Citados, os demandados apresentaram respostas na forma de contestação (Marcos – fls. 925-951 e documentos de fls. 952-959, Jaisson – fls. 965-984, Armindo – fls. 985-998, Construmass – fls. 10021022 e Brinquemark – fls. 10251043), oportunidade em que reiteraram, na íntegra, as ilações expendidas em suas defesas preliminares.

Ademais disso, o réu Armindo Haro Neto, em prefacial, asseverou a inépcia da exordial, ante a ausência de descrição do ato acoimado de ímprobo por ele praticado, com o que haveria violação ao princípio constitucional do contraditório, carreando doutrina e jurisprudência sobre o assunto..

Na réplica (fls. 1047-1051), o demandante rebateu as assertivas dos acionados e repisou os argumentos da exordial.

Em despacho saneador (fls. 1052-1060) o douto magistrado *a quo* afastou a incompetência do Juízo deduzida, bem como a inépcia da exordial, esta porquanto a entendeu perfeitamente compreensível e sem qualquer mácula apontada no artigo 295, do Estatuto Processual Civil então vigente.

Na sequência, determinou fossem riscadas as expressões ofensivas utilizadas nas defesas preliminares e contestações e, por outro lado, determinou a intimação das partes para especificarem provas.

Tal decisão igualmente não foi objeto de qualquer reclamo das partes.

O Ministério Público postulou a realização da prova pericial e, eventualmente, da prova testemunhal (fl. 1061), o mesmo ocorrendo com Marcos e Jaisson (fl. 1064).

De seu turno, Construmass pugnou pela realização da prova pericial e testemunhal (fl. 1067), caminho igualmente seguido por Brinquemark (fl. 1070).

A seguir, Marcos e Jaisson, em novo petitório (fls. 1075-1076), apresentaram a conclusão do Tribunal de Contas do Estado sobre a licitação feita, a qual se inclinou pela inexistência de irregularidades (fls. 1077-1083).

No despacho de fl. 1086, o digno Juízo designou perícia, com custos pelo Fundo de Reconstituição de Bens Lesados, nomeou perito e determinou a intimação das partes para a apresentação de quesitos.

Em manifestação, o Ente Ministerial apresentou quesitos e se insurgiu quanto ao custeio da perícia, atribuindo-o aos réus (fl. 1088).

Houve, após, a apresentação de quesitos e a reedição da decisão do órgão pleno do TCE (fls. 1091 a 1095, 1097 a 1098 e 1101 a 1103), sobrevindo o despacho de fl. 1105 que, antes de decidir sobre o custeio da perícia, determinou a intimação do Ministério Público para manifestação sobre a decisão do Tribunal de Contas, cujo Parecer de fl. 1106 relegou a manifestação para após a coleta da prova.

Na sequência, nas fls. 1107 a 1108, o douto Juízo *a quo* inverteu o ônus dos custos da perícia, o que foi acolhido sem questionamentos e sem qualquer recurso, depositando os réus o respectivo valor.

Realizado o laudo pericial e juntado aos autos (fls. 1140-1166), dele as partes foram intimadas, cada qual tecendo suas considerações (fls. 1168, 1170 a 1180, 1181 e 1183), sendo dilatado o prazo em dez dias para a apresentação do parecer técnico por conta da Brinquemark (fl. 1185), que o apresentou nas fls. 1187 a 1191.

No *decisum* de fl. 1194, o digno Juiz de Primeiro Grau entendeu desnecessária a realização de outras provas, porém, por prudência, intimou as partes a sobre elas se manifestar ou para a apresentação das razões finais.

Marcos (fl. 1196), Brinquemark (fl. 1198) e o Ministério Público (fl. 1200) pugnaram pela oitiva de testemunhas.

Não obstante, em decisão de fls. 1201 a 1203, o Juízo indeferiu a realização de tais provas e determinou a intimação para apresentação das razões finais.

Resignadas, as partes as apresentaram.

O Ente Ministerial, em manifestação de fls. 1204 a 12011, verso, após historiar o processado, reeditando os argumentos esposados com a exordial, pugnou pela procedência dos pedidos, com o reconhecimento da prática, pelos requeridos, dos atos de improbidade descritos na exordial, com a consequente anulação da Licitação n. 1272005, da Dispensa da Licitação n. 021/2006 e com condenação nas penas previstas nos incisos II e III, do artigo 12, da Lei n. 8.429/92.

Às fls. 1213 a 1228, 1229 a 1244, 1247 a 1250, 1251 a 1265, os réus apresentaram alegações finais por memoriais, cada qual defendendo, agora com esteio na prova carreada, as razões já apresentadas.

Julgando o feito (fls. 1267 a 1289), o douto Magistrado *a quo* acolheu parcialmente os pedidos formulados na preambular, nos termos do supra relatado.

Considerou o insigne sentenciante que, quanto ao processo de Licitação n. 127/2005, houve quebra da competitividade, porquanto, em que pese o convite ter sido estendido a seis empresas, somente duas estavam habilitadas a licitar cada obra, duas com trabalhos em madeira e duas em trabalhos com metal, vez que as outras duas convidadas são do ramo da construção civil em geral, com o que teria havido afronta ao § 3º, do artigo 22, da Lei n. 8.666/93.

No que tange ao deck de madeira, entendeu haver irregularidade mais grave.

Neste sentido, ponderou que “Das seis empresas convidadas apenas duas trabalhavam com madeira. Além disso as duas empresas que trabalhavam com madeira (Construmass e Brinquemark) são de

propriedade de pai e filho, o que foi confirmado pelas próprias empresas Construmass e Brinquemark (fls. 1.010 e 1.033). O resultado foi o de que somente estas duas empresas apresentaram propostas (fls. 218 e 224), sendo que a Construmass Construção Civil Ltda foi a vencedora. Ou seja, a licitação foi efetivamente direcionada para a contratação da empresa vencedora. Tanto é que somente estas duas empresas (uma do pai e outra do filho) é que apresentaram proposta na licitação para construção do deck de madeira (fls.218 e 224). Não há dúvida que o princípio da isonomia e a finalidade da própria licitação – selecionar a proposta mais vantajosa – foram violados” (fl. 1272-1273 – os grifos constam do original).

Aliás, concluiu pela maior gravidade, ao argumento de que “[...] as empresas Construmass e Brinquemark, na prática, trabalhavam juntas, como se uma empresa fossem. Portanto, esta particular circunstância agrava a intensidade da ilicitude ocorrida na Licitação impugnada” (fl. 1272).

Quanto à autoria, concluiu que “O documento de fl.227 (Termo de Homologação e Adjudicação de Processo Licitatório) indica que foi o então Prefeito Municipal em exercício, Marco Antonio Zanardo, quem foi o responsável pelas irregularidades ocorridas. Portanto deverá o mesmo ser responsabilizado por tal conduta”.

No que pertine à Dispensa da Licitação, concluiu não ter havido observância ao trâmite determinado pela Lei de Licitações, além de não se tratar de caso de dispensa, porquanto houve fracionamento irregular, vez que os bancos de madeira e o aparelho de ginástica deveriam ter integrado a licitação, vez que instalados ao lado do deck construído, razão por que deveriam ter sido considerados parte integrante daquela obra.

Aliado a isso, também em suporte àquela assertiva, concluiu que a dispensa se fundamentou em hipótese não prevista em lei, vez que não houve expressa menção ao interesse público que estava sendo atendido.

Salientou ainda que o que ocorreu foi erro de planejamento, uma vez que no projeto do deck deveria ter havido a previsão dos bancos e do aparelho de ginástica, sendo o responsável o Prefeito Municipal Armindo Haro Neto, que assinou o termo de dispensa irregular.

Quanto às obras do deck em si, primeiramente salientou a inoportunidade de falta de dotação orçamentária, haja vista que a obra foi realizada às margens de uma das principais avenidas da cidade, passagem de grande quantidade de pedestres, itinerário de caminhadas diárias, sendo evidente a relação da obra com a rubrica Pavimentação e Conservação de Ruas/Estradas/ Redes Pluviais.

Ademais, deixou assente inexistir nos autos qualquer prova a indicar a falta de planejamento e fiscalização na execução. Até porque, a perícia nada sinalizou em tal sentido.

Destacou, por fim, quanto ao tópico: “Esta conclusão não está em contradição com a conclusão inserta no item 15.2.4.6.3, pois o que foi considerado erro de planejamento foi não ter sido incluído, no projeto original, os bancos e aparelhos de ginástica.

Neste item em particular este Juízo analisa exclusivamente a alegação de erro de planejamento da construção do deck”. (fl. 1280).

Em relação ao alegado superfaturamento, embora desprezando por completo o laudo que deu suporte à apresentação da ação civil pública e realizado a pedido do Ministério Público, após análise do Laudo Pericial Judicial, concluiu, diante de uma análise matemática dos custos nele apresentados, cotejados com os apresentados na licitação efetuada, “[...] que houve superfaturamento da obra. O poder público municipal avaliou a obra 81,40% acima do custo da obra e a empresa vencedora da licitação, e contratada, praticou preços superiores a 100% (mais do que o dobro) do valor encontrado na perícia judicial” (fls. 1281-1282 – grifos do original).

E a tal conclusão chegou após fazer as devidas correções monetárias da época da licitação e seu pagamento, bem como dos valores encontrados na perícia judicial.

Quanto à autoria de tal superfaturamento, atribuiu-a à empresa vencedora Construmass, ao Prefeito então em exercício Marcos Antonio Zanardo e ao arquiteto Jaisson, que avaliara a obra em 81,40% (oitenta e um pontos e quarenta décimos) percentuais acima do valor encontrado pela perícia.

Por fim, sedimentou a improcedência da invasão da construção sobre área de preservação permanente, entendendo que a simples alegação não a transforma em ilegal, nem em atos ímprobos a conduta dos réus.

Da mesma forma, no que tange à diferença de metragem da obra, evidenciou que o deck, mais a extensão do passeio perfazem exatamente aquela informada.

Interpostos embargos declaratórios pelo Ministério Público (fls. 1291-1292), visando ao esclarecimento quanto a eventual condenação do réu Jaisson à pena de multa, restaram inacolhidos no *decisum* de fls. 1293-1295, deixando clara a inexistência de condenação do réu a tal título.

Irresignado com a prestação jurisdicional efetuada, o Ministério Público tempestivamente apresentou recurso a este Colegiado.

Em sua apelação (fls. 1298-1309), reverberou, de início, a conduta da empresa Brinquemark, que, a seu ver, juntamente com a outra empresa, em conluio, lesaram o erário, vez que inexistente competição entre elas, combinando com os demais o preço a ser cobrado pela realização das obras.

De outro viso, pretende ver majoradas as penas aplicadas aos demais réus, evitando que procurem se beneficiar novamente dos cargos públicos que desempenham ou venham a desempenhar.



Recebido o reclamo, Marcos Antonio Zanardo ofereceu contrarrazões, rebatendo integralmente os argumentos ofertados (fls. 1313 a 1329).

Por outro lado, também inconformado, igualmente apresentou recurso de apelação (fls. 1330 a 1359), pugnando por sua absolvição, rebatendo as conclusões da sentença e repisando os argumentos já apresentados.

Aliás, uma vez mais reeditou a alegação de incompetência do Juízo, entendendo ser da competência privativa do Tribunal Catarinense a análise dos fatos em relação ao Prefeito e ao Vice.

Da mesma forma insistiu na ausência de identificação das condutas, relatando que foram treze as obras realizadas, havendo, na exordial, menção genérica a apenas quatro delas.

Aliado a isso, sustentou terem as conclusões da sentença se louvado apenas nas equivocadas assertivas do Ministério Público, abarcando inclusive aquelas em que o douto Juízo *a quo* os absolveu.

De seu turno, Jaisson ofertou contrarrazões (1363 a 1375), nas quais rebateu os argumentos ministeriais.

Já a empresa Construmass igualmente apresentou apelação (fls. 1376 a 1387) pugnando pela reforma da sentença no que tange à conclusão de quebra do princípio da isonomia no processo licitatório, bem como do superfaturamento, este inclusive porquanto lastrado em laudo pericial judicial inservível para o fim a que se destina.

Igualmente apresentou contrarrazões (fls. 1390-1405), rechaçando as postulações do reclamo ministerial.

Em igual sentido as apresentadas pela empresa Brinquemark (fls. 1399-1405).

Recebidos os recursos dos réus, o Órgão Ministerial foi intimado

a apresentar contrarrazões, o que foi feito nas fls. 1401 a 1418, quando o seu legítimo representante defendeu o improvimento dos apelos.

Em despacho de fls. 1419-1420, o digno Juízo sentenciante determinou a remessa dos autos a esta Corte.

Aqui aportando, encaminhados à douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do eminente Procurador de Justiça Dr. Jacson Corrêa (fls. 1426-1439), houve manifestação pelo conhecimento dos reclamos interpostos pelo Ministério Público e pelos requeridos, provendo-se parcialmente o do Ente Ministerial, fim de se condenar igualmente a empresa Brinquemark e desprovendo-se, como corolário, os dos réus.

Nesta Corte, após o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, o ilustre Desembargador antecessor proferiu o despacho de fl. 1441, reabrindo o prazo de recurso e determinando a intimação das partes para ratificar os recursos interpostos ou novos interpor, porquanto não formalmente intimados após o julgamento dos aclaratórios ofertados pelo Ente Ministerial.

Cumprida a diligência (fl. 1443), as partes ratificaram o até então expendido (fls. 1445 a 1503), havendo, então, a determinação de retorno dos autos a esta Instância Superior (fl. 1505), após manifestação do Ministério Público de Primeiro Grau (fls. 1506-1514).

Com a assunção das funções nesta Quarta Câmara de Direito Público, tendo recebido o acervo primeiramente destinado à colenda Quinta Câmara de Direito Público, vieram-me os autos conclusos.

Este o relatório.

## VOTO

Requestam os réus Marcos Antonio Zanardo e Construmass Construção Civil Ltda, bem como o Ministério Público, em sede de apelações, a reforma da sentença que acolheu parcialmente os pedidos formulados na vestibular, nos termos delineados no preâmbulo do relatório.

Tendo em vista que os reclamos deste feito foram interpostos sob a égide do Digesto Processual Civil revogado, inegável que aqueles ditames é que regerão as conclusões do presente.

Efetuada tal ressalva, em registro incipiente, é de bom alvitre se assentarem os fatos, bem como o espectro dos recursos e, bem assim, a forma de suas análises, a fim de melhor efetuar seu julgamento por esta Corte de Justiça.

Neste contexto, o Ministério Público Estadual, com lotação na comarca de Joaçaba, através de sua Curadoria da Moralidade Administrativa, esteado em Procedimento Administrativo Disciplinar, intentou a presente Ação Civil Pública por atos de improbidade administrativa atribuídos aos réus já nominados, consistentes na realização de obras no respectivo Município sem o devido planejamento, fiscalização e dotação orçamentária específica, bem como com superfaturamento e mediante indevida dispensa de licitações, trazendo, com isso, prejuízos ao erário Municipal, além de, uma delas, das obras realizadas, invadir passeio público e área de preservação permanente.

Os réus, por seus turnos, rebateram tais assertivas, aduzindo a legalidade de suas atuações.

O digno Juízo *a quo*, de sua vez, acolheu parcialmente as deduções da exordial e, em consequência, absolveu a empresa Brinquemark Diversões LTDA – EPP das imputações, ao argumento da inexistência de superfaturamento quanto aos bens por ela fornecidos (bancos de

madeira e aparelhos de ginástica), condenando, todavia, os demais réus, ao fundamento da ocorrência de quebra do princípio da isonomia no processo licitatório n. 127/2005, porquanto violado o dever de seleção da proposta mais vantajosa, eis que, a seu ver, indevida a dispensa de licitação lastrada no Termo de Dispensa n. 021/2006, ao argumento de que não poderia ter havido a compra de produtos separados da Licitação n. 127/2005 (os bancos de madeira e os aparelhos de ginástica), além do que restou genericamente fundamentada no interesse público, o que é vedado pela legislação e, bem assim, não foi regularmente publicada.

Aliado a isso, em que pese rechaçar a assertiva da falta de fiscalização das obras e de orçamento específico para sua realização, acolheu a tese do superfaturamento relativa ao deck da Av. XV de Novembro, lastrado no Laudo Pericial judicial realizado, entretantes tenha rechaçado a alegada violação à área de preservação permanente – APP, bem como à assertiva de invasão do passeio público.

Este o cenário em que circundam os fatos e as conclusões do digno Juízo *a quo*, com os quais as partes divergem total ou parcialmente, uma vez que o Ministério Público recorre pretendendo o aumento das penas aplicadas aos réus, a fim de que sejam igualmente condenados à suspensão dos direitos políticos e proibidos de contratar com o Poder Público, além de buscar a reforma da sentença no que tange à empresa absolvida, Brinquemark Diversões Ltda – EPP, visando a sua igual condenação, ao passo que os réus Marcos Antonio Zanardo e Construmass Construção Civil Ltda, reprisando o já expendido, postulam a total improcedência da *actio*.

Ao que se vê, então, esse o espectro do feito e dos recursos aforados, razão por que, para uma melhor análise, assim como efetuado pelo douto Magistrado Singular, se deverá atacar por tópicos o expendido, observando-se, por evidente, o limite do recurso das partes, em atenção ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, bem como o

exposto na exordial da *ação civil pública*.

Inicialmente, apenas para registro, apesar de não ser objeto dos reclamos, no que tange à assertiva de que, em substituição ao Prefeito titular, o réu Marcos, dando continuidade a procedimentos licitatórios abertos apenas nos últimos dias do mês de dezembro de 2005, tal afirmação não se sustenta, porquanto documentalmente demonstrado que os referidos procedimentos se efetuaram durante todo o segundo semestre daquele ano de 2005.

Igualmente de se registrar que, para uma melhor solução, primeiramente serão analisados os recursos dos réus Marcos Antonio Zanardo e Construmass Construção Civil Ltda, porquanto abrangem, na realidade, toda a matéria relativa à improbidade alegada, haja vista que o primeiro, além de matérias já preclusas e outras sem o necessário interesse de agir, a seguir explanadas, opõe igualmente ao alegado indevido fracionamento, aduz a inexistência de superfaturamento, fato repetido pela segunda, que, aliado a isso, deduz igualmente a inexistência da quebra da isonomia, as quais, caso acolhidas, além de também se comunicarem aos réus que não recorreram, Jaisson Strapassola e Armino Haro Netto, inegavelmente poderão prejudicar o reclamo Ministerial, o qual, por corolário, somente será analisado se lhe sobejar objeto.

Ultrapassadas tais *quaestiones*, aos tópicos:

#### 1 – RECURSOS DOS RÉUS

Em prelúdio, no que concerne à prefacial de incompetência do Juízo para o processamento e julgamento da demanda em relação aos réus Armino Haro Netto e Marcos Antonio Zanardo, deduzida pelo segundo, convém gizar não merece conhecimento tal tese por este Colegiado.

Isso porque, do processado se depreende que a aludida proemial foi fundamentadamente rechaçada pelo digno Magistrado de Primeira Instância no *decisum* saneador de fls. 1.052-1.060, não havendo, contra

referida decisão, a interposição de qualquer reclamo.

Neste contexto, irrecorrida aquela decisão, configurada inegavelmente a preclusão temporal quanto ao ponto, porquanto manifestamente inviável a reiteração de tais questões agora na apelação, pois cedo que “É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão” (CPC/2015, art. 507).

Aliás, este Sodalício mantém entendimento sedimentado quanto ao tema. Confira-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO, DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. POLICIAL MILITAR QUE, NA CONDUÇÃO DE VIATURA PERTENCENTE AO ESTADO DE SANTA CATARINA, ATINGE VEÍCULO DE PARTICULAR. PRELIMINARES QUE FORAM AFASTADAS EM DESPACHO SANEADOR. AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO TEMPORAL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE TRIBUNAL.

“Conformando-se as partes com o despacho saneador que afastou as preliminares argüidas por ambas, nada mais há para ser discutido, a respeito, em grau recursal, pois preclusos seus respectivos direitos. Tal porque, ‘a preclusão é instituto fundamental para o bom desenvolvimento do processo, sendo uma das principais técnicas para a estruturação do procedimento, e, pois, para a delimitação das regras que compõem o formalismo do processo. A preclusão apresenta-se então, como um limitador do exercício abusivo dos poderes processuais das partes, bem como impede que questões já decididas pelo magistrado possam ser reexaminadas, evitando-se, com isso, o retrocesso e a insegurança jurídica’ (Fredie Didier Jr.)” (AC n. 2006.001311-5, de Urussanga, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. 28-8-2008). [...] (AC n. 2011.010753-5, de Palhoça, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 3-6-2013) (AC n. 2013.139857-2, de Caçador, Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 01.03.2016) (Apelação Cível n. 0010827-61.2013.8.24.0005, de Balneário Camboriú, Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, 2ª Câm. Dir. Púb., j. 31/05/2016 - destaquei).

Aliado a isso, também de bom alvitre se assentar que, no que tange à discussão sobre eventual invasão da ancoragem do deck em 0,38 m (trinta e oito centímetros) sobre o passeio público e, bem assim, de que a construção do vergastado deck teria ocorrido sobre área de preservação permanente, falece ao apelante o necessário interesse de agir recursal, haja vista que tais matérias restaram formalmente rechaçadas na sentença pelo digno Togado *a quo*, isto é, não foram por ele acolhidas, inexistindo recurso do ente ministerial sobre o assunto, razão por que igualmente não merecem conhecimento.

A propósito, como cediço, o interesse em recorrer “consubstancia-se na necessidade que tem o recorrente de obter a anulação ou reforma da decisão que lhe for desfavorável” (Nery Júnior, Nelson. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante, 11 ed. rev., ampl. e atual. Até 17.2.2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 847).

E, na hipótese em testilha, como explanado, desnecessário o provimento jurisdicional pleiteado, vez que a decisão proferida pelo digno Juiz *a quo* lhes foi favorável.

O mesmo se diga ainda quanto à assertiva de que a inicial relatária os fatos de forma genérica, sem a descrição sucinta de cada prática ou situação típica, porquanto o recebimento da exordial, após as defesas preliminares, nas fls. 872 a 875, expressamente espancou tal assertiva, cuja decisão, repise-se, igualmente não foi objeto de recurso.

De outro viso, adentrando ao mérito, no que pertine ao indevido fracionamento da licitação n. 127/2005, com a necessária vênua, tenho que a razão está com o recorrente.

Com efeito, o insigne prolator do *decisum* vergastado asseverou sua ocorrência nos seguintes termos:

15.2.4.5.3 [...] Pelas fotos de fls. 1.149, 1.150 e 1.151 observa-se que os aparelhos de ginástica e bancos foram instalados ao lado do

*deck* de madeira, motivo pelo qual devem ser considerados como parte integrante de uma mesma obra. Quando o Perito Judicial descreve o objeto da perícia no item 1.1 de fl. 1.142 assim o faz:

“Trata-se de edificações não comuns, isoladas, em madeira, destinadas para recreação e descanso, localizadas na Av. 15 de Novembro, margem do Rio do Peixe, na cidade de Joaçaba-SC, sendo:

1.1.1 – Deck

1.1.2 – Estrutura para prática de ginástica;

1.1.3 – 6 (seis) bancos para descanso”

15.2.4.5.4 Portanto, trata-se de obra única, inclusive realizada ao mesmo tempo. A conclusão lógica seguinte é a de que toda a obra deveria ter sido objeto de licitação única. Consequentemente restaram violados os arts. 24, I da lei federal nº 8.666/93”. (grifos constantes do original – fl. 1277).

Não obstante, asseveraram os réus, inclusive o recorrente, tanto na defesa preliminar (fls. 740), quanto na contestação (fls. 927-928) e reprisada no reclamo (fl. 1.355), que a contratação do deck de observação das águas do Rio do Peixe se deu porque, quando das cheias, propiciava a aglomeração de pessoas, causando sérios perigos de atropelamento, além da interdição do trânsito de veículos, circunstância que nada tem a ver com os aparelhos de ginástica e bancos, instalados ao logo da avenida, eis que a aquisição dos aludidos equipamentos decorreu de pedidos de munícipes, que, ao verem a aludida avenida sendo contemplada com obras de embelezamento, pediram, na imprensa falada, sua colocação, por ser o local roteiro de caminhadas.

Neste contexto, *concessa maxima venia* do insigne Togado Singular, a ilação de que se trataria de obra única não exsurge evidente das fotos mencionadas pelo Perito Judicial, como pretendeu dar a entender, nem mesmo porque este as descreve em um mesmo tópico como sendo o objeto da perícia.



Primeiramente, porque as mencionadas fotografias de fls. 1.149 a 1.151 apenas demonstram o local em que construído o aludido deck, bem como o aparelho de ginástica e um banco construídos ao lado, sendo certo porém, que, não obstante, porquanto em momento algum infirmado, as obras contemplaram seis bancos ao longo da referida avenida e não apenas um como mencionado nos aludidos fundamentos.

Diante disso, *venia* novamente, não se vislumbra a ilação, não sendo, sob qualquer hipótese em que se analisem os fatos, refutável de plano a assertiva dos réus quanto ao pedido de sua instalação pelos munícipes, o que implica dizer, por isso, que são obras distintas, por que pensadas em momentos distintos e por que com finalidades diversas.

Vale dizer: a obra do deck tem basicamente uma destinação, qual seja, a de evitar aglomeramento de pessoas e, com isso, preservar a segurança dos munícipes, quando ocorrentes cheias no Rio do Peixe, ao passo que a construção dos bancos e do aparelho de ginástica têm por móvel o lazer destes mesmos munícipes, porém, durante o ano inteiro, vez que voltada essencialmente ao lazer dos Joaçabenses.

Ademais disso, em segundo lugar, porque, ao que se dessome, nenhuma prova há nos autos a amparar a assertiva externada na sentença. Decorreu ela da conclusão do insigne Togado *a quo*, por força das construções do deck e do aparelho de ginástica serem próximas. Porém, como se disse, nenhuma prova outra estriba tal alteração e, como cediço, é de quem acusa a prova das alegações, especialmente em se tratando de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, porquanto a lei de regência, por seus aspectos sancionatórios severos, reclama prova robusta para a sua configuração.

É que, em campo de improbidade administrativa, não é permitido trabalhar com suposições ou ligações frágeis, haja vista que, para um julgamento de procedência, a prova precisa ser farta, vez que severas as consequências ao servidor ímprobo.

### A propósito:

1) “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFACIAIS. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PARA MANIFESTAÇÃO PRÉVIA. ART. 17, § 7º, DA LEI N. 8.429/92. ART. 5º, LIV E LV, DA CRFB. PREJUÍZO PROCESSUAL NÃO APONTADO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERESSADA. ART. 17, § 3º, DA LEI N. 8.429/92. NULIDADES REJEITADAS. DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL QUE TERIA CONCEDIDO, EM FAVOR DE CASA NOTURNA, ALVARÁ PROVISÓRIO DE FUNCIONAMENTO, SEM OBSERVÂNCIA DOS DITAMES LEGAIS. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS INCONCLUSIVOS. INEXISTÊNCIA DOS DOCUMENTOS QUE SERVIRAM AO PROCESSO DE CONCESSÃO DO ALVARÁ, EM RAZÃO DE ENCHENTE QUE ATINGIU A UNIDADE POLICIAL. DÚVIDAS QUANTO À AUTORIA DA FIRMA APOSTADA NO ALVARÁ. PERÍCIA GRAFOTÉCNICA REALIZADA EM CÓPIA DO REPORTADO DOCUMENTO. IMPRESTABILIDADE. 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 REFORMADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO PROVIDO.

1. “A ausência da notificação prévia tratada no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992 somente acarreta nulidade processual se houver comprovação de efetivo prejuízo, de acordo com a parêmia *pas de nullité sans grief*. Precedentes do STJ.” (REsp n. 1.174.721/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 27.04.2010) (...). (Apelação Cível n. 2011.056629-6, da Capital, rel. Des. Júlio César Knoll, j. 16.5.2013);

2. “Na ação civil pública declaratória de improbidade proposta pelo Ministério Público, a falta de citação do Município interessado, por se tratar de litisconsorte facultativo, a teor do disposto no artigo 17, parágrafo 3º, da Lei nº 8.429/92, com a nova redação dada pelo artigo 11 da Lei nº 9.366, de 1.966, não tem o condão de provocar a nulidade do

processo. (...).” (REsp 329.735/RO, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 29.10.2001, p. 187);

3. “A perícia grafológica sobre assinatura inserida em xerocópia de documento não tem validade porque o material examinado necessita ser o mais próximo do real, ainda que registrado e autenticado.” (Agravado de Instrumento n. 2004.009597-0, de Turvo, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 5.5.2005);

4. “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)” (Apelação Cível n. 2011.002942-0, de Camboriú, Relator: Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, j. 18/08/2015). [grifou-se].

2)“APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPOSTA FACILITAÇÃO DE FUGA EM PRESÍDIO. PROVA MERAMENTE TESTEMUNHAL E CONTRADITÓRIA. JUÍZO DE IMPROCEDÊNCIA.

A condenação de agentes públicos à prática de improbidade administrativa é gravíssima, e deve vir embasada em prova que não deixe nenhuma dúvida quanto ao cometimento do ato ímprobo. É que, se não se provar qual foi a participação dos demandados e o que foi que efetivamente realizaram em termos de improbidade, muito menos há falar em puni-los. No caso em apreço, o que se tem são depoimentos conflitantes, pouco... (TJ-RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Data de Julgamento: 27/06/2012, Primeira Câmara Cível)” (Apelação Cível n. 2010.029733-6, de Tubarão, Relator: Des. Cesar Abreu, j. 05/11/2013) [grifou-se].

3) “ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. ENQUADRAMENTO DA CONDUTA NO ART. 10, VIII E XII, DA LEI N. 8.429/92. DOLO

OU CULPA DOS AGENTES PÚBLICOS NÃO COMPROVADOS, ALÉM DA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À FAZENDA PÚBLICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

“Não havendo nos autos elementos suficientes para caracterizá-lo, sabido que - a ação de improbidade administrativa exige prova certa, determinada e concreta dos atos ilícitos, para ensejar condenação. Não se contenta com simples indícios, nem com a verdade formal - (REsp. n. 976.555, Min. José Delgado)” (TJSC, Apelação Cível n. 2011.052887-0, de Rio do Sul, rel. Des. Cesar Abreu, j. 28-05-2013)” (Apelação Cível n. 2008.032862-7, de Porto União, Relator: Des. Francisco Oliveira Neto, j. 17/09/2013). [grifou-se].

4) “Apelação cível. Ação civil por ato de improbidade administrativa. Ex-Prefeito. Alegações genéricas e imprecisas acerca da prática de atos de improbidade. Instrução processual oportunizada ao autor, para comprovação dos fatos alegados na inicial. Desistência tácita da provatécnica, provocada pela ausência de depósito dos honorários periciais. Inexistência de requerimento acerca da produção de prova oral. Elementos indicativos de que as contas do então Prefeito Municipal haviam sido aprovadas pelo Tribunal de Contas Estadual. Ônus da prova quanto aos fatos constitutivos do direito que incumbiam ao autor (CPC, art. 333, I), que deixou passar *in albis* a fase instrutória. Recurso desprovido.

Em matéria de improbidade administrativa, além da descrição dos fatos tidos por afrontosos à Lei n. 8.429/92, de forma completa, apontando-se, quando exigido pela norma, o liame subjetivo (dolo ou culpa), que é ínsito a todos os tipos definidos na Lei, é preciso que o autor demonstre cabalmente tais circunstâncias, pois a condenação influirá na esfera dos direitos fundamentais do agente público. Vale dizer, assim, que eventual condenação deve ser precedida de larga convicção de que existiram os aludidos atos de improbidade administrativa, na esteira, inclusive, dos precedentes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e das Cortes Superiores. Sem isso, torna-se impossível viabilizar o decreto condenatório buscado no recurso.” (Apelação Cível n. 2010.024860-1, de Porto Belo, Relator: Des. Pedro Manoel Abreu, j. 06/09/2011).

[grifou-se].

Logo, a sentença merece reforma no ponto, porquanto inexistentes provas a amparar a ocorrência do indevido fracionamento da licitação n. 127/2005.

Noutro giro, no que tange ao alegado e acolhido superfaturamento na construção do deck junto às margens do Rio do Peixe, bem como dos aparelhos de ginástica e dos bancos de madeira assentados ao longo da avenida XV de Novembro, primeiramente urge se assente ter sido espancada, no tópico anterior, a alegação de indevido fracionamento da licitação.

Neste andar, tendo por norte tal conclusão, necessário se registre que, mesmo acolhendo a assertiva de indevido fracionamento da licitação, para os fundamentos da condenação no aventado superfaturamento, o digno Juízo *a quo* afastou a conclusão pericial e fracionou os custos das aludidas obras.

Vale dizer: para acolher a alegação de indevido fracionamento concluiu que as obras deveriam ser conjuntamente pensadas e licitadas. Todavia, para concluir pela condenação no superfaturamento, separou os respectivos custos, considerando superfaturadas as obras do deck, embora não as tenha considerado, por corolário, como subfaturadas em relação aos bancos e aos aparelhos de ginástica no que tange ao seu custo total, porquanto isso foi o que ocorreu e é o que aflora dos autos.

Seja com for, valendo-se do pensamento do digno sentenciante, pelo orçamento apresentado pelo *expert*, não se há negar, mesmo assim, somente o custo dos aparelhos é que se poderão separar. Não, porém, o custo relativo à sua montagem, bem como eventuais outros materiais utilizados, vez que deles não houve faturamento ou pagamento em separado em tal sentido.

Isso porque, a *expertise* considerou como custo total do deck, dos

aparelhos de ginástica e dos bancos colocados ao longo da avenida XV de Novembro o gasto do erário Municipal no importe de R\$ 44.489,45 (quarenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e nove reais e quarenta e cinco centavos). De seu turno, o valor total por ela encontrado na perícia para tais obras o foi no valor de R\$ 32.855,40 (trinta e dois mil, oitocentos e cinquenta e cinco reais e quarenta centavos).

Inobstante isso, mesmo considerando ter havido indevido fracionamento da licitação, o douto sentenciante abateu os valores referentes aos custos com tais equipamentos, no importe de R\$ 5.190,00 (cinco mil, cento e noventa reais), como informado na perícia, daqueles valores referentes ao orçamento e empenho do deck construído, concluindo, então pelo superfaturamento, após as devidas correções.

Daí, de plano, não se podem acolher as assertivas dos réus, vez que tratam dos valores literalmente apontados, sem quaisquer correções, o que, por evidente, não reflete a realidade dos fatos.

É que os réus, em suas alterações, fundamentaram suas assertivas nos valores originais apresentados sem quaisquer correções.

Não obstante, novamente pedindo vênia por entender de modo diverso, penso que, para uma correta solução do caso *sub examine*, não se lhe poderá dar um tratamento nem da maneira como postulado pelos réus, tampouco da forma como concluído pelo insigne Magistrado *a quo*.

Com efeito, para tanto, a meu sentir, deve-se tratar o resultado dos levantamentos financeiros que exsurgiram dos gastos e da perícia realizada em sua integralidade e com razoabilidade, o que, no entender deste Magistrado, vênia, não ocorreu.

É que, se indevido o fracionamento, como asseverado, deveria ter sido considerado o valor global da obra, ou seja, o valor de R\$ 44.489,45 (quarenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e nove reais e quarenta e cinco centavos) gastos pelo erário e R\$ 32.855,40 (trinta e dois mil,

oitocentos e cinquenta e cinco reais e quarenta centavos) apontados pela perícia, para, assim, verificar a hipótese de superfaturamento.

Contudo, como alhures evidenciado, este não foi o caminho utilizado, motivo por que, dentro daquele se deve, a meu sentir, fazer a separação, como acima delineado.

Com isso, veja-se que o custo total dos bancos e dos aparelhos de ginástica despendidos pelo erário foi no valor global de R\$ 3.430,00 (três mil, quatrocentos e trinta reais), não havendo em relação a eles qualquer cobrança relativa à mão de obra (empenho de fl. 89), a qual restou suportada pela empresa Construmass, vez que o valor contratado, de R\$ 39.686,60 (trinta e nove mil, seiscentos e oitenta e seis reais e sessenta centavos), foi efetivamente o desembolsado pela municipalidade (NF n. 00005 – fl. 81 e empenho de fl. 90). Essa, aliás, a conclusão da perícia, como se vê na fl. 1.155, na resposta ao quesito 10.

Neste contexto, para a aplicação do entendimento do digno Magistrado prolator do *decisum* vergastado, penso se tenha que abater apenas o valor apurado com o material fornecido pela empresa Brinquemark, ou seja, o importe de R\$ 3.900,00 (três mil e novecentos reais), porquanto, ainda que diverso do efetivamente pago, este o valor apurado pela perícia em relação à madeira utilizada (fl. 1.150), único valor cobrado pela referida empresa.

Diante desses argumentos, o que se tem é que o valor apurado pela perícia em relação ao deck, ao invés do deduzido pelo digno Togado de 1º Grau, deve ser o valor de R\$ 28.955,46 (vinte e oito mil, novecentos e cinquenta e cinco reais e quarenta e seis centavos), proveniente que é da dedução do valor dos produtos fornecidos pela Brinquemark do valor total da perícia, já que apurados conjuntamente pelo perito.

Como corolário, fazendo-se as correções devidas, como também efetuadas pelo douto Togado Singular, ao proferir a sentença, ter-se-ia, como o valor do contrato, na data em que proferida aquela, o valor de R\$

49.067,94 (quarenta e nove mil, sessenta e sete reais e noventa e quatro centavos – correção do valor da obra de R\$ 39.686,60 de 20/01/2006 para 18/05/2010, data da perícia, pelos cálculos da CGJ).

Por evidente, a diferença entre o valor pago pela municipalidade e o valor encontrado pela perícia, neste cotejo, é de R\$ 20.112,48 (vinte mil, cento e doze reais e quarenta e oito centavos), o que significa um aumento de aproximadamente 69%, mais precisamente 69,46% do valor total que a perícia entende devesse ser o despendido pelo erário Municipal.

Todavia, urge se atente que a perícia, em momento algum, acenou com qualquer possibilidade de lucro pela empresa vencedora do certame e que realizou as obras ora sob análise judicial.

Diante disso, indaga-se: é razoável supor-se que a empresa vencedora não tenha aplicado nenhuma margem de lucro sobre o contrato em que foi vencedora na licitação?

Rogando a mais necessária vênia, não há como se concluir em tal sentido. Ora, é evidente que, por se tratar de empresa comercial, seu fim precípua será o do lucro e, ao que se desdome dos custos da *expertise*, absolutamente nenhum valor foi alocado a tal título.

Confira-se, aliás, pois em resposta ao quesito do Ministério Público, para atingir o valor mencionado, a perícia afirmou ter avaliado separadamente os materiais e a mão de obra e concluiu pela utilização, nos seguintes termos:

a) concreto armado, assoalho, contra-ventos, corrimão, ferragens e pintura, no valor de R\$ 10.840,76 (dez mil, oitocentos e quarenta reais e setenta e seis centavos) (fls. 1.143 e 1.144);

b) em adições, o valor de R\$ 3.015,15 (três mil e quinze reais e quinze centavos) totalizando, até então, o valor de R\$ 14.224,91 (quatorze mil, duzentos e vinte e quatro reais e noventa e um centavos) (fl. 1.145).



c) como mão de obra, o importe de R\$ 8.543,95 (oito mil, quinhentos e quarenta e três reais e noventa e cinco centavos), totalizando R\$ 22.759,86 (vinte e dois mil, setecentos e cinquenta e nove reais e oitenta e seis centavos), valor, aliás, utilizado pelo douto magistrado para suas ilações;

d) no equipamento de ginástica, R\$ 1.255,00 (um mil, duzentos e cinquenta e cinco reais) (fl. 1.149);

e) nos bancos, R\$ 5.190,00 (cinco mil, cento e noventa reais); e

f) como custo administrativo, o valor de R\$ 3.650,00 (três mil, seiscentos e cinquenta reais), totalizando o valor de R\$ 32.855,46 (trinta e dois mil, oitocentos e cinquenta e cinco reais e quarenta e seis centavos).

Desses, como alhures salientado, abatido o valor dos bancos e efetuadas as correções devidas, sobejou o montante que teria sido cobrado a maior no importe de R\$ 20.112,48 (vinte mil, cento e doze reais e quarenta e oito centavos), devendo-se, então, verificar-se se este valor, correspondente ao percentual de 69,46% cobrado a maior do que o encontrado na perícia judicial, como explicitado, significa efetivamente um superfaturamento, que foi o fundamento da sentença.

Primeiramente, não se argumente que o custo administrativo de 12,50% orçado na perícia significaria o lucro esperado, porquanto este se refere efetivamente aos custos diretos e indiretos da empresa, neles incluídas a questão da garantia da obra, dos tributos incidentes e da obtenção das licenças que, necessariamente, o contratante com a Administração Pública deve arcar.

Até porque, vênia, não se concebe que o valor de R\$ 3.650,00 (três mil, seiscentos e cinquenta reais), como afirmado na perícia, além de englobar o valor despendido com os custos diretos e indiretos acima evidenciados, ainda pudesse englobar o valor atinente ao lucro do empreendimento.

Então, qual o parâmetro para recomendar o percentual de lucro aceitável?

Registre-se, inicialmente que, como cedição, recomendar parâmetros aceitáveis para o lucro é, de uma certa forma, um eufemismo para se dizer que se o está tutelando, fator que, em princípio, não caberia aqui efetuar.

Todavia, em razão dos fatos e das conclusões perpetradas no feito, se faz, *in casu*, necessária a recomendação, ao menos para o correto cotejamento dos valores.

Feito tal escorço, urge se atente que, na época do contrato, porém, não existiam parâmetros legais para tal aferição. E, como inexistiam em tal sentido, o Tribunal de Contas da União – TCU, somente em 2011, aprovou o Acórdão n. 2.369/11 que, pela primeira vez, estabeleceu limites mínimo e máximo para os Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) que as empresas contratadas pelo governo federal para obras e serviços de engenharia poderiam acrescentar ao valor do contrato, o que, para o deslinde da *quaestio*, pode aqui ser utilizado como paradigma.

Naquele aresto, após uma gama considerável de cálculos e equações a serem observadas, concluiu-se pelo percentual de 30% como base de lucro aceitável em tais obras, o que, se aplicado ao caso em tela, já elevaria o valor encontrado na perícia judicial para R\$ 37.642,10 (trinta e sete mil, seiscentos e quarenta e dois reais e dez centavos).

Com isso, efetuadas as devidas correções, ter-se-ia, ainda, uma diferença de R\$ 11.425,84 (onze mil, quatrocentos e vinte e cinco reais e oitenta e quatro centavos), a qual teria sido paga a maior pela municipalidade, vez que, se aplicada aquela margem de lucro recomendada, tal valor sobejaria.

Todavia, não se há olvidar que, no que tange ao aparelho de ginástica e aos bancos de madeira, teriam eles restado subfaturados, vez que a perícia concluiu pelo valor de R\$ 1.255,00 (um mil, duzentos e

cinquenta e cinco reais) e 5.190,00 (cinco mil, cento e noventa reais) respectivamente, ao passo que o custo efetivamente pago pelo erário municipal foi no valor de R\$ 3.430,00 (três mil, quatrocentos e trinta reais) o qual, corrigido nos mesmos moldes dos até aqui aplicados, também com esteio nos ditames da Corregedoria Geral de Justiça, equivaleria, na data da sentença, a R\$ 4.280,40 (quatro mil, duzentos e oitenta reais e quarenta centavos), diferentemente, pois, dos R\$ 6.445,00 (seis mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais) apontados pela perícia.

Neste contexto, sobejaria como valor total em tese superfaturado o valor aproximado de R\$ 9.250,00 (nove mil e quinhentos reais).

Não obstante, com todas as vênias, considerar superfaturada uma obra correspondente à construção de um deck, de aparelhos de ginástica, bem como da colocação de bancos à margem da avenida XV de Novembro, como demonstram as fotografias de fls. 1.145 a 1.151, por um valor total em tese superfaturado precisamente de R\$ R\$ 9.261,24 (nove mil, duzentos e sessenta e um reais e vinte e quatro centavos), retroativos ao ano de dois mil e dez, e que, hoje, também pela tabela de cálculo da Corregedoria Geral de Justiça, significariam um valor total de R\$ 14.754,40 (quatorze mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e quarenta centavos), transparece um tanto quanto desarrazoado e desproporcional, especialmente se considerada a obra em si, bem como em se considerando que a margem de lucro aplicada para a obtenção de tal valor como superfaturado o foi apenas com base nas até então inexistentes diretrizes do Tribunal de Contas da União, como alhures evidenciado.

Ademais disso, urge se atente que o valor cobrado, por si só, não pode ser reputado incongruente, quando se considerar que a obra realizada no que tange ao deck demandava mão de obra especializada, visto se tratar de mirante em balanço sobre as margens do Rio do Peixe, local que requer redobrada responsabilidade, hipótese não versada no

aresto do TCU.

Repise-se: o percentual de lucro aplicado neste *decisum* o foi estritamente com base em obras de engenharia, sem, contudo, se especificar qualquer complexidade a elas relativas e o foi apenas para se estabelecer algum parâmetro de lucro, visando apurar eventual hipótese de superfaturamento.

Em adendo, embora não vinculante, evidentemente não se há olvidar da conclusão oriunda do Tribunal de Contas do Estado – TCE que, ao analisar o caso, assim se pronunciou:

“Apesar dos esforços desta Diretoria, não foi possível cotar o valor do deck de madeira a preços de mercado, por se tratar de obra única, de considerável dificuldade técnica de execução, especialmente em função de grande parte se encontrar em balanço (foto 2, fls. 384). A cotação dos preços unicamente dos materiais, além de extremamente difícil, visto que tal levantamento é realizado apenas sob encomenda, não faz sentido, uma vez que os maiores custos envolvem mão de obra especializada ou com experiência na lide com madeira. Desta forma, salvo melhor juízo, entende esta instrução que o valor pago é compatível com o de mercado” (fl. 1.081 – grifei e sublinhei).

Aliás, após os “*considerandos*”, bem como a oitiva do responsável, a conclusão foi por se acolherem as justificativas apresentadas e determinar o arquivamento do feito (fl. 1.092).

Nesta perspectiva, a se considerar a peculiaridade da obra em questão, inviável, a meu sentir, considerar-se a existência do propalado superfaturamento.

Até porque, ao que se desdome, inexistente prova robusta de sua ocorrência.

E, como leciona Marçal Justen Filho, “A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado

em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais.

Nessa acepção é que se deve entender a expressão ‘superfaturamento’, contida no art. 25, § 2º, . O superfaturamento não se caracteriza nem como um preço ‘falso’ nem como um lucro excessivo, mas como uma elevação injustificada do valor para uma certa prestação. Se o particular pratica certos preços, que lhe asseguram lucro elevado, não se caracteriza um superfaturamento se propuser preço equivalente para contratar com o Estado. O problema reside, então, na prática abusiva prejudicial ao Estado, consistente na alteração das condições usuais de negócio e na oneração injustificada dos cofres públicos”. (aut. cit., in, Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética. 2009. pp. 377-378).

A propósito, mudando-se o que deva ser mudado:

1) APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DECORRENTE DA AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL SEM PRÉVIA LICITAÇÃO E DA CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS SEM SUBMISSÃO A CONCURSO PÚBLICO OU PROCESSO SELETIVO - APLICAÇÃO [...] SITUAÇÃO ONDE NÃO SE VISLUMBRA PREJUÍZO ECONÔMICO AO ERÁRIO, POSTO QUE O COMBUSTÍVEL FOI FORNECIDO E OS CONTRATADOS DE FORMA IRREGULAR EFETIVAMENTE PRESTARAM SERVIÇO AO MUNICÍPIO DE IRINEÓPOLIS

[...] “Inexistindo provas de superfaturamento do valor contratado e recebido e tendo o serviço sido regularmente prestado, não há falar em prejuízo ao Erário e, conseqüentemente, no dever de ressarcimento, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração. [...] (REsp n. 951.389, Rel. Min. Herman Benjamin).’ (Apelação Cível n. 2008.061488-9, de São Joaquim, rel. Des. Newton Janke, j. em

13.03.2012)” (Apelação Cível n. 2011.071414-1, de Palmitos, rel. Des. Júlio César Knoll, j. 22-8-2013). (TJSC, Apelação Cível n. 2008.031295-4, de Porto União, Relator: Des. Cid Goulart, j. 5/11/2013 – grifei).

2) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO FRAGMENTADA PARA O MESMO OBJETO. OFENSA À LEI DE LICITAÇÕES. ILEGALIDADE CONFIGURADA. RESSARCIMENTO DE DANOS. DESCABIMENTO. SERVIÇOS EFETIVAMENTE EXECUTADOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO MUNICIPAL. [...] 2. Inexistindo provas de superfaturamento do valor contratado e recebido e tendo o serviço sido regularmente prestado, não há falar em prejuízo ao Erário e, conseqüentemente, no dever de ressarcimento, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração. [...] (REsp n. 951.389, Rel. Min. Herman Benjamin) (TJSC, Apelação Cível n. 2008.061488-9, Relator: Des. Newton Janke – grifei) .

3) AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE RECEBEU AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/92). PODER PÚBLICO QUE RENOVOU CONTRATO COM INSTITUTO DE FILANTROPIA PARA APOIO TÉCNICO, SOCIAL E ADMINISTRATIVO JUNTO A HOSPITAL. LICITAÇÃO QUE FORA DISPENSADA SOB A MODALIDADE DA INEXIGIBILIDADE (ART. 25 DA LEI N. 8.666/93), EM RAZÃO DA EXPERIÊNCIA DO INSTITUTO E DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. RAZOABILIDADE DOS FUNDAMENTOS INVOCADOS. EVENTUAL EQUÍVOCO NO PROCEDIMENTO QUE NÃO IMPORTA EM IMPROBIDADE. SERVIÇO EFETIVAMENTE PRESTADO POR VALORES MÓDICOS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE ATOS DE IMPROBIDADE ANTE A INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ, CULPA GRAVE OU PREJUÍZO AO ERÁRIO. RECURSO PROVIDO PARA REJEITAR A INICIAL.

Inexistindo provas de superfaturamento do valor contratado e recebido e tendo o serviço sido regularmente prestado, não há falar em prejuízo ao Erário e, conseqüentemente, no dever de ressarcimento,

sob pena de enriquecimento sem causa da Administração. (STJ, Min. Herman Benjamin). A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, cogita-se que possa ser culposa, mas sem nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do Agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva. Quando não se faz a distinção (necessária distinção) conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação (perigosa aproximação) da sempre temível responsabilidade objetiva por infrações, embora às vezes alguém nem se dê conta disso. (TJSC, Des. Paulo Ricardo Bruschi) A Lei n. 8.429/92 não se presta a condenar objetivamente aqueles que, dolosa ou culposamente, repetiram condutas anteriores em prol da continuidade de um serviço público de qualidade. A culpa, exigida pelo art. 10 da LIA, deve ser grave. Ou seja, deve representar flagrante inobservância dos preceitos administrativos e relegar o interesse público. A eventual inadequação do procedimento de contratação não configura, por si só, a improbidade objeto da Lei n. 8.429/92. A severidade das sanções previstas na Constituição Federal e na LIA tem por objetivo punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas ao patrimônio público ou propiciarem benefícios indevidos ao agente ou a terceiros (TJSC, Des. Nelson Schaefer Martins). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4002234-48.2017.8.24.0000, de Joinville, Relator: Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 01/08/2017 – grifos meus).

No que pertine ao Termo de Dispensa n. 021/2006, embora não acolhidas as alegações de não contar com o parecer da Comissão de Julgamento de Licitações (CJL) ou do Procurador Geral do Município, concluiu o nobre prolator do *decisum* vergastado pela indevida Dispensa da Licitação, ao fundamento da falta de publicação tempestiva da dispensa na imprensa oficial e assim violado o artigo 26, da Lei n. 8.666/93, além de concluir por outras duas ilegalidades, conhecidas de ofício e consistentes no fato de que o caso não versava sobre hipótese de dispensa de licitação, mas sim de licitação conjunta com a obra do deck, além da dispensa ter sido embasada apenas no interesse público, hipótese, a seu ver, não

prevista na legislação.

Feito tal escorço, por primeiro, ainda que dúvidas possam pairar sobre a possibilidade de conhecimento de ofício de tal matéria, mesmo assim se verifica a ocorrência de confusão no que tange ao objeto do aludido Termo de Dispensa de Licitação.

Com efeito, vênua, não se referiu o mencionado Termo de Dispensa aos bancos de madeira e aos aparelhos de ginástica, que deram ensejo ao entendimento do fracionamento indevido da licitação, como o fez o douto sentenciante, como alhures evidenciado e solucionado no item precedente.

Tal Termo, como se desdome do documento de fl. 129, é expreso em se referir à compra de brinquedos para o Parque Municipal, no valor de R\$ 7.920,00 (sete mil, novecentos e vinte reais), da empresa Brinquedopark Diversões Ltda – EPP e na contratação da empresa Construmass Construção Civil Ltda, para a montagem e instalação dos aludidos brinquedos no referido parque municipal, pelo preço de R\$ 6.790,00 (seis mil, setecentos e noventa reais).

Neste contexto, com a necessária vênua, plenamente evidente a confusão efetuada quanto ao objeto do Termo e a conclusão sobre a indevida Dispensa, motivo por que tal argumento deve, por evidente, por si só, ser afastado.

Da mesma forma, a meu sentir, com a necessária vênua de entendimentos diversos, o mesmo caminho deve ser trilhado no que tange à segunda ilegalidade, também apontada de ofício pelo operoso Julgador, ou seja, a da justificativa calcada apenas no interesse público, que, a seu ver, seria genérico e não previsto na legislação, vez que o artigo 24 e seus incisos, da Lei n. 8.666/93 não o contempla.

De início, conforme se vislumbra do aludido Termo de Dispensa, é ele, além de mencionar o interesse público, expreso em justificar o



fundamento legal da decisão nas disposições insertas no inciso I, do artigo 24, da Lei de Licitações (n. 8.666/93). A propósito, assim vazado tal dispositivo:

É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

[...].

Como se vê, para obras até aquele limite, existe autorização legal para a referida dispensa.

E, quanto à justificativa da dispensa, urge se atente que, com relação a tal inciso, efetivamente não se a encontra no artigo 26, do mesmo Estatuto legal, mas, sim, na necessidade decorrente do princípio segundo o qual todo ato administrativo deve ser devidamente fundamentado e motivado.

A propósito, é cediço não equivaler a contratação direta à qualquer hipótese de contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem as necessárias cautelas e a correspondente documentação.

Todavia, tal assim o é não por exigência do referido artigo, mas, sim, repise-se, em decorrência da necessidade de fundamentação e motivação dos atos administrativos, bem como do princípio inerente à sua transparência.

No caso, em que pese o fundamento ter-se calcado no interesse público, a dispensa traz igualmente o fundamento legal autorizador da referida opção, ou seja, o inciso I, do artigo 24, que, como se disse, não exige outra justificativa.

Veja-se, para tanto, que o artigo 26, da Lei de Licitações, como suso mencionado, excepciona os incisos I e II, do artigo 24, no que pertine à justificativa nele descrita e sequer exige a publicação como condição da eficácia do ato, porquanto se refere expressamente apenas aos demais incisos, para eles exigindo determinadas condutas, não exigidas, como corolário, para aqueles incisos. Confira-se, *verbis*:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (grifos meus).

Aliás, tal ditame legal dispensa a licitação sem referidas formalidades porque, como cediço, em casos tais, normalmente é mais oneroso o procedimento da licitação do que a sua simples dispensa, emprestando ao Administrador uma certa liberdade de atuação, ainda que tenha que deixar registradas e fundamentadas todas as decisões tomadas, a fim de dar vazão aos demais princípios da Administração Pública, especialmente o da transparência, da motivação e da fundamentação dos atos administrativos praticados.

A propósito, sobre a dispensa da licitação, sempre esclarecedora a lição de Marçal Justen Filho, *op. cit.*, p. 289, ao asseverar:

“A dispensa de licitação verifica-se em situações que, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se obviamente inconveniente com os valores norteadores da atividade administrativa. Toda licitação envolve uma relação de custos e benefícios. Há custos econômicos propriamente ditos, derivados do cumprimento dos atos materiais da licitação (publicação pela imprensa, realização de testes laboratoriais, etc.) e da alocação de pessoal. Há custos de tempo, referentes à demora para desenvolvimento dos atos da licitação. Podem existir outras espécies de custos, a serem examinados caso a caso. Em contrapartida, a licitação produz benefícios para a Administração. Esses benefícios consistem em que a Administração efetivará (em tese) contratação mais vantajosa do que realizaria se licitação não tivesse existido.

Muitas vezes, sabe-se de antemão qu a relação custo benefício será desequilibrada. Os custos necessários à licitação ultrapassarão benefícios que dela poderão advir. Logo, o procedimento licitatório acarretará o sacrifício dos interesses coletivos e supra-individuais.

Impõe-se a contratação direta porque a licitação é dispensável”.

É que, ainda na lição do doutrinador acima, “A lei quer evitar a fraudulenta invocação de dispositivos legais autorizadores da contratação direta. Deverá ser comprovada e documentada a presença dos requisitos legais que autorizam a contratação direta. O art. 26 alude à generalidade dos casos de contratação direta. **Estão excluídas basicamente, as contratações de pequeno valor, nas quais a publicidade é postergada pelos mesmos fundamentos que conduziram à dispensa da licitação**” (aut e op cit., p. 377 – grifos meus), como é o caso dos autos.

Neste contexto, pelos argumentos supra evidenciados, igualmente não se verifica a ilegalidade apontada, até porque, pelos próprios valores envolvidos e, bem assim, pela finalidade da contratação, também

constante do aludido Termo de Dispensa da Licitação, não se há como acolher como genérica a justificativa apresentada.

Por fim, no que tange aos recursos dos réus, há, ainda, a necessidade de se atacar a assertiva de nulidade da licitação por quebra do princípio da isonomia, porquanto violado o dever de seleção da proposta mais vantajosa como afirmado na sentença.

E a conclusão sentencial assim adveio porque, segundo o digno Sentenciante, apenas duas empresas foram realmente as convidadas para cada obra, porquanto, embora seis as invitadas (fls. 149, 150 e 154), como duas as obras a serem realizadas, uma em madeira e outra em metal (fls. 132-133), em princípio, haveriam três empresas para cada obra, sendo, porém, duas empresas especializadas em cada ramo e duas, ainda, atuantes apenas no ramo da engenharia civil em geral.

A propósito, o fato seria, inclusive, mais grave, porquanto as únicas duas empresas relativas à obra do deck de madeira seriam da mesma família.

Primeiramente, urge se atente que, como o convite foi efetuado para a realização de duas obras de engenharia, não há como alijarem-se, ao menos para se utilizar dos argumentos da sentença, as duas empresas que laboram no campo da engenharia civil em geral, porquanto, vênia, o objeto licitado efetivamente integrava tal campo de atuação, ou seja, o ramo das obras de engenharia civil em geral.

Aliás, não há nos autos qualquer prova de que não laboravam em tais ramos, exceto o fato de não terem apresentado propostas.

Atente-se que isso, porém, por si só, vênia, não sustenta a conclusão de que não trabalham com tais materiais ou obras. Apenas aflora a conclusão de que não quiseram participar do certame, por razões que não se faz necessário aqui investigar. Ilação outra, sem quais quaisquer provas de sustentação, vênia outra vez, são meras conjecturas.

E, como cedição, são elas inconsistentes a sedimentar um decreto de improbidade administrativa.

Em segundo lugar, com base nos argumentos de que duas empresas apenas teriam sido as licitantes para cada obra, tal mácula igualmente deveria, necessariamente, ser estendida e aplicada à obra realizada no outro mirante, qual seja, o deck de metal, construído no acesso à Rua Adolfo Ziguelli, o que, ao que se desse, não ocorreu.

Com efeito, se aqui ocorreu a mácula por ter havido apenas dois licitantes, embora mais grave por serem duas empresas familiares, como salientou o digno prolator do *decisum* vergastado, lá, igualmente, teria ocorrido a mesma falha, vez que, como se disse, ainda que não relativa a familiares, um dos fundamentos foi o de que, embora seis as empresas convidadas, apenas duas trabalhavam com madeira, duas com metal e outras duas com engenharia em geral, estas, pois, que refugiriam aos objetos licitados.

Ora, se vale o argumento da falta de uma empresa licitante para uma obra, por evidente, deveria valer para a outra, o que, repita-se, não se verificou, vez que nenhuma mácula restou assentada contra aquela construída no acesso da Rua Adolfo Ziguelli.

Não obstante isso, como se sustentou, tal mácula não se evidenciou, porquanto as outras empresas, por serem de engenharia civil em geral, por evidente, estão abrangidas no espectro do objeto licitado.

Ultrapassada tal *quaestio*, resta, ainda, verificar-se se efetivamente se confundiam as empresas Brinquemass e Construmass, a ponto de manchar a licitação e, com isso, abjetar a isonomia, porquanto violado o dever de seleção da proposta mais vantajosa.

Dúvidas não sobejam quanto ao fato de pertencerem a familiares ambas as empresas. Todavia, pela documentação carreada, nota-se que, diferentemente do que alegado, não estão localizadas no mesmo endereço,

porquanto a empresa Construmass Construção Civil Ltda tem sua sede na Rua 11 de Novembro, n. 2.360, Sala 2-A, Bairro Centro, Massaranduba, SC (fl. 840), ao passo que a empresa Brinquemark Diversões Ltda – EPP, embora localizada na mesma Rua e Cidade, tem sua sede no número 3350, sala 3A (fl. 789).

Aliado a isso, não se há negar, o objeto social das empresas é totalmente diverso, haja vista que o da Brinquemark é “a exploração do ramo de fabricação de brinquedos de madeira e ferro, comércio varejista de brinquedos e comércio atacadista de brinquedos” (fl. 790), entretanto o objeto social da empresa Construmass Construção Civil Ltda é “a atividade de prestação de serviços da construção civil” (fl. 843).

Daí, vênia, por serem empresas do mesmo grupo familiar, não se há concluir que, por isso, alijado o princípio da isonomia e a finalidade da própria licitação, por que violada a proposta mais vantajosa para a Administração.

Ademais, nos autos não foi carreada sequer uma prova a robustecer tal conclusão, isto é, não há quaisquer provas de que existiriam propostas que pudessem ser mais vantajosas para a Administração, desbancando aquelas apresentadas e demonstrando, com isso, a quebra da finalidade licitatória.

E, como alhures afirmado, era dever do autor a realização de tal prova, ônus do qual não se desincumbiu.

Aduza-se, ainda, que, como demonstrado no item relativo à inexistência de superfaturamento, uma conclusão indubitavelmente não pode ser contraditória à outra. Vale dizer: se não houve superfaturamento, não houve prejuízo ao erário e, se inexistente o prejuízo, não se há falar em violação à busca da proposta mais vantajosa para a Administração. Caso contrário, isto é, comprovada a situação, ou seja, a ausência da busca da proposta mais vantajosa, inegavelmente prejuízo haveria ao erário. Não se o divisa nos autos, porém.

Aliás, se não houve prejuízo, não há o que justifique a aplicação do art. 10, incisos I e VIII, da LIA. Até porque, como sentenciou o Des. Cesar Abreu, em um de seus brilhantes acórdãos, “o art. 10, inc. VIII, da Lei de Improbidade reclama a comprovação do efetivo dano ao patrimônio público, e não se contenta... com a mera presunção. A falta de dano, outrossim, afasta também o tipo penal do art. 89 da Lei de Licitações (Ag 1.367.169, REsp. n. 1.169.153, AgRg no REsp. n. 1.199.582, REsp. n. 1.098.783) (in TJSC. Apelação Cível n. 2011.052887-0).

Nesse mesmo norte, da Corte Catarinense colhe-se que “(...) A improbidade de que trata o art. 10 da Lei n. 8.429/92 admite as modalidades atinentes à culpa ou dolo. Ausente, porém, o efetivo dano ao erário municipal, em decorrência da compensação levada a efeito, ainda que irregular, à míngua de aditamento ou abertura de novo certame, não subsiste o enquadramento em aludido preceptivo legal. Sem olvidar as irregularidades verificadas no certame licitatório e na execução do contrato, geratriz de violação aos princípios norteadores da Administração Pública, não resulta evidenciada a má-fé, desonestidade na conduta, mas sim inabilidade do gestor público que, no afã de atender o clamor dos munícipes visando a reforma da ponte pênsil, acabou malferindo a Lei de Licitações. (...)” (TJSC, Apelação Cível n. 2010.059078-2, de Ascurra, Relator: Des. Carlos Adilson Silva, j. 11-06-2013 – grifei).

Como corolário, pelas razões apontadas, não há negar, não exsurge comprovada a improbidade administrativa imputada aos réus.

A propósito, sobre o tema, doutrina José Affonso da Silva, em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 669, *litteris*:

“A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição pune o ato improbo com a suspensão e direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas

funções,sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal de outrem a quem queira favorecer”. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de de uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente a uma vantagem ao ímprobo ou a outrem.(...) A improbidade é tratada ainda com mais rigor,porque entra no ordenamento constitucional como causa de suspensão dos direitos políticos do ímprobo (art. 15, V, que já comentamos), conforme estatui o art. 37, § 4º, in verbis: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

E mais, a Lei de Improbidade Administrativa estabeleceu três categorias para tipificar o ato ímprobo, que são os atos que acarretam o enriquecimento ilícito (art. 9º); os atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Logo, “sempre será necessária a ocorrência da lesão ao patrimônio público para a incidência do art. 10 da Lei n. 8.429/1992, o que é constatado pelo teor do caput deste e pelo teor do art. 12, II, o qual fala em ‘ressarcimento integral do dano’ na hipótese do art. 10, enquanto nos demais casos de improbidade temse o dever de ‘ressarcimento integral do dano, quando houver”’. (GARCIA, Emerson e Rogério Pacheco Alves. Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 252).

Por outro lado, em relação aos atos atentatórios aos princípios da administração pública, pacífico o entendimento de que é desnecessária a ocorrência de dano ou lesão ao erário para sua configuração, porém, desde que reste configurado o dolo.

A propósito, “A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à



luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo), o mesmo não ocorrendo com o tipo previsto no art. 11 da mesma lei (atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública), que se prende ao volitivo do agente (critério subjetivo)” (STJ, AgRg no REsp n. 1177579/PR, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 16.8.11).

Como corolário, “É indispensável, para a caracterização do ato de improbidade administrativa descrito nos arts. 9 e 11 da Lei n.8429/92, a existência de dolo genérico, consubstanciado na ‘vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora’ (STJ, REsp 765.212/AC, Rel. Ministro. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2.3.2010, publicado em 23.06.2010)” (STJ, AgRg no REsp n. 752.272/GO, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 25.5.10).

Isso se pode afirmar assim ser porque, a uma, a figura culposa é criação legislativa (como fez o legislador no art. 10 da mesma lei). Se não há referência expressa, é porque não quis o legislador incluir tal situação entre as hipóteses; e, a duas, porque “Ninguém é desonesto, desleal ou parcial por negligência. Ou o agente público labora movido pelo dolo (e pratica ato de improbidade) ou não se aperfeiçoa a figura do art. 11”. (FAZZIO JR., WALDO. Atos de Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007, p. 164).

De outro viso, por decorrência lógica indubitável das conclusões supra, isto é, da conclusão pela inexistência de ato ímprobo, porquanto não comprovada a nulidade do Termo de Dispensa de Licitação n. 021/2006, da mesma forma não comprovado o fracionamento indevido da licitação, o mesmo ocorrendo com a quebra da isonomia e a ausência de superfaturamento, por evidente, tais conclusões, por não serem distintos ou opostos os interesses, devem ser aplicadas igualmente aos réus Armindo Haro Netto e Jaison Strapassola, haja vista que, conquanto inexistentes recursos por eles interpostos, as conclusões lhes aproveitam.

A propósito, “Conquanto não tenha apelado da sentença, por força da interpretação do art. 509 do CPC (“O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses”), o reconhecimento da absolvição em sede de apelação deve, também, ser estendida ao réu que não recorreu.” (TJSC, Apelação Cível n. 2012.064855-3, de Capinzal, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 19-11-2013).

## 2 – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Como corolário, prejudicado o reclamo ministerial, porquanto apenas pretendia o aumento das penas aplicadas aos demais réus e, bem assim, a inclusão na condenação da empresa Brinquemark.

Ante o exposto, vota-se no sentido de se conhecer parcialmente dos recursos dos réus e dar-lhes provimento e, em consequência, reformar a sentença de Primeiro Grau e reconhecer a improcedência do pedido inicial, nos termos da fundamentação supra, julgando-se prejudicado, como corolário, o recurso do Ministério Público.

Aliado a isso, eventuais valores depositados devem ser liberados pelo digno Juízo *a quo*, mediante os respectivos pedidos das partes.

É como voto.

**Apelação Cível n. 0001615-51.2012.8.24.0037, de Joaçaba**

Relator: Desembargador Odson Cardoso Filho

APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DE DIÁRIAS. 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, pedido expresso de sua apreciação (art. 523, *caput*, do CPC/1973).

CONDUTA ÍMPROBA. SUPOSTA CONCESSÃO INDEVIDA DE DIÁRIAS A AGENTES PÚBLICOS DA CÂMARA LEGISLATIVA MUNICIPAL. VIAGEM À CAPITAL FEDERAL PARA ACOMPANHAMENTO DE VOTAÇÃO DA NOVA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO RESTRITA AO EXAME DA LEGALIDADE OU EVENTUAL DESVIO DE FINALIDADE. HIPÓTESES NÃO REVELADAS. EXIGÊNCIAS LEGAIS E FORMAIS E, EM ESPECIAL, INTERESSE PÚBLICO DEMONSTRADOS. SENTENÇA MANTIDA.

Como é cediço, não cabe ao Poder Judiciário interferir nos critérios de conveniência e oportunidade na participação em eventos, salvo na hipótese de ilegalidade ou desvio de finalidade do ato.

O pagamento de diárias de viagens a agentes públicos sujeita-se a existência de norma na esfera local. A partir daí pode a Administração Pública, por ato motivado, propiciar ao agente o deslocamento requisitado, com obediência ao controle de gastos

e ao interesse público.

Satisfeitos os requisitos legais (norma) e formais (requerimento, autorização e prestação de contas) e, especialmente, demonstrado o interesse público, este condizente à viagem a Capital Federal para visita a parlamentares e acompanhamento de matéria que traria impactos nas atividades da comunidade local, impossível assegurar que existiu desvio de finalidade, tampouco enriquecimento sem causa por parte dos réus que possa caracterizar ato de improbidade administrativa.

AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO; E APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0001615-51.2012.8.24.0037, da comarca de Joaçaba 1ª Vara Cível em que é Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelados Joraci Rodrigues e outros.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, não conhecer do agravo retido; e conhecer do recurso de apelação e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 17 de maio de 2018, foi presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador José Maurício Lisboa. Funcionou, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Senhor Doutor Jacson Corrêa, tendo lavrado parecer o Excelentíssimo Senhor Doutor Alexandre Herculano Abreu.

Florianópolis, 25 de maio de 2018.

Desembargador Odson Cardoso Filho  
Relator

## RELATÓRIO

Na comarca de Joaçaba, o Ministério Público de Santa Catarina ingressou com “Ação Civil Pública de Responsabilidade por Ato de Improbidade Administrativa” em face de Joraci Rodrigues, Rudi Altenburger, Leocrides João Brandalise, Luiz Brandalise e Maiquel Alceu Christ de Carvalho.

Narra a peça póstica que, entre os dias 4 e 6-4-2011, os réus, os quatro primeiros vereadores e o último assessor jurídico da Câmara Municipal de Treze Tílias, participaram de evento em Brasília/DF, “a fim de acompanhar a votação do Código Florestal e para visitar gabinetes de Deputados Federais”, porém o fizeram para tratar de “assuntos particulares e político-partidários”. Assim, por terem auferido verbas indenizatórias (recebimento de diárias) sem designação da Casa legislativa municipal ou motivação legal para tal deslocamento, é que devem ser responsabilizados por ato de improbidade administrativa descritos nos arts. 9º, XI e XII, 10, II e XI, e 11, I, todos da Lei n. 8.429/1992, com imposição das sanções elencadas no art. 12 da referida norma. Ademais, houve pedido (recomendação) de ressarcimento aos cofres públicos do montante recebido (R\$ 8.176,86 - oito mil, cento e setenta e seis reais e oitenta e oito centavos), mas não atendido (fls. 2-15).

Notificados (fls. 113-114 e 191), os demandados apresentaram defesa preliminar (fls. 118-146 e 166-184).

Com rejeição das prefaciais (falta de interesse de agir e ilegitimidade passiva) e recebimento da inicial (fls. 197-203), os réus Luiz, Leocrides, Rudi e Joraci interpuseram agravo retido (fls. 207-219) e o acionado Maiquel manejou agravo de instrumento (fls. 249-269), este posteriormente desprovido (autos n. 2013.004344-0 - fls. 322-326).

Os demandados ofertaram contestação (fls. 220-236 e 278-300), e o processo foi saneado, inclusive com ordem de citação do Município de

Treze Tílias (fl. 308) -, que fora cientificado por mandado (fls. 310-311). Adiante, a Seccional Catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC) - solicitou (fls. 408-411) e - foi habilitada no feito (fl. 418).

Ouvidas testemunhas (fls. 492-495, 505-506 e 510- 513), as partes e a OAB/SC apresentaram alegações finais (fls. 515- 523, 527-534, 535-559 e 564-567).

Ato contínuo, o magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido inicial (fls. 569-572).

Malcontente, o Ministério Público apelou. Em suas razões, aponta que [a] a sentença inovou a legislação; [b] é desnecessária a reiteração da conduta para reconhecimento do ato ímprobo; [c] a participação no evento em debate refoge os limites da atividade parlamentar municipal; e [d] houve desvio de finalidade, porque a viagem “foi inútil, desnecessária, ilícita e imoral”. Daí justificar a reforma da sentença, com a procedência do pleito inaugural (fls. 575-583).

Com as contrarrazões pelos acionados (fls. 587-600 e 601-610), os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovidimento do reclamo (fls. 616-622).

É o relatório.

## VOTO

Cumpre pontuar, inicialmente, que, tendo a sentença combatida sido publicada em 3-5-2016 (fl. 573), isto é, quando já vigente o atual Código de Processo Civil, o caso será analisado sob tal regramento, “respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada” (art. 14 do CPC).

Diante disso, não conheço do agravo retido interposto pelos réus Luiz, Leocrides, Rudi e Joraci às fls. 207-219, pois não atendida a disposição do *caput* do art. 523 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da publicação do *decisum* guerreado.

Por outro lado, o recurso de apelação apresenta-se tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual merece ser conhecido; recebo-o também em seus efeitos legais (arts. 1.012, *caput*, e 1.013, *caput*, do CPC).

O embate reside, segundo o apelo, no ato ímprobo praticado pelos réus, qual seja, em síntese:

[...] o requerido Joraci Rodrigues, na qualidade de Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Treze Tílias, autorizou o pagamento de diárias para os réus Rudi Altenburger, João Brandalise e Luiz Brandalise, Vereadores do Município de Treze Tílias e para o Assessor Jurídico Maiquel Alceu Christ de Carvalho, a fim de que se dirigissem à Brasília para acompanhar a votação, pelo Congresso Nacional, do Código Florestal, entre os dias 4 e 6 de abril de 2011, viagem essa totalmente estranha às suas funções e isenta de interesse público municipal, realizada às custas do erário. (fl. 576)

E diferentemente do apontado nas razões recursais, o julgado de primeiro grau não inovou a legislação ao criar causa excludente de ilicitude (fl. 579). O ponto (2.4), então em análise, destacou o - não - suposto aumento de “rendimentos mensais dos réus” (fl. 570), enquanto a peça inicial imputou uma viagem dita irregular. E isso, considerando o caso, nos termos fixados, não ficou demonstrado, conforme tópicos que seguiram o texto.

Aliás, quanto ao realce feito no apelo, a sentença, embora não tenha citado algum caso específico (leia-se: precedente), bem elencou o cenário em que a conduta perpetrada pelos demandados, em tese, configuraria ato de improbidade administrativa, veja-se:

2.5 [...] O Ministério Público informou que o Presidente da Câmara de Vereadores autorizou os pagamentos sem alegar qualquer irregularidade procedimental no ato administrativo de autorização de viagens e diárias. Também não há nos autos do processo qualquer alegação de que os réus tenham utilizado as verbas da passagem aérea e as diárias para fins diversos daqueles expressamente autorizados.

2.5.1 Portanto, o que se observa é que o Ministério Público não alegou qualquer ato irregular no que diz respeito aos trâmites administrativos de requerimento, concessão e de prestação de contas de diárias e de compra de passagens aéreas. Portanto, tais trâmites são considerados regulares. (grifo mantido - fl. 570)

Em relação à reiteração da conduta, de fato, ela não seria necessária para caracterização do ato ímprobo (cf. TJSC, Apelação n. 0002500-61.2006. 8.24.0074, de Trombudo Central, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 3-5-2016). Mas o contexto deste precedente refoge à hipótese do autos.

Existe, destaca-se, suporte legal para o pagamento de diárias a agentes públicos na esfera local.

Com efeito, dita a Resolução n. 8, de 27 de agosto de 2002:

Art. 1º - Ficam fixados os valores das diárias do Agentes Políticos e Funcionários do Legislativo Municipal, de acordo com a tabela abaixo:

Diária Normal

Vereadores R\$ 150,00

Funcionários R\$ 120,00

Art. 2º - Quando do deslocamento à capital do Estado e a outros Estados a diária normal será acrescida em 80% (oitenta por cento); quando o deslocamento for para a capital Federal será acrescida em 100% (cem por cento).

Art. 3º - Despesas de transporte somente serão ressarcidas àquelas que utilizem meios de transporte coletivos, mediante comprovante.



Art. 4º - Solicitação de diária será mediante requerimento do interessado, com roteiro previamente estabelecido; quando do retorno será elaborado relatório pormenorizado da viagem.

Parágrafo único - Quando o solicitante participar de evento cuja inscrição tenha custo, esta será paga pela Câmara mediante comprovante.

Art. 5º - Esta resolução entra em vigor a partir da data de sua publicação, revogada as disposições em contrário. (fl. 80)

Não basta, porém, apenas a previsão; indispensável a motivação da Administração Pública (ato discricionário), como também o respeito ao controle de gastos e ao interesse público.

Com relação à justificativa, veio aos autos a “Declaração” de fl. 159, subscrita pelos Vereadores do Município de Treze Tílias, *verbis*:

Os Vereadores da Câmara Municipal de Vereadores de Treze Tílias, que abaixo firmados, DECLARAM, para os devidos fins e efeitos legais que no dia vinte e nove de março do ano de dois mil e onze reuniram-se na Sala das Comissões com o propósito de discutir a participação de membros da Casa no Movimento pela Aprovação do Código Florestal em Brasília que se realizou no dia 05/04/2011, ficando decidido por unanimidade que participariam da comissão os Vereadores o Sr. Luiz Brandalise, Sr. Leocrides João Brandalise, Sr. Rudi Altenburger, este representando também a ACCS (Associação Catarinense de Suinocultores), e o Sr Maiquel Alceu Christ de Carvalho, então Assessor Jurídico, tendo em vista que o Presidente à época, o Senhor Joraci Rodrigues estava impossibilitado de representar a Câmara Municipal de Vereadores. (grifo mantido)

Esse documento, ainda que fabricado em 26-6-2012, vai ao encontro das primeiras informações prestadas pela Casa Legislativa à Promotoria de Justiça local, em 17-5-2011 (fls. 26-27).

Com elas, também, seguiram os requerimentos de diárias (roteiro de viagem, tabela de valores, autorização e recibo), as notas de empenho, os títulos de pagamentos, os bilhetes de passagens aéreas, as notas de

estadia e alimentação, além de encarte que tratava sobre a mobilização do tema envolvendo o Código Florestal (fls. 28-70).

Sabe-se que, via de regra, não cabe ao Poder Judiciário interferir nos critérios de conveniência e de oportunidade na participação de agentes públicos em eventos, fruto da discricionariedade conferida à Administração Pública (cf. TJRS, Apelação Cível n. 70063991442, de São Pedro do Sul, rel. Des. Leonel Pires Ohweiler, j. 28-4-2016). A intervenção, no caso, deve se limitar tão somente a eventual ilegalidade (já superada) ou desvio de finalidade.

Como certo,

As atribuições dos vereadores são precipuamente legislativas, embora exerçam ainda funções de controle e de fiscalização de determinados atos do Executivo, de julgamento de infrações político-administrativas do prefeito e de seus pares; e pratiquem restritos atos meramente administrativos nos assuntos de economia interna da Câmara, quando investidos em cargos de Mesa ou em funções transitórias de administração da Casa. Sendo multiformes os aspectos em que as necessidades da comunidade se apresentam a pedir soluções, variadíssima é a atividade do edil, a ser consubstanciada em disposições normativas (leis), em deliberações administrativas (decretos legislativos, resoluções e outros atos), em sugestões ao Executivo (indicações), sobre todo e qualquer assunto de competência local.

[...]

No nosso sistema municipal, não cabe ao vereador administrar diretamente os interesse e bens do Município, mas indiretamente, votando leis e demais proposições, ou apontando providências e fatos ao prefeito, através de indicações, para a solução administrativa conveniente. Tratando-se de interesses locais, não há limitação à ação do vereador, desde que atue por intermédio da Câmara e na forma regimental. (MEIRELES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 645). (destaquei)

Resta a saber se, no caso concreto, o acompanhamento à votação

do Código Florestal contempla os assuntos de interesse local. Penso que sim! Aproveito, quanto a esse ponto, a exposição feita pelo magistrado singular que atua na Comarca:

As contestações relatam que era importante estarem no Distrito Federal quando da votação do Código Florestal, na medida em que esta nova legislação teria reflexos importantes para os moradores rurais do município de Treze Tílias. Estando no Distrito Federal os Vereadores poderiam exercer pressão nos Deputados Federais para votarem de forma razoável aos interesses dos moradores do Município de Treze Tílias.

A votação do Código Floresta interessava muito à todo o agronegócio, em especial aos pequenos produtores rurais os quais são, sabidamente, a maioria dos produtores rurais do Município de Treze Tílias e do no nosso próprio. Conforme mencionado nos autos o Município de Treze Tílias é sede de uma das maiores empresas do país na industrialização de leite e derivados (fl.532) [...]. (571-v)

Noutro ponto, no condizente às visitas a parlamentares, adiro às razões do Dr. Procurador de Justiça (que manifestou-se pelo desprovemento do recurso), à fl. 622:

Quanto às visitas aos Deputados federais, compreende-se que as estas seriam consectário lógico dos motivos que deflagaram a viagem, eis que tais Deputados seriam responsáveis pela aprovação das alterações legislativas atinentes ao direito ambiental.

Não se tratou, desse modo, de viagem eram para acompanhar posses de Deputados; presenciar honrarias; ou participar de encontro os quais não eram de nenhum interesse do Poder Legislativo Municipal.

Assim, não se vislumbra desvio de finalidade, tampouco, intenção de enriquecimento sem causa, por parte dos Vereadores que pudesse caracterizar o ato ímprobo. Não havendo, portanto, condutas censuráveis sob o aspecto da moralidade administrativa.

Daí por que, na falta de indicativos relativos à ofensa aos dispositivos legais invocados na peça póstica ou a princípio que norteia a Administração Pública, imperiosa a manutenção da sentença de improcedência, quer

em relação aos Edis, quer no tocante ao servidor público, então assessor jurídico.

Ante o exposto, não conheço do agravo retido; e conheço do apelo e nego-lhe provimento.

É o voto.

## QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

### **Apelação Cível n. 0009378-72.2013.8.24.0036, de Jaraguá do Sul**

Relator: Desembargador Artur Jenichen Filho

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

UTILIZAÇÃO DE LIVRETO DE CIRCULAÇÃO LIVRE, SOB O CRIVO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES DE JARAGUÁ DO SUL E DA DIRETORA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DAQUELA CASA, PARA INFORMAR AO ELEITORADO ACERCA DA ATUAÇÃO DE TODOS OS VEREADORES. PROMOÇÃO PESSOAL NÃO TIPIFICADA. DOCUMENTO QUE DIVULGA E INFORMA SOBRE A ATUAÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS DAQUELA CÂMARA. VIABILIZAÇÃO DA ATUAÇÃO DOS PARLAMENTARES. CONTRIBUIÇÃO PARA QUE O EXERCÍCIO DO MANDATO REVERTA EM EFETIVO BENEFÍCIO À POPULAÇÃO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS, PORÉM DO CASO EM TELA EXSURGE A INEXISTÊNCIA DE ILICITUDE. DOLO, CULPA OU MA-FÉ NÃO DEMONSTRADOS. SENTENÇA REFORMADA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0009378-72.2013.8.24.0036, da comarca de Jaraguá do Sul Vara Faz Púb, Acid Trab e Reg Púb – Unid 100% Dig em que são Apelantes Francisco

Valdecir Alves e outro e é Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por maioria de votos, na forma do art. 942, do NCPC, dar provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido. Custas legais. Vencido o Relator que votou no sentido de negar provimento ao recurso, no que foi acompanhado pela Des. Denise Francoski.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Hélio do Valle Pereira, presidente, Des. Denise de Souza Luiz Francoski, Des. Artur Jenichen Filho, Des. Vilson Fontana e Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Observações: Designado para acórdão o Exmo. Sr. Desembargador Artur Jenichen Filho. Sustentação oral pelo Dr. Marcos Fey Probst. Vencido que quer declarar voto o Exmo. Sr. Desembargador Hélio do Valle Pereira e Vencido que quer declarar voto a Exma. Desembargadora Denise Luiz Francoski.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro.

Florianópolis, 12 de julho de 2018.

Desembargador Artur Jenichen Filho  
Relator

## RELATÓRIO

Adoto o minucioso relatório concebido pela nobre e operosa Magistrada singular:

I – Trata-se de ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA, por seu Promotor de Justiça no exercício da Curadoria da Moralidade Administrativa, contra FRANCISCO VALDECIR ALVES e CAROLINA TOMASELLI, ambos devidamente qualificados nos autos, objetivando a condenação dos réus por infringência ao disposto no art. 10 (subsidiariamente no art. 11) da Lei n. 8.429/1992, às sanções previstas no art. 12, inc. II (subsidiariamente inc. III).

Aduz o autor que o réu Francisco Valdecir Alves, na qualidade de Vereador de Jaraguá do Sul, exerceu a Presidência da Câmara Municipal no segundo semestre de 2012, na mesma época em que a ré Carolina Tomaselli era a Diretora de Comunicação Social daquela Casa, e que, no exercício dessas funções públicas, geraram um dano ao erário no montante de R\$ 33.721,64 (trinta e três mil, setecentos e vinte e um reais e sessenta e quatro centavos), ao bancarem a realização de uma publicidade oficial afrontosa ao art. 37, § 1º, da Constituição Federal, materializada no encarte “Balanço Legislativo 2009-2012”. Isso porque referido material publicitário, a partir da sua fl. 12, sob o cabeçalho “Vereadores da Legislatura 2009-2012”, traz uma intolerável promoção pessoal dos edis que ocupavam as cadeira do Legislativo Municipal naquele período, porquanto destituído de qualquer “caráter educativo, informativo ou de orientação social”, tal como preconizado pela Carta Magna.

Enfatiza que foi o réu Francisco Valdecir Alves quem contratou os serviços de criação, rodagem e distribuição do encarte, cuja versão final pessoalmente autorizou, enquanto a ré Carolina Tomaselli foi a responsável pela aprovação do formato final do material publicitário em questão, como se extrai dos depoimentos prestados por estes no Inquérito Civil Público n. 06.2013.00004330-6, que embasa a inicial.

Esclarece, por fim, inexistir substrato suficiente para se imputar aos vereadores da Legislatura de 2009-2012 a responsabilidade pelo ilícito, porquanto, mesmo que a publicidade objurgada tenha promovido a todos, não se cuida na espécie de conjuntura que comporta a responsabilidade objetiva, e não restou comprovado, na fase investigatória, de que o

Presidente da Câmara submeteu o formato final do encarte a qualquer um de seus pares antes de aprová-lo.

Em despacho à f. 140, foi determinada a notificação dos réus para oferecimento de manifestação por escrito.

Regularmente notificados (fls. 146 e 148), os demandados apresentaram defesa preliminar às fls. 151/174.

A petição inicial foi recebida pela decisão de fls. 177/181, determinado-se a citação dos réus, bem como a notificação judicial do representante judicial do Município, nos termos do art. 17, § 3º, da Lei n. 8.429/1992 c/c art. 6º, § 3º, da Lei n. 4.717/1965.

O Município de Jaraguá do Sul manifestou-se às fls. 189/190, informando que se abstinha de contestar o feito.

Citados (fls. 187/197), os réus ofereceram contestação com documentos às fls. 200/862. Preliminarmente, alegam a impossibilidade de aplicação da Lei n. 8.429/1992 aos agentes políticos porque as infrações nela previstas confundem-se com as regras do Decreto-lei n. 201/1967. No mérito sustentam, em resumo, a inexistência de promoção através do material “Balanço Legislativo 2009-2012” por conter dados e informações estreitamente relacionados com a atuação da Câmara de Vereadores na referida legislatura, revelando também as ações, as bandeiras e os projetos alçados por cada vereador ao longo dos quatro anos de mandato eletivo, em momento algum desbordando os limites estabelecidos pelo art. 37, § 1º da Constituição da República.

Destacam que todos os vereadores, dos mais diversos partidos e coligações políticas, tiveram o mesmo espaço de imagem e conteúdo, sem destaques ou quebra do princípio da isonomia, não havendo também qualquer destaque diferenciado em relação ao réu Francisco Valdecir Alves por ocupar a Presidência da Casa na época. Além disso, a revista foi confeccionada e veiculada após o pleito eleitoral, pelo que é desarrazoada a alegação constante na inicial de que o material objetivava a promoção pessoal.

Asseveram que o material confeccionado pela agência de publicidade Criacom à Câmara de Vereadores de Jaraguá do Sul seguiu o



modelo adotado pela Assembleia Legislativa de Santa Catarina que, desde 1996, produz e divulga a atuação dos seus parlamentares, sem qualquer reprimenda por parte do Ministério Público do Estado.

Defendem, por fim, não estarem presentes os requisitos para a caracterização de ato de improbidade administrativa, pela inexistência de efetivo dano ao erário, uma vez que a despesa objeto dos autos está calcada em lei autorizativa (orçamento) e executada por empresa devidamente contratada (Contrato n. 01/2012); assim como pela inexistência de dolo ou culpa grave dos agentes envolvidos, pois: a) agiram em conformidade com as orientações da agência de publicidade contratada pela Câmara Municipal; b) o material foi autorizado e veiculado após as eleições de 2012; c) o espaço destinado a cada vereador é idêntico; d) o material segue a mesma linha dos relatórios confeccionados pela Alesc desde 1996.

Finalizam requerendo o acolhimento da preliminar arguida e, sucessivamente, seja a ação julgada improcedente.

O Ministério Público apresentou réplica às fls. 864/869, pugnando pelo afastamento da preliminar e pela produção de prova testemunhal.

Em decisão às fls. 872/876, a preliminar arguida foi rejeitada, determinando-se a intimação dos réus para especificação de provas. Na mesma oportunidade, foi determinada a juntada dos documentos que formam o anexo do Inquérito Civil, arquivados em Cartório (Certidão fl. 139), ante a insurgência dos réus.

Deferida a produção da prova oral requerida pelas partes, foi designada audiência de instrução e julgamento (fl. 1220).

Na data aprazada, foram ouvidas 6 (seis) testemunhas arroladas pelo autor e 2 (duas) arroladas pelo réus, mediante gravação audiovisual (fls. 1273/1276).

Alegações finais apresentadas pelos réus às fls. 1277/1310 e pelo autor às fls. 1311/1327.

Diante da inversão na ordem de apresentação das alegações finais, em despacho à fl. 1328, foi determinada a intimação dos réus para, querendo, complementarem suas derradeiras alegações, os quais vieram aos autos à fl. 1329 para sustentar a intempestividade das alegações finais do Ministério Público, bem como para informar que não necessitavam fazer qualquer complementação.

Sobreveio sentença com o seguinte teor (fl. 1.360- 1.361):

III – Isto posto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na presente Ação Civil Pública aforada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA, declarando extinto o processo com resolução do mérito (art. 487, inc. I, do CPC), para RECONHECER a prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, caput, da Lei n. 8.429/1992 e, em consequência:

III.1) CONDENAR os réus FRANCISCO VALDECIR ALVES e CAROLINA TOMASELLI, solidariamente: a) ao ressarcimento integral do dano causado ao erário, no montante de R\$ 10.116,50 (dez mil, cento e dezesseis reais e cinquenta centavos), corrigido monetariamente pelos índices oficiais, a partir do dispêndio indevido, e acrescido de juros de mora, a contar da citação; b) ao pagamento de multa civil no mesmo valor do dano causado ao erário em (R\$ 10.116,50), corrigida monetariamente pelos índices oficiais na forma especificada no item “a”, e acrescida de juros de mora, a contar da citação.

III.2) CONDENAR os réus, ainda, no pagamento das custas processuais, pro rata, tendo em vista que o autor decaiu de parte mínima do pedido, ex-vi do art. 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Sem honorários (Resp n. 493823/DF, rel. Min. Eliana Calmon).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Cumpridas as formalidades legais, ARQUIVEM-SE.

Consternados com o desfecho dado ao caso, os réus interpuseram recurso de apelação (fl. 1.365-1.422), por meio do qual arguiram a preliminar de não aplicação da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos; no mérito, sustentaram a legalidade do material “Balanço Legislativo 2009-2012”, e defendem a inexistência de ato de improbidade administrativa.

Contrarrazões à fl. 1.431-1.446.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Aor Steffens Miranda (fl. 1.451-1.461), pelo desprovimento do recurso.

Este é o relatório.

## VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

Por meio da decisão de primeiro grau, os réus Francisco Valdecir Alves e Carolina Tomaselli foram condenados pela prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, *caput*, da Lei n. 8.429/92, em razão da veiculação e publicação de 10.000 (dez mil) exemplares do livreto intitulado “Balanço Legislativo 2009-2012” (fl. 2-11), da Câmara de Vereadores de Jaraguá do Sul.

Entendeu o juízo singular que tal material perdeu o caráter informativo permitido pelo art. 37, § 1º, da Constituição Federal, e detinha a qualidade de propagador de propaganda políticopartidária.

*Data venia*, discordo de tal posicionamento.

Em regra, demandas desta natureza são promovidas contra os titulares dos poderes executivos, em maior parte no âmbito municipal, o que torna a presente demanda peculiar. Explico: enquanto esse administrador público ocupa posição proeminente, singular, permitindo imediata identificação, pela população, de sua figura e de seus feitos, o parlamentar municipal necessita prestar contas de sua atuação, distinguindo os seus projetos em meio aos outros vereadores; essa circunstância não pode ser olvidada.

Nada obsta, pelo contrário, ao meu sentir, é salutar que o parlamentar mantenha seus eleitores informados, quer seja em relação aos seus contatos como também que preste contas de suas atividades e realizações tanto no parlamento como junto da sociedade.

Dito isso, têm-se que o objeto da demanda, o mencionado livreto de fl. 2-11, mais especificamente à fl. 7v-10, não apontam um, mas 11 (onze) vereadores, dos mais diversos partidos, que prestam contas de suas ações perante o legislativo daquela Municipalidade. Ora, se a prestação de contas da atuação de parlamentar não pode ser efetivada com a identificação de sua figura (pessoa), sob pena de promoção pessoal - com afronta aos princípios basilares da administração pública -, qual a finalidade de cada qual deles, com partidos ideologicamente distintos, serem votados pela população exatamente para que cumpram com os interesses ideológicos de seu eleitorado?; não se deixe em obliúvio que *“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos”* (art. 1º, p. Ú., da CF). Por isso, se vereador “x” faz companhia com promessa de que, se eleito, irá propor a elaboração das leis “a” e “b”, o cidadão precisa saber se a promessa se concretizou.

O inverso também é verdadeiro, posto que no campo das hipóteses, ressaltados entendimentos contrários, se o parlamentar efetua propostas, atua e age contrariamente aos interesses sociais, coletivos, em detrimento ao seu particular interesse, por exemplo, há interesse de que os que pensam de maneira diferente também saibam desta sua atuação.

Não se pode afastar de mente que a linha que separa a violação ao disposto no art. 37 da Constituição Federal e a estrita observância aos princípios da publicidade e eficiência, é bastante tênue e casuística, exigindo acurado esforço intelectual para que, através da prestação da tutela jurisdicional, não se confira espectro de legalidade a um ato que viola a ordem constitucional.

E o debate a respeito do tema mostra-se essencial a tanto.

Sob meu ponto de vista, especificamente no caso presente, não há inadequação fática do documento motivador da demanda ao valioso art. 37 da Constituição Federal. Antes, patenteada está a possibilidade de que, por meio da identificação do parlamentar, a população possa identificar

o seu campo de atuação (princípio da publicidade), valorando o trabalho desenvolvido (princípio da moralidade) e tecendo juízo de valor a respeito (princípio da eficiência), exercendo a cidadania ao acompanhar a atividade do agente político.

Os tempos são outros, as práticas diversas e não se duvida que devemos antes aproximar, construir pontes, conjugando princípios e bases que fortalecem a democracia, a cidadania, o Estado.

Neste sentido, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

No caso, para verificar-se a ocorrência de promoção pessoal há de se indagar sobre o propósito da indigitada publicação. De sua leitura, verifica-se o nítido propósito informativo das realizações da gestão administrativa que se findava. O aproveitamento mediato dos administradores, justamente porque futuro e eventual, é meramente presuntivo, distante da lesividade efetiva (Apelação Cível n. 260.455-1, Rel. Des. José Santana, julgada em 18/12/1996, LEX JTJ 198/22).

Dos arestos do Superior Tribunal de Justiça, afere-se:

LIMITE DA PUBLICIDADE DOS ATOS, PROGRAMAS, OBRAS E SERVIÇOS - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Se na avaliação do conteúdo de matéria publicitária, quando deve-se verificar se a ênfase está posta na obra ou serviço, ou na pessoa que os realizou e não se vislumbra a existência de informes publicitários que extrapolem os limites permitidos pela Constituição, o inquérito deve ser arquivado (Inq. 85-1-BA - Corte Especial - Rel. Min. José de Jesus Filho - DJU 30/08/1993).

Bem como:

“É assente nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.” (AgRg no Resp 1260963/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012, DJe 14/05/2012).

Bastante adequada ao caso em análise:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO DE CAMPINÁPOLIS/MT. ALEGAÇÃO DE PROMOÇÃO PESSOAL INDEVIDA EM JORNAL LOCAL (FOLHA DO ARAGUAIA). ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) NÃO CONFIGURADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9º), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário (art. 10).

[...]

6. Ademais, não houve associação à conduta do recorrente do elemento subjetivo doloso, qual seja, o propósito desonesto, não havendo que se falar, portanto, em cometimento de ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei 8.429/92. Precedentes: Resp. 939.142/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJe 10.04.2008; AgRg no Resp. 1.260.963/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 14.05.2012.

7. Recurso Especial provido, para absolver o recorrente da conduta ímproba que lhe é imputada, a despeito do parecer Ministerial oficial pelo seu desprovimento.” (Resp 1186192/MT, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 12/11/2013, DJe 02/12/2013, grifei).

Contribuído para a solução proposta, a ínclita jurista Maria Sylvania Zanella Di Pietro doutrina que:

O enquadramento na lei de improbidade administrativa exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas

provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins. (in *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 688-689, grifei).

Assim sendo, demonstrado está, que, em verdade e ao meu sentir, o apelado buscou apenas prestar contas a respeito da atuação de todos os vereadores – com ideias e partidos distintos –, quer seja aos seus eleitores como a população de sua região (Jaraguá do Sul).

Não vejo dessarte, a má-fé, a desonestidade. Já me manifestei a respeito de situação similar e fui acompanhado pela maioria:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA JULGADA PROCEDENTE. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ALEGADA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. PRETENDIDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. TESE IMPROFÍCUA. SUBSTRATO DOCUMENTAL EFICIENTE À ADEQUADA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. DESNECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DA INSTRUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ERROR IN PROCEDENDO. UTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DA GRÁFICA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA, POR DEPUTADO ESTADUAL, PARA A IMPRESSÃO DE MALA DIRETA. PROMOÇÃO PESSOAL NÃO TIPIFICADA. DOCUMENTO QUE, ALÉM DE INFORMAR O ELEITORADO ACERCA DA

ATUAÇÃO DO AGENTE POLÍTICO, DIVULGA CANAIS DE ACESSO, FOMENTANDO O DEBATE ACERCA DOS PROJETOS, ESTIMULANDO A FORMULAÇÃO DE CRÍTICAS E VIABILIZA O CONTROLE ACERCA DA ATUAÇÃO DO PARLAMENTAR, CONTRIBUINDO, ASSIM, PARA QUE O EXERCÍCIO DO MANDATO REVERTA EM EFETIVO BENEFÍCIO PARA A POPULAÇÃO. IMPRESSÃO BALIZADA EM NORMATIVO INTERNO DO ÓRGÃO LEGISLATIVO. INEXISTÊNCIA DE ILICITUDE. DOLO INDEMONSTRADO. PROMOÇÃO PESSOAL NÃO DESCORTINADA. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO OBJETIVO NA CONDUTA HAVIDA QUE POSSA REVELAR MAU CARÁTER. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. **“O enquadramento na lei de improbidade administrativa exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto.** A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins”. (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 688-689). (TJSC, Apelação Cível n. 2014.010572-9, da Capital, de minha relatoria, Primeira Câmara de Direito Público, j. 1º.12.2015, grifei).

À vista de tais elementos, entendo que tais informes a respeito de



sua atuação e projetos de uma pluralidade de parlamentares compiladas em um único material impresso, fortalece o ideal democrático, de maneira que não se afere o necessário elemento volitivo capaz de justificar a imposição da penalidade, como também não se evidencia qualquer indício de má-fé por parte dos apelantes em se utilizar de tal material circulante; de maneira alguma vislumbrei comportamento tal que possa revelar mau caráter de toda uma câmara de vereadores.

Dito isso, aponto que a Lei de Improbidade Administrativa pode ser aplicada aos agentes políticos, porém *in casu*, não se vislumbra o elemento volitivo a ensejar a imposição da penalidade nela prevista, razão pela qual voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido Ministerial.

Sem honorários.

Este é o voto.

**Apelação Cível n. 0041391-03.2012.8.24.0023, da Capital**

Relator: Desembargador Artur Jenichen Filho

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR SUBMETIDO AO CONSELHO DISCIPLINAR APÓS A REFORMA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO POR EXCESSO DE PRAZO ATÉ A DECISÃO FINAL. O PRAZO FOI DE DEZENOVE MESES E O PERMITIDO ERA DE QUATRO MESES. SITUAÇÃO COMPLEXA QUE JUSTIFICOU A DEMORA. PLEITO NEGADO. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM* EM RAZÃO DO APELANTE ALÉM DE ESTAR SUBMETIDO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO, TAMBÉM ESTAVA SUBMETIDO À JUSTIÇA MILITAR EM RAZÃO DE SUA ATITUDE SER CONSIDERADA CRIME. TESE RECHAÇADA. A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO NA JUSTIÇA MILITAR NÃO IMPEDE A APURAÇÃO DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS. MÉRITO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS. ILEGALIDADE NÃO VISLUMBRADA. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. ADEMAIS, INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS FIZERAM EXSURGIR EVIDENTE QUEBRA DO COMPROMISSO DE ÉTICA DO APELANTE, QUE DISTRIBUIU INFORMAÇÕES PRIVILEGIADAS A CONTRAVENTOR A FIM DE QUE FOSSE EVITADA “BATIDA” POLICIAL EM SUA CASA DE JOGOS DE AZAR. SANÇÃO ADMINISTRATIVA CORRETAMENTE APLICADA. DEFENSOR NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ESTE QUE DETINHA GRADUAÇÃO SUPERIOR A DO APELANTE. RESPEITO AOS DITAMES DA PORTARIA

N. 009/PMSC/2001 VERIFICADO. AUSÊNCIA DE VÍCIO. PRAÇAS REFORMADAS PODEM SER SUBMETIDAS AO CONSELHO DE DISCIPLINA. EXEGESE DO ART. 49, § 3º, DO ESTATUTO DOS MILITARES DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PRECEDENTES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, O QUAL AFASTA A INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 56 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0041391-03.2012.8.24.0023, da Comarca da Capital 5ª Vara Criminal em que é Apelante Hercílio José Amândio e Apelado Estado de Santa Catarina.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Presidente Hélio do Valle Pereira e Des. Denise de Souza Luiz Francoski.

Florianópolis, 17 de maio de 2018.

Desembargador Artur Jenichen Filho  
Relator

## RELATÓRIO

Hercilio José Amandio ingressou com Ação Declaratória de Nulidade de Ato Administrativo n. 023.12.041391-7, na Vara da Justiça Militar da Comarca da Capital, contra o Estado de Santa Catarina, ambos devidamente qualificados.

À época, alegou que em 18.9.2009, o Comandante Geral da PMSC

expediu a Portaria n. 86/CD/PMSC/2009, na qual submeteu o autor (soldado da polícia militar reformado) ao Conselho de Disciplina para avaliação ético-disciplinar, pois em tese o autor estaria envolvido em negócios ilícitos relativos à casa de jogos de azar.

Os membros do Conselho de Disciplina concluíram pela procedência parcial da peça acusatória o sentido de que: a) embora ciente da exploração de jogos de azar na região de sua atuação, bem como dos pontos de jogos, inviabilizou a realização de operações policiais voltadas ao combate de jogos de azar; b) não efetuou fiscalização dos pontos de jogos dos contraventores, e assim permitiram o livre desenvolvimento de tal atividade; c) orientou os contraventores a respeito de medidas a serem adotadas quanto do curso de alguma ação fiscalizatória; e d) forneceu informações sobre a localização de guarnições policiais militares nas proximidades dos pontos de jogos, e alertou os contraventores acerca das medias de fiscalização.

Afirma o autor que conhece o suposto contraventor “Niltinho” e sua família há mais de dez anos, e que realmente houve encontros tanto no local de trabalho de Nilton quanto na vida social; que grupos de empresários, políticos e muitas autoridades se reuniam na casa do autor e do Nilton – aleatoriamente – para promoverem jogos de carteados, dominó, jantares, inclusive até altas horas da madrugada; que tais encontros não se tratavam de assuntos espúrios – tais como bingo clandestino –, mas de encontro de amigos.

Aduz que como é policial reformado, era responsável pela segurança do local em que se dava o suposto encontro de amigos, e para tanto, contava com a ajuda de policiais, de folga, para complementar a segurança e que os remunerava pelo serviço; que nunca houve qualquer contrato entre Nilton e o autor que pudesse apontar com a necessária certeza quanto à participação em jogo ilegal.

Menciona que os fatos apresentados pela acusação no Conselho

de Disciplina são de datas posteriores à reforma do autor; aponta alguns possíveis vícios procedimentais, que serão oportunamente enfrentados, e pugna pela anulação do ato administrativo cujo um dos efeitos foi a cassação da aposentadoria.

Pleiteou liminarmente a suspensão provisória do ato.

Juntou documentos de fl. 41-482.

Por meio da decisão interlocutória de fl. 483-490, a tutela antecipada foi negada; foi-lhe concedida a gratuidade da justiça.

Contestação à fl. 510-518, por meio da qual foi pleiteada a improcedência da demanda.

Réplica à fl. 528-532.

Manifestação Ministerial à fl. 534, pelo desinteresse no feito.

Sobreveio sentença (fl. 535-557), por meio da qual foi julgado improcedente o feito.

Consternado com o desfecho dado ao caso, o autor interpôs recurso de apelação (fl. 561-585), por meio da qual pugnou pela reforma da sentença.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser (595-597), sem interesse no feito.

Por meio da petição de fl. 599-607, foram juntados os documentos de fl. 608-687, em que alega que houve interceptação telefônica fora do prazo permitido, e que procedida a perícia, não foi possível atestar a integridade de algumas mídias em que foram alocadas os áudios das interceptações telefônicas. Menciona que na esfera criminal o apelante foi inocentado.

Foi determinada a intimação do apelado para se manifestar sobre os documentos novos (fl. 691), e a manifestação aportou às fl. 694-697.

Vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, mister que se conheça do presente recurso.

a) Do cerceamento defesa.

De maneira prolixa, mas dentro do contexto, a parte apelante afirma ter sido violado seu direito ao contraditório e à ampla defesa, o que teria configurado – no seu entender – cerceamento defesa.

Não vislumbro qualquer vilipêndio.

O processo administrativo em que o apelante foi excluído da corporação encontra-se como apêndice a este recurso, e ao compulsá-lo, houve de concordar com o entendimento do juízo singular; isso porque todo o processo transcorreu com a possibilidade de o apelante ter acesso a ele, e na primeira oportunidade, pode se manifestar sobre qualquer questão, como assim o fez.

O Grupo de Câmara de Direito Público desta Corte consolidou o entendimento de que o processo administrativo não necessita de formalismo demasiado.

O apelante se defendeu, provas foram produzidas, manifestações – mesmo que fora da ordem cronológica – foram apostas, de modo que o fim processual foi alcançado.

Nessa senda:

Processo administrativo disciplinar. [...] É cediço que o processo administrativo não requer formalismo exacerbado, adotando-se, atualmente, o entendimento de que ele deve prevalecer quando seja necessário para atender ao interesse público e proteger os direitos dos particulares, aplicando-se o princípio da razoabilidade ou da

proporcionalidade em relação às formas. Inexiste nulidade sem prejuízo. Se é assim no processo penal, com maior razão no âmbito administrativo. A recorrente teve acesso aos autos do processo administrativo disciplinar, amplo conhecimento dos fatos investigados, produziu as provas pertinentes e ofereceu defesa escrita, o que afasta qualquer alegação relativa à ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa. Eventual nulidade no processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, hipótese não configurada na espécie, sendo, pois, aplicável o princípio *pas de nullité sans grief* (STJ, RMS n. 32.849, rel. Min. Herman Benjamin). A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. (TJSC, Mandado de Segurança n. 2009.075158-2, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 28.9.2011, grifei).

Como visto, para que haja o cerceamento de defesa, em detrimento da aplicação do formalismo moderado, deve-se demonstrar cabalmente que a parte apelante suportou prejuízo pela falta de produção de alguma prova, ou qualquer outra circunstância impeditiva à ampla defesa e ao contraditório.

Vale destacar que no âmbito administrativo é possível a recusa de produção de prova caso o conselho disciplinar entenda pela sua desnecessidade ante o que já fora produzido, para bem evitar o tumulto processual.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. [...] POSSIBILIDADE DA RECUSA DA PROVA. DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE ENCONTRA AMPARO NA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL ESPECÍFICA. CIRCUNSTÂNCIA QUE, ALIADA AOS DEMAIS ELEMENTOS CONSTANTES NOS AUTOS, POSSIBILITOU A DECISÃO DA COMISSÃO PROCESSANTE. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. PROCEDIMENTO DEVIDAMENTE SEGUIDO. SEGURANÇA

DENEGADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0300348- 71.2016.8.24.0023, da Capital, Rel. Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. 15.2.2018, grifei).

Dessa forma, se a comissão entendesse que o processo encontrava-se apto para ser julgado, ou que tudo que foi produzido até então encontrava-se de modo satisfatório, pode ela negar a reinquirição do apelante, assim como oitiva de testemunhas novas.

Assim, afasto a alegação de cerceamento de defesa.

b) Do excesso de prazo.

O apelante irressignou-se com o excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo; que se passaram 19 (dezenove) meses até a decisão final, quando prazo previsto pela legislação é de quatro meses, razão pela qual requer seja reconhecida a nulidade do processo administrativo por esse motivo.

Razão não lhe assiste.

Isso porque o processo administrativo disciplinar procurou desvendar a participação do apelante, que estaria em conluio com contraventores que mantinham casas de jogos de azar, cuja parceria entre eles visava evitar que houvesse “batida” policial nos estabelecimentos clandestinos, tudo sob pagamento de propina para o vazamento de informações privilegiadas.

A questão, *en passant*, é complexa e justifica o lapso temporal transcorrido acima do usual; no mais, não houve prejuízo algum à defesa.

Veja-se nesse sentido:

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR  
INSTAURADO CONTRA SERVIDOR MUNICIPAL EM RAZÃO DE  
IMPONTUALIDADE, INASSIDUIDADE E INSUBORDINAÇÃO  
ÀS ORDENS DOS SUPERIORES HIERARQUICOS. PENA DE



EXONERAÇÃO, AO FINAL, APLICADA. EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PAD. CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SI SÓ, NÃO GERA PREJUÍZO - AQUI SEQUER APONTADO - AO SERVIDOR. AUSÊNCIA DE MÁCULA. PRECEDENTE DO STJ. Eventual excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar (PAD) não é causa de nulidade quando não demonstrado prejuízo à defesa do servidor. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE AUXILIAR DE ENFERMAGEM, NO ÂMBITO MUNICIPAL, COM JORNADA DE 40 HORAS SEMANAIS - 8 HORAS DIÁRIAS. SERVIDOR QUE, AO IGNORAR TAL FATO E, APÓS NOTIFICADO E ADVERTIDO, CONTRARIAR ORDENS EXPRESSAS DOS SEUS SUPERIORES HIERÁRQUICOS, CUMPRIA APENAS 6 HORAS DIÁRIAS ININTERRUPTAS. INASSIDUIDADE, IMPONTUALIDADE E INSUBORDINAÇÃO ÀS ORDENS DOS SUPERIORES DEMONSTRADAS. PENA DE EXONERAÇÃO PREVISTA NA BASE NORMATIVA MUNICIPAL. ILEGALIDADE OU ABUSO POR PARTE DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA NÃO VERIFICADAS. ATO ADMINISTRATIVO VÁLIDO. Se o processo administrativo disciplinar tramitou de forma válida, o servidor pôde se defender, de modo que o contraditório foi observado, e os fatos que lhes foram imputados - impontualidade, inassiduidade e insubordinação às ordens dos superiores - estão comprovados pelos inúmeros documentos encartados no PAD e estão legalmente tipificados na Lei Municipal de Regência, cuja pena realmente enseja a exoneração, não se pode falar em nulidade do ato administrativo, pois observados os seus requisitos legais. O Judiciário é competente para analisar a ocorrência de vício de irregularidade formal em procedimento administrativo disciplinar (PAD) para salvaguardar ao servidor a observância dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Não pode, entretanto, reexaminar o mérito da decisão administrativa, pois as razões de conveniência e oportunidade tocam à administração. APELO NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0001781-67.2014.8.24.0052, de Porto Uniao, Rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Segunda Câmara de Direito Público, j. 21.2.2017, grifei).

À vista disso, não há se dar guarida à pretensão do apelante nesse desiderato.

c) Do *bis in idem*.

Afirma o apelante que quando há “concurso entre crime e transgressão disciplinar ‘da mesma natureza’, ou melhor, definidos de forma semelhante, a punição da transgressão fica absorvida pela pena cominada ao crime, competindo à autoridade administrativa militar aguardar o pronunciamento da Justiça para, então, avaliar a questão no âmbito administrativo”. (fl. 573).

Melhor sorte não o socorre.

Isso porque a jurisprudência desta Corte é firme ao reconhecer a separação das esferas administrativa e criminal, de modo que a ocorrência de um não obsta ou tolhe a possibilidade de tramitação do outro.

Nessa senda:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR. CONCOMITÂNCIA DE PROCESSO CRIME. PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA QUE NÃO SE CONFUNDE COM CONDENAÇÃO CRIMINAL. DESRESPEITO À AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOBSERVÂNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“A instauração de processo crime na Justiça Comum para apurar a responsabilidade criminal de policial militar, não impede a apuração de eventual ‘transgressão disciplinar militar’ a preceitos relativos à condição de militar, até porque as responsabilidades administrativa e penal não se confundem. Na espécie, portanto, não há *bis in idem*” (TJSC - MS n.º 00.021593-7, da Capital, Rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento). Em sede de mandado de segurança, onde não se cogita de dilação probatória, a prova pertinente deve aparelhar a própria inicial. (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2006.022707-5, da Capital, Rel. Des. Ricardo Roesler, Segunda Câmara de Direito Público, j. 22.4.2008, grifei).

Dessarte, não antevejo o alegado *bis in idem*, nem o impedimento de processamento concomitante de feitos em ambas as esferas.

d) Do mérito das decisões administrativas.

*Ab initio*, vale destacar que a Lei Estadual n. 6.218/83, a qual dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares, prevê em seu art. 14, § 2º, o seguinte:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional da Polícia Militar. A Autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

[...]

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo policial-militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo. (grifei).

À vista disso, denota-se que a Polícia Militar tem como um dos seus pilares, a disciplina, donde se encontra o dever de se permanecer sempre sob o comando estrito de lei; vale mencionar ainda que o art. 29 da mesma legislação acentua que também é dever do policial militar a conduta moral e profissional irrepreensível, inclusive fora do serviço ou na inatividade, conforme dita o inciso XVI, ou seja, sua atuação na corporação, na vida pessoal e social deve ser esmerada, invulnerável, virtuosa e exemplar. Não por menos, é o que naturalmente se espera daquele combate a violência, o crime, e que deve garantir a ordem pública.

É da jurisprudência dessa Corte que “*o policial militar deve ter conduta moral e profissional irrepreensíveis e, quando deixar de observar os preceitos disciplinares e éticos da corporação militar, estará sujeito às sanções disciplinares previstas em lei*”. (TJSC, AC n. 2013.010749-0, Rel. Des. Jaime Ramos, j. 26.3.15).

A decisão pela sua exclusão da corporação militar, à fl. 440 (anexo), se deu sob o fundamento “*a bem da disciplina*”, “*por estar cristalina sua conduta díspar em relação aos preceitos estatutários da Polícia Militar*”; como fundamento legal, citaram-se os arts. 29, 32, 33 e 34 daquela lei, ou seja, comportamento anti-ético, não cumprimento dos deveres policiais-militares, e da quebra do compromisso policial-militar.

Esse foi o mérito da decisão administrativa: o Conselho de Disciplina entendeu – diante das provas coligidas, e respeitados o contraditório e a ampla defesa – que o apelante foi antiético, e por isso não comporta a corporação.

É de sabença que o Poder Judiciário – em razão do princípio da separação dos poderes – apenas interferirá nas decisões emanadas da Administração Pública se houver qualquer ilegalidade.

Como se viu em tópico anterior, os princípios da ampla defesa e contraditório foram respeitados, houve fundamentação fática e legal, e por isso, em tese, há se respeitar a discricionariedade da Administração Pública ao bem avaliar a situação de seu servidor.

Nessa senda:

ACÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO. POLICIAL MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE DISCIPLINA. APLICAÇÃO DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR. EXCLUSÃO. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS RESPEITADOS. SALVO EM CASOS DE IRREGULARIDADES, NÃO DEVE O PODER JUDICIÁRIO APRECIAR O MÉRITO ADMINISTRATIVO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “Demonstrada *quantum satis* a regularidade formal do procedimento administrativo disciplinar que ensejou a demissão de policial militar, principalmente se atendidos os princípios da ampla defesa e do contraditório, não cabe ao Poder Judiciário ingressar na análise meritual afeta à discricionariedade do ato, sobretudo quando do seu exercício não se vislumbra ilegalidade ou afronta aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.” (Apelação Cível n. 2005.033728-7,

da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 29.11.2005) Não se pode perder de vista, ainda, que a hierarquia e a disciplina, fundamentos vetores das instituições militares, impõem maior rigor na análise de razoabilidade e proporcionalidade. É impossível comparar os atos punitivos impingidos ao servidor civil com aqueles a que está submetido o militar. Com efeito, “os princípios que regem a vida militar (decoro e ética) irradiam sua aplicação tanto no âmbito da corporação, como fora dela. Portanto, se entendeu a autoridade superior que as condutas praticadas pelo recorrente eram imorais ou ilegais, ainda que realizadas em órgão diverso daquele a que pertencia o impetrante, não há ilegalidade neste julgamento, tampouco, como já referido, pode ser revista a sua conclusão, sob pena de se incursionar na discricionariedade administrativa” (STJ, RMS 15.037, Min. Maria Thereza de Assis Moura). (TJSC, Apelação Cível n. 2012.038879-8, Rel. Des. Júlio César Knoll, j. 8.3.2016, grifei).

*Ad argumentandum tantum*, e por preciosismo, vale ressaltar que pode este juízo *ad quem* ponderar sobre a razoabilidade e a proporcionalidade do ato administrativo, pois “os critérios de conveniência e oportunidade observados pelo administrador fogem ao controle judicial do ato administrativo, salvo quando configurarse abuso de poder, desvio de finalidade ou ilegalidade”. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.074188-4, da Capital, Rel. Des. Vanderlei Romer, j. 1.3.2011).

Na mesma linha são os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Donde, se padecer deste feito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado.

[...]

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o ‘mérito’ do ato administrativo, isto é,

o campo de ‘liberdade’ conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita ‘liberdade’ é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarazoadada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos. (Curso de direito administrativo. 21.ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p.106, grifei).

O Conselho Disciplinar colocou em pauta a análise de um possível envolvimento do apelante com criminosos na região da Grande Florianópolis e Itapema; houve perquirição para se saber se as suspeitas de que o apelante estaria a ajudar contraventores que mantinham casas de jogos de azar (bingos e jogos eletrônicos de azar) a não passarem por “batida” policial, e com isso, estaria a contribuir com a execução dessa atividade ilegal com ajuda de outros policiais militares e sob pagamento de propina.

Antes de mais nada é indispensável que fique claro que o Conselho Disciplinar deveria decidir se a atitude do apelante, se comprovada, feriu os princípios éticos da corporação em que está inserido, para então dela ele ser excluído.

Em seu interrogatório (fl. 68 – anexo), o apelante afirmou conhecer “Niltinho” há 20 (vinte) anos, homem que era proprietário de casas de jogos de azar; na sua peça póstica (fl. 8), afirmou que “grupo de pessoas formados por empresários, políticos, e muitas autoridades se reuniam em suas casas, aleatoriamente (na sua ou na de Nilton), para promoverem jogos de carteados” e que “o autor era convidado para tal atividade de segurança”, e que todas as conversas telefônicas se tratavam dessas situações, e que foram mal interpretadas pelo Conselho de Disciplina.

Contudo, as interceptações telefônicas não apontam nesse sentido.

Há se mencionar que à fl. 599-687, o apelante trouxe informações de que algumas interceptações foram feitas fora do prazo concedido

judicialmente, contudo, da lista que apresentou, citarei as que estavam dentro desse prazo, ou seja, as que foram provas lícitas e que também foram levadas em consideração pelo Conselho de Disciplina.

À fl. 212-213 (anexo), há gravação de conversas entre Nilton e o apelante que assim se sucedeu:

Nilton: Ela nunca ta quando a casa cai...; quando a casa cai!

Apelante: Oi!

[...]

Nilton: Quem tá na área lá?

Apelante: Jardim dos Lordes? Ali, ali, ali, ali é..., ali é Fazenda.

Nilton: Ah, deve ser o Bento, né?

Apelante: É!

Nilton: É bucha né?

Apelante: Ali é, que... Que, que, deu?

Nilton: Não porque, parece que querem levar lá as..., as garrafas dele lá.

Apelante: Uh! Aí é foda! Lá é Foda!

[...]

Nilton: E será quem tá lá, não é, não é um homem teu?

Apelante: Não; ali não; ali; que o pessoal dele lá é meio, meio caxiã!

Desse excerto de diálogo, infere-se que a conversa não se trata de algo irrelevante; Nilton explora os privilégios do apelante para saber se alguma coisa era segura ou não, e se o apelante tinha contatos naquela área, pelo que ele respondeu que não. O apelante afirmou que quem cuidava daquela área era caxias, ou seja, expressão que se refere a uma pessoa honesta que não toleraria algo de errado e que era pretendido por

Nilton. Veja-se do diálogo que se algum dos “homens” fosse do apelante (da sua rede de contatos), haveria chance de que tudo se resolvesse, porém assim não ocorreu.

À fl. 214 (anexo), os diálogos entre Nilton e o apelante tratam claramente do Batalhão em que o apelante estava lotado (7º Batalhão), e que alguma coisa parecia ter fugido do controle do apelante, veja-se:

Nilton: Olha só... Um cara veio me dar um toque....

Apelante: Ham!

Nilton: Fica ligado aí; hoje ou amanhã lá; com o sétimo lá que...; estão em cima lá; vão fazer alguma coisa lá!

Apelante: Negativo! Não falaram nada!

Nilton: É mentira?

Apelante: É; não falaram nada pra mim! História! Quem foi que falou pra ti?

Nilton: Não; o cara veio e me deu uma soprada; entendesse!

[...]

Apelante: Se sair alguma coisa ai, eles ligam; não, não esquenta a cabeça!

Nilton: Mas, é bom tu dá um toquezinho para eles lá!

Apelante: Não; eu; eu já vou ligar! Já vou ligar!

Nilton: Liga lá e pergunta se ta tudo tranquilo! Não; não; tá! Tá; então tá! Então vou...; aí a gente dá uma suspendida. (grifei).

Percebe-se claramente que o apelante está a passar informação privilegiada sobre alguma operação a ser realizada pelo sétimo batalhão; que o apelante ficou de confirmar a veracidade de tal operação, caso em que o Sr. Nilton suspenderia algo, que no contexto da trama, seria o funcionamento da casa de jogo de azar.

À fl. 219 (anexo) há uma conversa entre o apelante e o Sd Passos,



que complementa a compreensão do contexto em que o apelante está inserido:

Sd Passos: Precisava gente pra dá um apoio aqui! É aí a hora que o pessoal tava vindo dá apoio, disseram que encontraram o BOPE na esquina do Falcão Escapamento com um cara abordado. Até pensei que tivesse sido na casa; Tá ligado!

[...]

Sd Passos: Mas, assim, se o gurizão tiver ali; fica ligado; não deixa ninguém comunicar no, no rádio; desliga esses HT's de vocês aí; que eles já estão ligado que tem parada de comunicação por rádio aí!

Apelante: Não, tô ligado.

Sd Passos: Não deixa ninguém; nenhum cliente sair; qualquer coisa sai, faz um rec;

Apelante: hum, hum.

Sd Passos: Antes de liberar qualquer cliente, entendeu? (grifei)

Percebe-se claramente que as alegações iniciais do apelante de que estaria a utilizar o seu telefone para promover “carteado” com amigos importantes não encontra qualquer amparo nas escutas telefônicas degravadas. Ainda que se possa conjecturar que ninguém mencionou “jogo de azar”, “bingo” e congêneres (por questões, ao meu sentir, óbvias), ao meu ver, é claro uma coisa: o apelante está a passar informações privilegiadas para evitar que algo “de errado” não seja descoberto.

À vista disso, hei de concordar tanto com a linha de raciocínio do Conselho Disciplinar quanto com a do juízo singular de que a atitude do apelante vilipendiou o código de ética, e que seria demasiadamente forçoso admitir a inocência do apelante em relação ao que este havia feito (atitude anti-ética). Por isso, bem aplicada foi a exclusão dele a bem da disciplina.

Logo, a decisão administrativo foi razoável e proporcional.

e) Do defensor no processo administrativo.

Requer o apelante a anulação do processo administrativo, uma vez que seu defensor era um praça da PM e não um advogado ou oficial.

Razão não lhe assiste.

Isso porque o art. 24 da Portaria n. 009/PMSC/2001, o qual regula o processo administrativo disciplinar - PAD na Polícia Militar de Santa Catarina, em seus parágrafos, expressa que ao acusado será nomeado defensor e, se não o quiser, poderá constituí-lo; que o defensor policial-militar – preferencialmente, e não obrigatoriamente – deposto ou graduação superior ao acusado ou mais antigo. O defensor do apelante, como se vê à fl. 69 (anexo), tem graduação superior a dele, pois era – à época – 1º Sargento.

Há se destacar o parágrafo 5º do mencionado artigo, o qual expressa que se o acusado quiser promover a sua própria defesa, a presença do defensor é dispensada.

Ademais, não é mencionado na citada portaria que o defensor deva ser advogado; logo, afasto tal nulidade.

f) Da reforma do apelante.

O apelante diz que por ser reformado na época em que figurou no processo administrativo, não estaria sujeito ao Conselho de Disciplina.

Razão não lhe assiste.

O Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que em *“havendo expressa previsão na legislação quanto à possibilidade de aplicação de sanção disciplinar aos militares reformados, é de ser afastada a incidência da Súmula n.º 56 do Supremo Tribunal Federal”*. (REsp n. 1121791 / RJ, Rel. Mina. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 4.10.2011).

O parágrafo 3º do art. 49 do Estatuto dos Militares Catarinenses

reza que *“as praças reformadas e da reserva remunerada também podem ser submetidas à Conselho de Disciplina”*.

Dessa forma, não vejo óbice a tal submissão.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

**Apelação Cível n. 0000868-03.2011.8.24.0081, de Xaxim**

Relator: Desembargador Hélio do Valle Pereira

ACIDENTE DO TRABALHO – INCAPACIDADE PARA ATIVIDADE HABITUAL – CONDIÇÕES PESSOAIS DO SEGURADO – APOSENTADORIA POR INVALIDEZ BEM IMPLEMENTADA.

A aposentadoria por invalidez acidentária depende da ocorrência de infortúnio (ou fato equiparável) que incapacite o segurado e o impeça de desempenhar a atividade laboral. O assunto não é apenas médico (limitando-se a medir as condições físicas); pesa-se o contexto social (p.ex., idade, grau de escolaridade, experiência profissional), avaliando-se se concretamente é plausível que o trabalhador consiga novo emprego.

Na espécie, o laudo pericial foi categórico ao reconhecer que o autor estava incapacitado para o trabalho como pedreiro em razão da lesão no ombro. É certo que não descartou a viabilidade de que voltasse a exercer ofício manual ou intelectual, mas a idade avançada e o histórico laboral do autor justificam a inativação.

TERMO INICIAL – CESSAÇÃO DO ÚLTIMO AUXÍLIO-DOENÇA.

A perícia não conseguiu fixar a data provável do início da incapacidade do autor, mas não afastou a relação de causalidade com o acidente de trabalho, sofrido em 2010. Essa perspectiva foi reforçada pelo depoimento das testemunhas, inexistindo prova documental que aponte que a incapacidade remonte ao período subsequente ao término do primeiro auxílio-doença.

JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA – AÇÃO ACIDENTÁRIA – TEMAS 810 DO STF E 905 DO STJ – ATUALIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO DA CÂMARA.

Conjugados os Temas 810 do STF e 905 do STJ, nas ações previdenciárias a correção monetária segue o INPC a contar da vigência da Lei 11.430/2006, sendo os juros devidos na razão de 1% ao mês (art. 3º do Decreto-lei 2.322/87 por analogia).

Desde a Lei 11.960/2009, os moratórios são alterados para o previsto no art. 1º-F da Lei 9.494/97 (critério de incremento das cadernetas de poupança: Tema 810 do STF), sem prejuízo da incidência do INPC (Tema 905 do STJ).

Recurso do autor desprovido; remessa e apelo da autarquia parcialmente providos, readequando-se os juros de mora.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000868-03.2011.8.24.0081, da comarca de Xaxim – 2ª Vara em que são apelantes e apelados o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Leodir Toniazzo.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer da remessa e dos recursos para (a) negar provimento ao apelo do autor e (b) dar provimento em parte à remessa e ao recurso do INSS, apenas para readequar os juros moratórios. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Artur Jenichen Filho e Wilson Fontana.

Florianópolis, 26 de julho de 2018.

Desembargador Hélio do Valle Pereira  
Relator

## RELATÓRIO

A ação acidentária proposta por Leonir Toniazzo teve o pedido julgado procedente, sendo-lhe reconhecido o direito à aposentadoria por

invalidez.

Vêm dois recursos.

O primeiro é o do INSS, no qual se volta contra questão específica: criticou a aplicação de juros de 1% ao mês e a correção pelo INPC por entender incidentes as disposições da Lei 11.960/2006 (juros da caderneta de poupança e correção monetária pela TR).

Já o acionante, em seu apelo, defende que a aposentadoria deve ser implementada desde a data em que cessado o primeiro auxílio-doença, em dezembro de 2006. Nesse sentido, sustenta que há prova documental de que a incapacidade estava instalada desde àquela época. Reforça, ainda, que a retroação é permitida em casos em que houve pedido administrativo anterior.

Vieram contrarrazões apenas do INSS.

A Procuradoria-Geral de Justiça não manifestou interesse no feito.

## VOTO

1. O demandante teve deferido administrativamente o auxílio-doença em duas oportunidades: de agosto a dezembro de 2006 (fls. 18) e de julho de 2010 a janeiro de 2011 (fls. 17). Postula, por conta disso, que a aposentadoria retroaja à data de suspensão do primeiro benefício – quando já estaria instalada a incapacidade.

Pelo que se nota, porém, a razão para cada um dos afastamentos decorreu de situações diversas.

O perito, confirmando o quadro de incapacidade, disse não ser possível precisar seu início, tendo em vista que “aconteceram dois acidentes com datas diferentes e pelo mecanismo do trauma, ambos puderam ter comprometido a musculatura do ombro que é a patologia que incapacita

de forma total temporária uniprofissional o paciente”. Sustentou, na sequência, que o problema na mão, segundo o próprio segurado, decorreu “do acidente de trabalho”; depois, classificou a lesão no ombro como temporária e não consolidada, recomendando tratamento cirúrgico.

Em seus achados, constou o seguinte diagnóstico (fls. 151):

Paciente tem:

- Lesão do flexor profundo do anular direito mais uma lesão do nervo colateral radial do anular direito ao nível da zona de três de verdan, de tratamento cirúrgico, disponível pelo SUS, que favoreceria para melhor força na apreensão (mão fechada).

- Ruptura do supra espinoso e subescapular crônica com retração de coto tendíneo de tratamento cirúrgico, disponível pelo SUS. O tempo de recuperação aproximado é de seis meses após tratamento cirúrgico e o resultado depende do tamanho da lesão, número de tendões envolvidos e tempo em que se realiza o reparo, esta lesão é incapacitante em forma total e temporária para o ofício de pedreiro.

- Uma lombalgia crônica secundária a uma osteo-artrose L5-S1, e uma fratura consolidada sem repercussão na estabilidade de L4, de tratamento conservador com fisioterapias, analgésicos e anti-inflamatórios, disponível pelo SUS.

2. A partir disso, estimo que seja o caso de se manter o termo inicial fixado na sentença, desde o segundo auxílio-doença (janeiro de 2011 – fls. 17).

Isso se deve porque, como dito, o autor permaneceu sob a proteção acidentária por duas circunstâncias diferentes. Conforme a perícia administrativa, recebeu o primeiro auxílio-doença em razão de “hérnia inguinal”, quando foi submetido à cirurgia para correção do problema e liberado devido à recuperação (fls. 109).

Depois, ao que se infere, a autarquia – reconhecendo que o segurado ainda estava sob a proteção do período de graça –, concedeu novo auxílio-doença acidentário, mas em decorrência de acidente de trabalho que lhe ocasionou fratura na coluna lombar e pélvica (fls. 110).

Mesmo que o *expert* tenha fixado que a incapacidade é fruto da lesão no ombro, não descartou que a causa ou o agravamento tenham sido decorrentes do acidente noticiado, ocorrido em 2010.

Essa perspectiva, aliás, foi reforçada pela prova oral, haja vista que três testemunhas (Admir, Ivanilso e Izeldo) confirmaram não só a natureza acidentária do referido evento, mas duas delas ainda denotaram que o autor ficou impossibilitado de retornar ao trabalho desde então.

Desse modo, não vejo como possam prevalecer os exames médicos particulares mencionados pelo demandante (fls. 251-255). Apenas um deles contempla o lapso entre um e outro auxílio-doença, mas, por outro lado, nenhum se refere à lesão no ombro propriamente dita – motivo da incapacidade – já que são todos voltados à análise do problema lombar.

Ademais, ainda que haja menção de um acidente anterior – ocorrido em 2002 – inexistente prova mais robusta de que a redução da aptidão laboral tenha iniciado naquela data, mesmo porque, ao que consta, o autor retornou ao trabalho e só veio a ser beneficiado em 2006, mas por fato gerador diverso.

**3.** Outrossim, tenho que a aposentadoria por invalidez concedida ao autor se justifica, pois constatado que a lesão no ombro impede o desempenho das atividades concernentes a sua profissão habitual (como pedreiro).

Mesmo que o perito tenha acenado para a viabilidade de o acioante desempenhar atividades que não exijam o esforço do membro afetado, a idade avançada (nascido em 1950, hoje conta com 68 anos de idade) e o histórico laboral em atividades eminentemente braçais, são evidentes



obstáculos para a reinserção ao mercado de trabalho.

O TRF-4, aliás, tem precedente no mesmo sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE PERMANENTE. CONDIÇÕES PESSOAIS DO SEGURADO.

A circunstância de ter o laudo pericial registrado a possibilidade, em tese, de serem desempenhadas pelo segurado funções laborativas que não exijam esforço físico não constitui óbice ao reconhecimento do direito ao benefício de aposentadoria por invalidez quando, por suas condições pessoais, aferidas no caso concreto, em especial a idade e a formação acadêmico-profissional, restar evidente a impossibilidade de reabilitação para atividades que dispensem o uso de força física, como as de natureza burocrática.

(TRF4, AC 5058321-71.2017.4.04.9999, Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Federal Taís Schilling Ferraz)

Em sendo assim, há de ser confirmada a sentença quanto à implementação da aposentadoria por invalidez a partir do termo lá fixado, isto é, janeiro de 2011, quando findo o último auxílio-doença.

#### 4. Resta analisar o apelo do INSS.

O órgão ancilar defende que a sentença foi equivocada ao aplicar, a partir de 2006, o INPC como índice de correção monetária, prevendo ainda juros de mora de 1%. O correto, a seu ver, era seguir integralmente os parâmetros fixados pelo art. 1º-F, da Lei 9.494/1997 (na redação dada pela Lei 11.960/2009).

Esta Câmara, porém, aderindo a novo entendimento, fixou que nas condenações impostas à Fazenda Pública, provenientes de ações previdenciárias, continua aplicável o INPC, a partir da vigência da Lei 11.430/2006 (que acrescentou o art. 41-A à Lei 8.213/1991), sendo que

os juros moratórios – a contar da citação – seguem os termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/09. Trata-se da conjugação dos Temas 810 do STF e 905 do STJ.

Desse modo, a sentença merece essa pontual reforma, acolhendo-se parcialmente a postulação da autarquia, mas apenas para readequar os juros moratórios.

**5.** Assim, conheço da remessa e dos recursos para (a) negar provimento ao apelo do autor e (b) dar provimento em parte à remessa e ao recurso do INSS, apenas para readequar os juros moratórios.

É o voto.

**SEÇÃO CRIMINAL**

**Incidente de Assunção de Competência n. 0000190  
27.2017.8.24.0000/50000, Criciúma**

Relator: Desembargador Jorge Schaefer Martins

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. IAC. ADMISSIBILIDADE. MULTIPLICIDADE DE PROCESSOS NO ÂMBITO DESTA CORTE, TENDO COMO OBJETO IDÊNTICA QUESTÃO DE DIREITO. CUMPRIMENTO DO DEVER DE MANUTENÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA ESTÁVEL, ÍNTEGRA E COERENTE (ART. 926, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. RÉU DENUNCIADO POR CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO (ART. 233 DO CP). MAGISTRADA DA 2ª VARA CRIMINAL DE CRICIÚMA (JUÍZO SUSCITADO) QUE DETERMINA A REDISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS À VARA CRIMINAL DA MESMA COMARCA, EM FACE DA NECESSÁRIA CITAÇÃO EDITALÍCIA. ACUSADO QUE SE ENCONTRA EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. INVIABILIDADE. ART. 3º, I, E ART. 6º, AMBOS DA RESOLUÇÃO N. 13/2011-TJ. CONFLITO ARGUIDO PELA 1ª VARA CRIMINAL (SUSCITANTE). COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA 2ª VARA CRIMINAL DE CRICIÚMA PARA PROCESSAR E JULGAR CRIME COMUM E CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. CONFLITO PROCEDENTE.

Em tendo sido verificada a necessidade de citação por edital, no âmbito do juizado especial criminal e, sendo a mesma Vara Criminal competente para processar e julgar crime de natureza comum, conforme Resolução n. 13/2011-TJ, não há falar em necessidade de redistribuição do feito para outra Vara Criminal que possui competência concorrente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Assunção de Competência n. 0000190-27.2017.8.24.0000/50000, da comarca de Criciúma 1ª Vara Criminal em que é Suscitante(s) o juízo da primeira vara criminal da comarca de Criciúma, e suscitado o juízo da segunda vara criminal da mesma comarca.

A Seção Criminal decidiu, por unanimidade, admitir o Incidente de Assunção de Competência - IAC e, por maioria de votos, fixar a tese jurídica, nos termos do § 3º do art. 947 do CPC, e julgar procedente o Conflito de Jurisdição n. 0000190-27.2017.8.24.0000, para, após a redistribuição por vinculação em razão da prevenção, observada a devida compensação, declarar competente o Juízo da 2ª Vara Criminal de Criciúma para instrução e processamento do feito, com a devida remessa dos autos. Vencidos os Desembargadores Sérgio Rizelo, Ernani Gütten de Almeida, Leopoldo Augusto Brüggemann, Sidney Eloy Dalabrida e Salete Silva Sommariva. Sem custas. Custas legais.

O julgamento realizado no dia 23 de maio de 2018, foi presidido pelo Desembargador Alexandre d'Ivanenko, e dele participaram Desembargador Jorge Schaefer Martins, Desembargador Carlos Alberto Civinski, Desembargador Sérgio Rizelo, Desembargador Ernani Gütten de Almeida, Desembargador José Everaldo Silva, Desembargador Volnei Celso Tomazini, Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann, Desembargador Luiz Cesar Schweitzer, Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza, Desembargador Norival Acácio Engel, Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo, Desembargador Sidney Eloy Dalabrida, Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva e Desembargadora Salete Silva Sommariva.

Florianópolis, 30 de maio de 2018

Desembargador Jorge Schaefer Martins  
RELATOR

## RELATÓRIO

O Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, nos autos n. 0003176.25.2016.8.24.0020, suscitou conflito negativo de jurisdição em face do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da mesma comarca, em face da necessidade de se citar por editar o acusado, alegando, para tanto, ser incompetente o Juizado Especial Criminal.

Narrou que, “a 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma **não é um verdadeiro Juizado Especial Criminal** como se argumenta, mas sim uma Vara Criminal **normal** a qual coube, na divisão, a competência exclusiva para crimes de menor potencial ofensivo”; portanto, em face de ser competência comum e concorrente de ambas as “unidades, a redistribuição ignora as regras basilares da prevenção”, conforme Resolução n. 13/2011: “[...] Art. 3º *Compete privativamente ao Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma: I - processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo (arts. 60 e 61 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995)*”. Argumentou que, a 2ª Vara Criminal de Criciúma continua competente para processamento e julgamento do presente feito, ainda que tenha o processo tramitado inicialmente no rito sumaríssimo perante o Juizado Especial Criminal, uma vez que “*nos casos de ações penais que não sejam de competência privativa, esta será **concorrente** entre as duas unidades jurisdicionais, conforme previsto no art. 6º da citada Resolução*”. Assim, o suscitante alega ser a 2ª Vara Criminal competente tanto para julgar “crimes de menor potencial ofensivo” quanto para “crimes comuns” (fls. 41-48).

Processado o incidente, os autos ascenderam à esta Corte.

Instada, a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer de lavra do Dr. Paulo Antônio Gunther, opinou pela improcedência do conflito, declarando-se competente o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma.

## VOTO

Inicialmente, verifica-se a admissibilidade do presente Incidente de Assunção, diante do enfrentamento de *relevante questão de direito, com grande repercussão social* (art. 927, CPC) de evidente interesse público.

Nos termos do já decidido por esta Seção Criminal, à luz do atual CPC, em que se verificou a necessidade de fixação de tese jurídica, a fim de solucionar multiplicidade de casos semelhantes, conforme Incidente de Assunção de Competência n. 0001136- 96.2017.8.24.0000/50000 e Conflito de Jurisdição n. 0001136- 96.2017.8.24.0000, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, cuja ementa é a que segue:

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. PLURALIDADE DE PROCESSOS NESTA CORTE TENDO COMO OBJETO A MESMA QUESTÃO DE DIREITO. CUMPRIMENTO DO DEVER DE MANUTENÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA ESTÁVEL, ÍNTEGRA E COERENTE (ART. 926, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90). RÉUS SÓCIOS DE PESSOA JURÍDICA COM DIVERSAS FILIAIS PELO ESTADO. DEMANDAS DEFLAGRADAS EM COMARCAS DISTINTAS. CONDUTAS AUTÔNOMAS. INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO. REGRA DA CONTINUIDADE DELITIVA QUE PODERÁ SER APLICADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. “A prática de condutas tipificadas como crimes contra a ordem tributária, quando ocorridas em comarcas diversas e com diferentes fatos geradores, cujo ponto convergente é a identidade de agentes – sócios de pessoa jurídica com diversas filiais pelo Estado –, não atrai a unificação de processos, sendo competente para o processamento e julgamento o juízo do local de cada uma das infrações, ressalvada a apreciação de eventual situação de continuidade delitiva no âmbito da execução penal”. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CONDUTAS PRATICADAS EM COMARCAS

DISTINTAS. AUSÊNCIA DE CONEXÃO INSTRUMENTAL OU INTERSUBJETIVA ENTRE AS INFRAÇÕES PENAIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE CADA UMA DAS FILIAIS DA SOCIEDADE COMERCIAL. APLICAÇÃO DA TESE JURÍDICA. CONFLITO PROCEDENTE.

Do corpo do voto, extrai-se:

VOTO DO INCIDENTE 1 - ADMISSIBILIDADE

Com o novo diploma processual civil (Lein. 13.105/2015), aplicável por analogia ao Processo Penal (art. 3º do CPP), instituíram-se novos institutos vocacionados a formação de precedentes vinculantes, a fim de evitar a divergência jurisprudencial no tratamento de questões similares, ressalvada a possibilidade do julgador, no caso concreto, realizar o *distinguishing*. Dentre eles, firme no propósito de atender a aspiração da nova normatização no sentido da uniformização da sua jurisprudência, a ser mantida estável, íntegra e coerente, destaca-se o Incidente de Assunção de Competência (IAC), admissível para o julgamento de processos de competência originária que envolvam questão relevante de direito com grande repercussão social, e sem repetição em múltiplos processos (art. 947, caput, do Código de Processo Civil). Importante sublinhar que o instituto também é aplicável quando “ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal” (art. 947, § 4º, do Código de Processo Civil), ocorre no caso em tela, em que há demandas debatendo a mesma questão de direito, tramitando em órgãos fracionários distintos desta Corte de Justiça. A situação trazida pelo referido parágrafo é “mais uma hipótese de cabimento do incidente ao prever a assunção de competência quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil: volume único. 8. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2016. p. 1344) (grifo nosso). Trata-se de mecanismo que integra o microsistema de formação de precedentes obrigatórios, visando a uniformização de jurisprudência – seja para prevenção

ou composição de divergência. Assim, fixada a tese jurídica, é possível, por exemplo, a concessão de tutela de evidência, ou até mesmo a propositura de reclamação constitucional. Na hipótese, consta dos autos n. 0900012- 10.2017.8.24.0079, cuja competência para processamento e julgamento é objeto do conflito de jurisdição n. 0001136- 96.2017.8.24.0000, que Ademir Paulo Bebber, Dalva Terezinha Bebber e Daice Terezinha Gavazzoni, sóciosadministradores da empresa Bebber Comércio de Móveis e Eletrodomésticos LTDA, foram denunciados pela suposta prática de crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/90, em continuidade delitiva (art. 71 do CP). E, conforme já mencionado no acórdão proferido pela 4ª Câmara Criminal, em consulta ao Sistema de Automação Judiciário – SAJ é possível aferir que tramitam perante este Tribunal de Justiça as seguintes demandas, nas quais é debatida a mesma matéria, qual seja, a definição do juízo competente para o julgamento de crimes contra a ordem tributária, supostamente cometidos pelos mesmos sócios de pessoa jurídica com diversas filiais pelo Estado: - Conflito de Jurisdição n. 00001136-96.2017.8.24.0000 (4ª Câmara Criminal); - Conflito de Jurisdição n. 0001496-31.2017.8.24.0000 (3ª Câmara Criminal); - Habeas Corpus n. 4010927-21.2017.8.24.00 (4ª Câmara Criminal); - Habeas Corpus n. 4017866-17.2017.8.24.0000 (4ª Câmara Criminal); - Habeas Corpus n. 4017981-38.2017.8.24.0000 (1ª Câmara Criminal); - Habeas Corpus n. 4019527-31.2017.8.24.0000 (5ª Câmara Criminal). Admitido o incidente, portanto, o entendimento formado pelo órgão colegiado competente, que no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é a Seção Criminal, a teor do art. 6º, I, do ato regimental TJ n. 54, de 6 de setembro de 2017, terá força vinculante sobre juízes e órgãos fracionários (arts. 947, § 3º e 988, IV, ambos do CPC), garantindo isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados. Entendimento diverso poderia causar efeitos deletérios, pois possibilitaria que fossem proferidas decisões não uniformes, a causar a reunião de alguns feitos, e a separação de outros, conturbando a instrução processual e o julgamento. Logo, a admissão do incidente se impõe.



Assim, consoante acima transcrito, *o entendimento formado pelo órgão colegiado competente, que no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é a Seção Criminal, a teor do art. 6º, I, do ato regimental TJ n. 154, de 6 de setembro de 2017, terá força vinculante sobre juízes e órgãos fracionários (arts. 947, § 3º e 988, IV, ambos do CPC), garantindo isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados.*

Portanto, a admissão do incidente é medida impositiva.

Quanto à questão de fundo, é de se dizer que o conflito merece ser acolhido.

Com efeito, da análise do feito, constatou-se que se trata de infração de menor potencial ofensivo (art. 233 do CP), o que determina que o processamento do feito deva ocorrer, em princípio, no âmbito do Juizado Especial Criminal, competente para tanto a 2º Vara Criminal de Criciúma.

Desta feita, a tentativa de citação do acusado restou frustrada, pois não foi possível “localizar a residência, uma vez que não avistei o n. 1220 na rua referida no mandado” (fl. 22), concluindo-se estar o acusado em local incerto e não sabido, fato corroborado pelo Ministério Público, o qual informou que *“Em atenção à decisão de páginas 30/32, informo que foram consultados os sistemas informatizados acessíveis ao Ministério Público, sem êxito na localização do endereço atualizado do denunciado”* (fl. 36).

Em razão disso, a Juíza da 2º Vara Criminal da comarca de Criciúma (Juízo suscitado) – competente para julgar ações do Juizado Especial/Rito sumaríssimo (art. 3 da resolução n. 13/2011) - remeteu os autos a 1º Vara Criminal da mesma comarca (Juízo suscitante) – para que fosse realizada a citação editalícia - não permitida no rito sumaríssimo – (art. 66 da Lei 9.099/1995).

Entretanto, a 1º Vara Criminal instaurou o presente conflito de

competência, ao argumento de ser a 2ª Vara Criminal competente tanto para julgar “crimes de menor potencial ofensivo” quanto para julgar “crimes comuns” *verbis* (fls. 41-48):

Trata-se de feito encaminhado pelo Juízo da 2ª Vara Criminal desta Comarca em razão da incompetência do “Juizado Especial Criminal” para processar e julgar o presente feito em razão da necessidade de citar o acusado por edital.

No entanto, tal medida não parece ser o caminho certo a seguir e por mais de um motivo.

A uma, a 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma não é um verdadeiro Juizado Especial Criminal como se argumenta mas sim uma vara criminal normal a qual coube, na divisão, a competência exclusiva para crimes de menor potencial ofensivo.

A duas, diante da competência comum concorrente de ambas as Unidades, a redistribuição ignora as regras basilares da prevenção.

A três, a redistribuição é uma falácia, uma vez que todos os feitos “redistribuídos” são automaticamente direcionados a esta Unidade, não havendo qualquer distribuição igualitária ou mesmo compensação.

Sobre o primeiro dos argumentos, cumpre ressaltar acerca da distribuição de competências entre as Varas Criminais da Comarca de Criciúma, assim dispostas na Resolução n.º 13/2011:

“[...]”

Art. 2º Compete privativamente ao Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma:

I - processar e julgar:

a) os feitos do Tribunal do Júri; e

b) as causas do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006).

II - cumprir cartas de ordem e cartas precatórias no âmbito de sua competência.

Parágrafo único. As ações penais relacionadas aos crimes contra os costumes, atualmente em tramitação na 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, não serão redistribuídas, e competirá ao juízo de direito da unidade o processamento e julgamento do acervo remanescente.

Art. 3º Compete privativamente ao Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma:

I - processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo (arts. 60 e 61 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995); e

II - cumprir cartas de ordem e cartas precatórias no âmbito de sua competência.

Parágrafo único. Os processos referidos nos incisos I e II deste artigo, atualmente em tramitação na 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, serão redistribuídos ao Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal.

[...]

Art. 6º As ações penais (art. 93 da Lei n. 5.624, de 9 de novembro de 1979), as cartas precatórias e as cartas de ordem criminais, cuja competência para o processamento e julgamento não seja privativa, serão distribuídas igualmente entre a 1ª e 2ª Varas Criminais da comarca de Criciúma.”

Destarte, nota-se que a 2ª Vara possui competência para processar e julgar os casos afetos às infrações penais de menor potencial ofensivo.

Por outro lado, em relação aos crimes comuns, a competência é de ambos os Juízos Criminais desta Comarca.

A Resolução não faz menção alguma ao sistema dos Juizados Especiais Criminais em sua redação, adotando critério diverso ao se referir aos crimes cuja a pena mínima é inferior

a 02 (dois) anos de privação de liberdade, coisa absolutamente distinta.

Note-se, inclusive, que postura diversa se vê em relação às causas de violência doméstica. A Resolução não diz que esta 1ª Vara Criminal tem competência para crimes cometidos em contexto de violência doméstica contra a mulher mas sim para o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Então, entende-se que, quando a Resolução refere-se a crimes de menor potencial ofensivo, não quer dizer que a 2ª Vara Criminal de Criciúma somente detém competência para processá-los no rito sumaríssimo, mas que sua competência se mantém em caso de citação por edital e futura ordinização do procedimento.

E não poderia ser diferente, por conta do segundo argumento a ser abordado.

Dispõe o art. 69 do Código de Processo Penal:

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional: '[...]  
VI – a prevenção;

Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, prevenção significa conhecer em primeiro lugar de uma questão jurisdicional, proferindo qualquer decisão a seu respeito (Código de processo penal comentado. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p 217.

No caso em tela, vejo que o Juízo da 2ª Vara Criminal desta Comarca, que tem competência comum com esta Unidade para o tipo de delito sub studio, recebeu originariamente os autos, sendo, pois, o critério a ser adotado para fixação de competência.

Desse modo, ainda que tenha o processo tramitado inicialmente pelo rito sumaríssimo perante o Juizado Especial Criminal, forçoso reconhecer que a 2ª Vara Criminal continua competente para processamento e julgamento do presente feito, uma vez que nos casos de ações penais que não sejam de competência privativa, esta será concorrente entre as duas unidades jurisdicionais em questão, conforme previsto no art. 6º da citada Resolução.

De se consignar que quando este Juízo resolveu aplicar o mesmo raciocínio, já que as regras de prevenção aparentemente estavam sendo ignoradas, a 2ª Vara Criminal não hesitou em suscitar o conflito que, logicamente, foi julgado procedente em seu favor!

Tratava-se de caso de desclassificação quando do encerramento da primeira fase do Tribunal do Júri. Entendi na ocasião que como ambas as Unidades eram competentes para o crime previsto no art. 15 da Lei n.º 10.826/03 seria o caso de “redistribuição”, honrando a prática então instituída antes mesmo de uma chegada a esta Comarca.

Eis que, para minha surpresa, o conflito foi instaurado e, é claro, considerou-se preventivo este Juízo:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. RÉUS DENUNCIADOS POR HOMICÍDIO DOLOSO NA FORMA TENTADA E POR PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. MAGISTRADA DA 1ª VARA CRIMINAL DE CRICIÚMA QUE OPEROU A DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA PARA LESÕES CORPORAIS. REMESSA DOS AUTOS PARA A 2ª VARA CRIMINAL DA MESMA COMARCA. INVIABILIDADE. RESOLUÇÃO N. 13/2011-TJ. CRIMES COMUNS. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA 1ª E DA 2ª VARAS CRIMINAIS. PRECEDENTES DESTA CORTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. CONFLITO PROCEDENTE. Em tendo sido realizada a desclassificação de crime doloso contra a vida, a 1ª Vara Criminal da comarca de

Criciúma continua competente para processar e julgar os delitos comuns em virtude da Resolução n. 13/2011-TJ, a qual estabelece a competência concorrente da 1ª e da 2ª Varas Criminais desde que não se trate de feitos do Tribunal do Júri, causas do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e infrações penais de menor potencial ofensivo.

(TJSC, Conflito de Jurisdição n. 2015.070699-5, de Criciúma, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 3-12-2015).

Ora, seguindo a mesma lógica, a 2ª Vara Criminal **continua** competente tanto para julgar “crimes de menor potencial ofensivo” pelo rito comum quanto, se tal argumento não convencer, por ter competência também para “crimes comuns”.

De se ressaltar, ainda, que a regra insculpida no art. 419 do Código de Processo Penal não vem em desfavor do que ora se sustenta, já que nada mais é do que um corolário das regras gerais da prevenção.

Então, a 2ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma apenas poderia, quando muito, mandar redistribuir os feitos em que a citação por edital se fizesse necessária se não detivesse competência para julgar os demais feitos, o que não se observa.

Por fim, resalto que a “redistribuição” conduz a uma falsa impressão de paridade que não se observa na espécie.

Não se observa porque, conforme certidão da Distribuidora que ora acosto aos autos, todos os feitos são redirecionados para esta Unidade.

Nos últimos meses recebi mais de 20 (vinte) processos na mesmíssima situação que, eventualmente, voltarão a tramitar.

O que é mais curioso, no final, é que todos os julgados do esse egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina em Conflito de Jurisdição quando do advento da Resolução n.º 13/2011 conclamam que a competência é deste Juízo da 1ª Vara Criminal, mas o fazem com base no mesmo raciocínio do que ora se utiliza,

por conta das peculiaridades dos casos em que o conflito foi suscitado como se da criteriosa análise dos acórdãos.

De fato, veja-se que o norte das decisões é sempre a prevenção que, na época, era desta Unidade:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SUSCITAÇÃO PELO JUÍZO DE DIREITO DA 2.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL EM FACE DO JUIZ DE DIREITO DA 1.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL, AMBOS DA COMARCA DE CRICIÚMA. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CITAÇÃO EDITALÍCIA DO ACUSADO. RITO COMUM (LEI N. 9.099/95, ART. 66, PARÁGRAFO ÚNICO). COMPETÊNCIA CONCORRENTE. RESOLUÇÃO N. 13/2011-TJ. APLICAÇÃO DAS REGRAS GERAIS DE PREVENÇÃO (CPP, ART. 83). CONFLITO PROCEDENTE. (TJSC, Conflito de Jurisdição n. 2011.076332-6, de Criciúma, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 3-11-2011).

Tem-se outros julgados em casos que, no entender desta magistrada de piso, igualmente se amoldam ao caso concreto:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO (COMPETÊNCIA) ENTRE JUÍZES DA 1.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL (SUSCITANTE) E DA 2.<sup>a</sup> VARA CRIMINAL (SUSCITADO) DA COMARCA DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ - DISCUSSÃO QUANTO À POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL DENTRO DO JUIZADO ESPECIAL - IMPOSSIBILIDADE - PROCEDIMENTO QUE NÃO RESPEITA OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DISPOSTOS NO ART. 2.<sup>o</sup> DA LEI 9.099/95 - ADOÇÃO DO RITO COMUM - COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE AMBAS AS VARAS - APLICAÇÃO DA REGRA DA PREVENÇÃO - JUÍZO SUSCITANTE PREVENTO. “Embora a Lei nº 9.099/95 estabeleça que a complexidade do feito deve ser considerada antes do oferecimento da denúncia, havendo complexidade da causa incompatível com o rito dos Juizados Especiais, ainda assim deve ser a competência para processar e julgar o feito deslocada para

o Juízo Comum, sob pena de não se alcançar a finalidade e os princípios norteadores da lei que rege os Juizados Especiais” (CC n. 102723, Min. Og Fernandes, j. 25.03.2009). CONFLITO CONHECIDO E NÃO ACOLHIDO. (TJSC, Conflito de Jurisdição n. 2014.080124-7, de Balneário Camboriú, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 16-12-2014).

Informo, ademais, que nesta data o presente está sendo instaurado nos autos: 0004592-28.2016.8.24.0020, 0116636-58.2014.8.24.0020, 0001847- 75.2016.8.24.0020, 0010995-47.2015.8.24.0020 e 0003437-87.2016.8.24.0020.

Assim, em razão da prevenção, não há como aceitar a competência para processar o presente feito, sendo de rigor a suscitação de conflito negativo de jurisdição com a 2ª Vara Criminal desta Comarca, com fulcro no art. 113 e seguintes Código de Processo Penal.

Tratando-se de conflito negativo e estando a conduzida em liberdade, valho-me do disposto no art. 116, § 1º, do Código de Processo Penal, suscitando-o nestes mesmos autos.

Encaminhem-se os autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina  
Criciúma (SC), 09 de fevereiro de 2017. Paula Botke e  
Silva Juíza de Direito [sem grifo no original].

Como se vê, a irresignação se resume ao fato de ser ou não concorrente à competência da 2º Vara Criminal para julgar crimes de menor potencial ofensivo e crimes comuns.

\*Na hipótese, prevê a Resolução n. 13/2011-TJ, que disciplina a competência e a instalação da vara criada na comarca de Criciúma pela Lei Complementar n. 426, de 16 de dezembro de 2008, e dá outras providências:

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por seu Tribunal Pleno, considerando:

O disposto nos arts. 4º, 5º e 25 da Lei Complementar n.



339, de 8 de março de 2006;

O disposto na Resolução n. 20/2006-TJ, de 18 de outubro de 2006;

O disposto no art. 2º, I, “d”, da Lei Complementar n. 426, de 16 de dezembro de 2008;

O exposto no Processo n. 403943-2011.2,

## RESOLVE:

Art. 1º Denominar Vara de Execuções Penais a unidade judiciária criada na comarca de Criciúma pelo art. 2º, I, “d”, da Lei Complementar n. 426, de 16 de dezembro de 2008.

Art. 2º Compete privativamente ao Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma:

I - processar e julgar:

a) os feitos do Tribunal do Júri; e

b) as causas do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006).

II - cumprir cartas de ordem e cartas precatórias no âmbito de sua competência.

Parágrafo único. As ações penais relacionadas aos crimes contra os costumes, atualmente em tramitação na 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, não serão redistribuídas, e competirá ao juízo de direito da unidade o processamento e julgamento do acervo remanescente.

Art. 3º Compete privativamente ao Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma:

I - processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo (arts. 60 e 61 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995); e

II - cumprir cartas de ordem e cartas precatórias no âmbito de sua competência.

Parágrafo único. Os processos referidos nos incisos I e II deste artigo, atualmente em tramitação na 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, serão redistribuídos ao Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal.

Art. 4º Compete privativamente ao Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da comarca de Criciúma:

I - processar e julgar as execuções penais (art. 93 da Lei n. 5.624, de 9 de novembro de 1979);

II - cumprir cartas de ordem e cartas precatórias no âmbito de sua competência.

III - exercer as funções concernentes à corregedoria dos presídios (art. 93, § 1º, da Lei n. 5.624, de 9 de novembro de 1979).

Parágrafo único. Os processos referidos nos incisos I e II deste artigo, atualmente em tramitação na 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, serão redistribuídos ao Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais.

Art. 5º Compete privativamente ao Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude e Anexos da comarca de Criciúma o processamento e julgamento dos procedimentos para apuração de ato infracional (art. 103 da Lei n. 8.609, de 13 de julho de 1990), mantidas as demais atribuições previstas no art. 1º, VII, “a”, da Resolução n. 3/2005-TJ, de 1º de junho de 2005; no art. 1º da Resolução n. 24/2006-TJ, de 6 de dezembro de 2006; e no art. 4º da Resolução n. 22/2007-TJ, de 3 de setembro de 2007.

Art. 6º As ações penais (art. 93 da Lei n. 5.624, de 9 de novembro de 1979), as cartas precatórias e as cartas de ordem criminais, cuja competência para o processamento e julgamento não seja privativa, serão distribuídas igualmente entre a 1ª e 2ª Varas Criminais da comarca de Criciúma.

Parágrafo único. Não haverá redistribuição dos processos referidos no caput deste artigo ingressados até a data de instalação da Vara de Execuções Penais da comarca de Criciúma.

Art. 7º Decorridos 6 (seis) meses da instalação da Vara de Execuções Penais da comarca de Criciúma, as competências definidas nesta Resolução poderão ser revistas.

Art. 8º Esta Resolução entrará em vigor na data de instalação da Vara de Execuções Penais da comarca de Criciúma, a ser definida pelo Presidente do Tribunal de Justiça, revogadas as disposições contrárias, especialmente a Resolução n. 20/2006-TJ, de 18 de outubro de 2006 [sem grifo no original].

Observou-se no art. 3º, I, e no art. 6º, ambos da resolução 13/2011, ter a 2ª Vara Criminal competência concorrente, ou seja, tanto para processar quanto para julgar processos de menor potencial ofensivo, quanto instruir e julgar crimes de natureza comum. Portanto, não se trata de vara com competência privativa.

Nesse contexto, a juíza ao verificar a necessidade de citação por edital, remeteu os autos à 1ª Vara Criminal, mas ao fazê-lo, não observou os termos do art. 6º da Resolução n. 13/2011-TJ.

Sendo assim, apesar de não se desconhecer a necessidade de aplicação do art. 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95, eis que a citação por edital deve ser feita pela justiça comum, a resolução n. 13/2011-TJ expressamente prevê que Juízo da 2ª Vara Criminal de Criciúma é competente para julgar os crimes no âmbito do Juizado Especial “menor potencial ofensivo” quanto da Vara Criminal “comum”.

Logo, a tramitação do feito deve se dar pela 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, qual seja, o juízo suscitado, não havendo necessidade de ter havido redistribuição dos autos.

Acerca da competência concorrente da 1ª e da 2ª Varas Criminais da comarca de Criciúma, já decidiu esta Corte:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.  
RÉU DENUNCIADO POR CRIME JULGADO SOB O  
RITO DA LEI N. 9.99/95. MAGISTRADA DA 2ª VARA

CRIMINAL DE CRICIÚMA QUE ENCAMINHOU O FEITO AO JUÍZO COMUM, ANTE A IMPOSSIBILIDADE DE CITAÇÃO POR EDITAL DO RÉU. REMESSA DOS AUTOS PARA A 1ª VARA CRIMINAL DA MESMA COMARCA. INVIABILIDADE. RESOLUÇÃO N. 13/2011-TJ. CRIMES COMUNS. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA 1ª E DA 2ª VARAS CRIMINAIS. COMPETÊNCIA QUE SE RESOLVE PELA PREVENÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. CONFLITO PROCEDENTE. (TJSC, Conflito de Jurisdição n. 1001728-60.2016.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencour Schaefer, j. 17-11-2016).

Igualmente:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. COMARCA DE CRICIÚMA. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUÍZO SUSCITADO PARA APURAÇÃO DE INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ACUSADO NÃO LOCALIZADO. NECESSIDADE DE CITAÇÃO POR EDITAL. PROCEDIMENTO COMUM CABÍVEL ÀS DUAS VARAS CRIMINAIS DA MESMA COMARCA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. RESOLUÇÃO 13/2011-TJ. NORMA INTERNA JÁ CONSIDERADA PARA FINS DE EQUILÍBRIO DE ACERVOS. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. PERMANÊNCIA DO PROCESSO NO MESMO JUÍZO. CONFLITO PROVIDO (TJSC, Conflito de Jurisdição n. 1001926-97.2016.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 15-12-2016).

Em situação bastante similar, já decidiu este relator:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. RÉU DENUNCIADO POR CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO (ART. 34 DO DECRETO 3.688/41). MAGISTRADA DA 2ª VARA CRIMINAL DE CRICIÚMA (JUÍZO SUSCITADO) QUE DETERMINA

A REDISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS À VARA CRIMINAL DA MESMA COMARCA, EM FACE DA NECESSÁRIA CITAÇÃO EDITALÍCIA. ACUSADO QUE SE ENCONTRA EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. INVIABILIDADE. ART. 3º, I, E ART. 6º, AMBOS DA RESOLUÇÃO N. 13/2011-TJ. CONFLITO ARGUIDO PELA 1ª VARA CRIMINAL (SUSCITANTE). COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA 2ª VARA CRIMINAL DE CRICIÚMA PARA PROCESSAR E JULGAR CRIME COMUM E CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. CONFLITO PROCEDENTE. Em tendo sido verificada a necessidade de citação por edital, no âmbito do juizado especial criminal e, sendo a mesma Vara Criminal competente para processar e julgar crime de natureza comum, conforme Resolução n. 13/2011-TJ, não há falar em necessidade de redistribuição do feito para outra Vara Criminal que possui competência concorrente. (TJSC, Conflito de Jurisdição n. 1001464-43.2016.8.24.0000, de Criciúma, Deste Relator, j. 17-11-2016).

E:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. RÉU DENUNCIADO POR CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO (ART. 329 DO CP). MAGISTRADA DA 2ª VARA CRIMINAL DE CRICIÚMA (JUÍZO SUSCITADO) QUE DETERMINA A REDISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS, OCASIÃO EM QUE OS MESMOS APORTARAM À 1ª VARA CRIMINAL DA MESMA COMARCA (SUSCITANTE), EM FACE DA NECESSÁRIA CITAÇÃO EDITALÍCIA. ACUSADO QUE SE ENCONTRA EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. INVIABILIDADE. ART. 3º, I, E ART. 6º, AMBOS DA RESOLUÇÃO N. 13/2011-TJ. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA 2ª VARA CRIMINAL DE CRICIÚMA PARA PROCESSAR E JULGAR CRIME COMUM E CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. CONFLITO PROCEDENTE. Em tendo sido verificada a necessidade de citação por edital,

no âmbito do juizado especial criminal e, sendo a mesma Vara Criminal competente para processar e julgar crime de natureza comum, conforme Resolução n. 13/2011-TJ, não há falar em necessidade de redistribuição do feito para outra Vara Criminal que possui competência concorrente (TJSC, Conflito de Jurisdição n. 1001509-47.2016.8.24.0000, de Criciúma, Deste Relator, j. 17-11-2016).

Em face do exposto, julga-se procedente o conflito e declara-se a competência da 2ª Vara Criminal para citação do réu por edital e prosseguimento do feito pela justiça comum.

Por tais razões, decidiu-se, por unanimidade, admitir o Incidente de Assunção de Competência - IAC e, por maioria de votos, fixar a tese jurídica, nos termos do § 3º do art. 947 do CPC, e julgar procedente o Conflito de Jurisdição n. 0000190-27.2017.8.24.0000, para, após a redistribuição por vinculação em razão da prevenção, observada a devida compensação, declarar competente o Juízo da 2ª Vara Criminal de Criciúma para instrução e processamento do feito, com a devida remessa dos autos.

**Conflito de Jurisdição n. 0001136-96.2017.8.24.0000 e Incidente de Assunção de Competência n.0001136-96.2017.8.24.0000/50000**  
**Relator: Desembargador Sidney Eloy Dalabrida**

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. PLURALIDADE DE PROCESSOS NESTA CORTE TENDO COMO OBJETO A MESMA QUESTÃO DE DIREITO. CUMPRIMENTO DO DEVER DE MANUTENÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA ESTÁVEL, ÍNTEGRA E COERENTE (ART. 926, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/90). RÉUS SÓCIOS DE PESSOA JURÍDICA COM DIVERSAS FILIAIS PELO ESTADO. DEMANDAS DEFLAGRADAS EM COMARCAS DISTINTAS. CONDUTAS AUTÔNOMAS. INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO. ANÁLISE DE POSSÍVEL CONTINUIDADE DELITIVA A SER SOPESADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL.

Tese jurídica: “A prática de condutas tipificadas como crimes contra a ordem tributária, quando ocorridas em comarcas diversas e com diferentes fatos geradores, cujo ponto convergente é a identidade de agentes – sócios de pessoa jurídica com diversas filiais pelo Estado –, não atrai a unificação de processos, sendo competente para o processamento e julgamento o juízo do local de cada uma das infrações, ressalvada a apreciação de eventual situação de continuidade delitiva no âmbito da execução penal”.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CONDUTAS PRATICADAS EM COMARCAS DISTINTAS. AUSÊNCIA DE CONEXÃO INSTRUMENTAL OU INTERSUBJETIVA ENTRE AS INFRAÇÕES PENAIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE CADA UMA DAS FILIAIS DA SOCIEDADE COMERCIAL. APLICAÇÃO DA TESE JURÍDICA. CONFLITO PROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 0001136-96.2017.8.24.0000, da comarca de Videira Vara Criminal em que é Suscitante Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Campos Novos e Suscitado Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Videira.

A Seção Criminal decidiu, por maioria de votos, conhecer do Incidente de Assunção de Competência - IAC e fixar tese jurídica, nos termos do § 3º do art. 947 do NCPC, e julgar procedente o conflito de jurisdição, para declarar competente o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Videira para instrução e processamento do feito, com a devida remessa dos autos. Ficou vencido, mas não fará declaração de voto, o Exmo. Desembargador Jorge Schaefer Martins, por defender o posicionamento no sentido de conhecer a continuidade delitiva e, como via de consequência, atrair a unificação do processo. Custas legais.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre d'Ivanenko, que o presidiu, Des. Sidney Eloy Dalabrida, Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Des. Zanini Fornerolli, Desa. Salete Silva Sommariva, Des. Jorge Schaefer Martins, Des. Carlos Alberto Civinski, Des. Sérgio Rizelo, Des. Getúlio Corrêa, Des. Ernani Guetten de Almeida, Des. José Everaldo Silva, Des. Volnei Celso Tomazini, Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Desa. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Des. Luiz Cesar Schweitzer, Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, Des. Norival Acácio Engel e Des. Júlio César Machado Ferreira de Melo.

Florianópolis, 25 de julho de 2018.

Desembargador Sidney Eloy Dalabrida  
Relator



## RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Campos Novos, em face do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Videira, que declinou da competência para o processamento e julgamento do processo autuado sob o n. 0900012-10.2017.8.24.0079.

A remessa da ação penal ocorreu após o acolhimento de exceção de incompetência suscitada pelos réus, fundamentada no argumento de que haveria conexão entre os fatos apurados em diversas comarcas do Estado, e que Campos Novos seria o local onde ocorreu o maior número de infrações.

O magistrado suscitante entendeu que, apesar de os réus terem sido denunciados por diversos crimes de idêntica natureza, estes não possuem liame entre si, constituindo fatos independentes e autônomos, os quais originaram certidões de dívida distintas, inexistindo conexão.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Rogério Antônio da Luz Bertoncini, manifestando-se pela procedência do presente conflito, com o reconhecimento da competência do Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Videira para processamento e julgamento do feito na origem.

Pautado para julgamento, a Egrégia Quarta Câmara de Direito Criminal decidiu suspender o feito, afetando-o à Seção Criminal, na forma do art. 947, § 4º, do CPC, para instauração do Incidente de Assunção de Competência, cadastrado sob o n. 0001136- 96.2017.8.24.0000/50000.

Este é o relatório.

## VOTO DO INCIDENTE

### 1 - ADMISSIBILIDADE

O atual diploma processual civil vigente no ordenamento jurídico pátrio, aplicável por analogia ao Processo Penal (art. 3º do CPP), parte de um novo panorama, completamente distinto do anterior, não sendo mais tolerável a divergência jurisprudencial no tratamento de situações idênticas, ressalvada a possibilidade do julgador, no caso concreto, realizar o *distinguishing*.

Avulta pontuar, algumas das principais inovações do Código de Processo Civil de 2015 estão relacionadas à questão da formação de precedentes, destacando-se a fixação pelo legislador do dever dos

Tribunais de uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC).

Nesse contexto, foi criado um importante instrumento, o Incidente de Assunção de Competência (IAC), admissível para o julgamento de processos de competência originária que envolvam questão relevante de direito com grande repercussão social, e sem repetição em múltiplos processos (art. 947, *caput*, do Código de Processo Civil).

O instituto também é aplicável quando “*ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal*” (art. 947, § 4º, do Código de Processo Civil), como ocorre no caso em tela, em que há demandas debatendo a mesma questão de direito, tramitando em órgãos fracionários distintos desta Corte de Justiça.

A situação trazida pelo referido parágrafo é “*mais uma hipótese de cabimento do incidente ao prever a assunção de competência quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas*”

(NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil: volume único. 8. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2016. p. 1344) (grifo nosso).

Trata-se de mecanismo que integra o microssistema de formação de precedentes obrigatórios, visando a uniformização de jurisprudência – seja para prevenção ou composição de divergência. Assim, fixada a tese jurídica, é possível, por exemplo, a concessão de tutela de evidência, ou até mesmo a propositura de reclamação constitucional.

Na hipótese, consta dos autos n. 0900012-10.2017.8.24.0079, cuja competência para processamento e julgamento é objeto do conflito de jurisdição n. 0001136-96.2017.8.24.0000, que Ademir Paulo Bebber, Dalva Terezinha Bebber e Daice Terezinha Gavazzoni, sócios-administradores da empresa Bebber Comércio de Móveis e Eletrodomésticos LTDA, foram denunciados pela suposta prática de crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/90, em continuidade delitiva (art. 71 do CP).

E, conforme já mencionado no acórdão proferido pela 4ª Câmara Criminal, em consulta ao Sistema de Automação Judiciário – SAJ é possível aferir que tramitam perante este Tribunal de Justiça as seguintes demandas, nas quais é debatida a mesma questão, qual seja, a definição do juízo competente para o julgamento de crimes contra a ordem tributária, supostamente cometidos pelos mesmos sócios de pessoa jurídica com diversas filiais pelo Estado:

- Conflito de Jurisdição n. 00001136- 96.2017.8.24.0000 (4ª Câmara Criminal);
- Conflito de Jurisdição n. 0001496- 31.2017.8.24.0000 (3ª Câmara Criminal);
- Habeas Corpus n. 4010927-21.2017.8.24.00 (4ª Câmara Criminal);
- Habeas Corpus n. 4017866-17.2017.8.24.0000 (4ª Câmara

Criminal);

- Habeas Corpus n. 4017981-38.2017.8.24.0000 (1ª Câmara Criminal);

- Habeas Corpus n. 4019527-31.2017.8.24.0000 (5ª Câmara Criminal).

Admitido o incidente, portanto, o entendimento formado pelo órgão colegiado competente, que no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é a Seção Criminal, a teor do art. 6º, I, do ato regimental TJ n. 154, de 6 de setembro de 2017, terá força vinculante sobre juízes e órgãos fracionários (arts. 947, § 3º e 988, IV, ambos do CPC), garantindo isonomia e segurança jurídica aos jurisdicionados.

Entendimento diverso poderia causar efeitos deletérios, pois possibilitaria que fossem proferidas decisões não uniformes, a causar a reunião de alguns feitos, e a separação de outros, conturbando a instrução processual e o julgamento.

Logo, a admissão do incidente é medida de rigor.

## 2 – MÉRITO

A questão de direito cuja composição de divergência entre os órgãos fracionários se reputa conveniente, refere-se à competência para o processamento e julgamento de crimes contra a ordem tributária, quando as condutas tenham ocorrido em comarcas diversas e com diferentes fatos geradores, tendo como ponto convergente a identidade de agentes – sócios de pessoa jurídica com diversas filiais pelo Estado

*Ab initio*, destaca-se que, apesar de serem os mesmos denunciados, sócios-administradores de uma sociedade comercial com diversas filiais pelo estado de Santa Catarina, notadamente na região serrana, e de se tratar do mesmo tipo penal, os fatos foram apurados em procedimentos administrativos diversos, dando origem a notificações fiscais também

autônomas.

Ademais, além de cometidos em diversas localidades, sequer há que se falar em conexão probatória, tendo em vista que as práticas delitivas perpetradas em cada uma das filiais é autônoma e que a principal prova é a documental, consubstanciada nos procedimentos fiscais, não sendo possível reconhecer que a prova de uma das infrações exerça qualquer influência sobre a outra a ponto de justificar a *vis attractiva*.

A propósito, a conexão é critério de modificação de competência, e encontra-se disciplinada a partir do art. 76 do Código de Processo Penal que, em seus incisos, traz três hipóteses distintas, classificadas respectivamente como conexão intersubjetiva (inciso I), objetiva, material, teleológica ou finalista (inciso II) e instrumental ou probatória (inciso III).

Acerca do assunto, cabe transcrever a lição de Norberto Avena:

Por *conexão* (art. 76 do CPP) entende-se o nexo existente entre duas ou mais infrações quando estas se encontrarem “entrelaçadas por um vínculo que aconselha a junção dos processos, propiciando, assim, ao julgador perfeita visão do quadro probatório e, de consequência, melhor conhecimento dos fatos, de todos os fatos, de modo a poder entregar a prestação jurisdicional com firmeza e justiça. (*Processo penal*. 8. ed. rev., e atual. São Paulo: Método, 2016, p. 698).

Apesar de se tratar de um critério de modificação da competência, e “embora a reunião de processos seja de ‘providência recomendável para prestigiar a uniformidade de julgamento, sem falar na economia processual que disso resulta, não se trata de medida obrigatória quando evidenciada uma sequência de delitos idênticos praticados pelo mesmo agente, embora em períodos diversos” (TJSC, Apelação n. 0049092-38.2010.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 8/3/2016).

Levando-se em consideração os diversos procedimentos fiscais

instaurados em relação a cada uma das filiais, os quais renderam ensejo a deflagração de considerável número de ações penais pelo Estado, que se encontram em fases distintas, tem-se que a reunião dos processos apenas serviria para gerar tumulto processual.

Recolhem-se da jurisprudência:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MALFERIMENTO AOS ARTS. 80 E 82, AMBOS DO CPP, E 71 DO CP. REUNIÃO DE PROCESSOS. CONTINUIDADE DELITIVA. (I) - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282 E 356/STF. (II) - ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. (III) - REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É condição sine qua non ao conhecimento do especial queo acórdão recorrido tenha emitido juízo de valor expresso sobre a tese jurídica que se busca discutir na instância excepcional, sob pena de ausência de pressuposto processual específico do recurso especial, o prequestionamento. Inteligência dos enunciados 211/STJ, 282 e 356/STF.

2. Este Sodalício Superior sufragou entendimento no sentido de que “a reunião de processos em razão da conexão é uma faculdade do Juiz, conforme interpretação a contrario sensu do art. 80 do Código de Processo Penal que possibilita a separação de determinados processos”. (RHC 29.658/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe 08/02/2012). Também é assente neste Tribunal Superior o entendimento de que “a eventual existência de continuidade delitiva não torna imprescindível a reunião de ações que se encontram em fases distintas, questão que deve ser levada a deliberação do Juízo das Execuções”. (AgRg no HC 250.683/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 21/11/2013) 3. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena. Incidência da Súmula 7 deste Tribunal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp 455.081/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. em 18/6/2014 – grifou-se).

RECLAMAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE REUNIÃO DE DUAS AÇÕES PENAIS. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA CONEXÃO OU CONTINÊNCIA ENTRE AS DEMANDAS CRIMINAIS. IMPOSSIBILIDADE. DEMANDAS DISTINTAS E DELITOS PRATICADOS EM CONTEXTOS DISTINTOS. CRIMES CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA QUE, POR SI SÓ, NÃO DEMANDAM O EVENTUAL RECONHECIMENTO DE CONEXÃO OU CONTINÊNCIA ENTRE OS PROCESSOS. ADEMAIS, DEMANDAS QUE SE ENCONTRAM EM FASES DISTINTAS. REUNIÃO DOS AUTOS QUE SERVIRIA APENAS PARA TUMULTUAR A MARCHA PROCESSUAL. EVENTUAL CONTINUIDADE DELITIVA QUE PODE SER ANALISADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, II, DA LEI 8.137/90. PEDIDO NÃO CONHECIDO. MATÉRIA DE MÉRITO DA AÇÃO PENAL. ADEMAIS, DISPOSITIVO QUE NÃO PADECE DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL E TESE REAFIRMADA RECENTEMENTE PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECLAMAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E IMPROCEDENTE. (TJSC, Reclamação Criminal n. 4008037-12.2017.8.24.0000, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. em 22/6/2017 – grifou-se).

*In casu*, a concentração dos feitos ao mesmo julgador acarretaria efeito contrário ao visado pelo legislador, qual seja, poderia levar à inviabilidade da tutela jurisdicional, pois é cediço que os crimes dessa natureza são praticados por determinados períodos de tempo, muitas vezes de forma reiterada, e, além de serem de difícil investigação, possuem exíguo prazo prescricional.

Deve prevalecer, portanto, a regra geral prevista no art. 70 do Código

de Processo Penal, que prevê: “A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução”.

Outrossim, importante destacar que eventual configuração de continuidade delitiva, que ocorre quando “o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro [...]” (art. 71, caput, do Código Penal), poderá ser reconhecida posteriormente à prolação da sentença.

No ponto, sempre bom ter presente que o crime continuado se trata de uma ficção jurídica, onde há uma pluralidade de eventos típicos, configurando um verdadeiro concurso de crimes que, na espécie, são representadas por Notificações Fiscais distintas que, em tese, retratam crimes tributários autônomos. Nesses casos, a junção em um único processo de todos os fatos que compõem a cadeia delinquencial pelo critério da prevenção (art. 71 do CPP), deve ser sopesada criteriosamente, a fim de que dela não resulte subversão a ratio essendi da norma.

A fortificar esse entendimento, tem-se o disposto no art. 66, III, “a”, da Lei n. 7.210/84, que elenca, dentre as competências do Juiz da Execução Penal, decidir sobre a soma ou a unificação de penas, enquadrando-se nessa hipótese a aplicação da continuidade delitiva, criada para aplacar os rigores decorrentes da incidência do cúmulo material.

Nesse sentido, colhem-se:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, II, DA LEI 8.137/1990), PRATICADO POR 11 (ONZE) VEZES, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA DE UM DOS RÉUS. QUESTÃO PREJUDICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, II, DA LEI



8.137/1990. TESE RECHAÇADA. QUESTÃO SUPERADA NO BOJO DOS AUTOS. SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA PELA INCONSTITUCIONALIDADE QUE FOI REFORMADA POR ESTA CORTE. NÃO DEVOLOUÇÃO DA CONTROVÉRSIA À CORTE SUPREMA PELA VIA DO RECLAMO EXTREMO. NÃO OBSTANTE, INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. PRISÃO CIVIL NÃO SE CONFUNDE COM SANÇÃO PENAL. PRELIMINARES. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE PROVAS. INSUBSISTÊNCIA. ASSISTÊNCIA PELA DEFENSORA DATIVA QUE NÃO IMPLICA RELATIVIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. ENCARGO DA DEFESA DE COMPROVAR SUAS ALEGAÇÕES. INTELIGÊNCIA DO ART. 156, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE PELO NÃO OFERECIMENTO DE TRANSAÇÃO. AFASTAMENTO. BENEFÍCIO OFERTADO E RECUSADO. NÃO OBSTANTE, CRIME QUE TERIA SIDO PRATICADO POR 11 (ONZE) VEZES, EM CONTINUIDADE DELITIVA. CONTEXTO QUE NÃO PODE SER DESPREZADO COMO SE DE UM DELITO SÓ SE TRATASSE. BENESSE APLICÁVEL ÀS INFRAÇÕES DE PENAS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, AFERIDAS, PORÉM, COM O ACRÉSCIMO PERTINENTE AO CRIME CONTINUADO. SOMA QUE NO CASO EXTRAPOLA O TETO DO ART. 61 DA LEI N. 9.099/1995. NULIDADE PELO NÃO RECONHECIMENTO DA CONEXÃO E DA LITISPENDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. REUNIÃO DE PROCESSOS PELA CONEXÃO QUE NÃO É MEDIDA OBRIGATÓRIA. DEMANDAS AUTÔNOMAS DEFLAGRADAS COM BASE EM NOTIFICAÇÕES FISCAIS DISTINTAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. CONEXÃO DECORRENTE DE CONTINUIDADE DELITIVA QUE PODERÁ SER RECONHECIDA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. EXEGESE DO ART. 82 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL C/C ART. 66, INCISO III, ALÍNEA "A", DA LEI N. 7.210/1984. LITISPENDÊNCIA INEXISTENTE. DÉBITOS DO MESMO MÊS QUE INSTRUMENTALIZARAM NOTIFICAÇÕES FISCAIS DIVERSAS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. MÉRITO. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO GENÉRICO. DISPENSABILIDADE DE FIM ESPECÍFICO. TIPIFICAÇÃO

QUE SE RESTRINGE À MERA AUSÊNCIA DE REPASSE DOS VALORES TRIBUTÁVEIS AO ERÁRIO. AGENTE QUE, NA QUALIDADE DE SÓCIO-ADMINISTRADOR, DEIXA DE EFETUAR O RECOLHIMENTO DO ICMS NO PRAZO LEGAL. EXCLUDENTES DE ILICITUDE (ESTADO DE NECESSIDADE) E CULPABILIDADE (INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA). TESES NÃO ACOLHIDAS. DIFICULDADES FINANCEIRAS NÃO COMPROVADAS. ÔNUS PROBATÓRIO NÃO DESINCUMBIDO (CP, ART. 156). ICMS CARACTERIZADO COMO IMPOSTO INDIRETO, CUJO ENCARGO ECONÔMICO RECAI SOBRE O CONSUMIDOR FINAL, DE MODO QUE A SOCIEDADE EMPRESÁRIA DETINHA APENAS A OBRIGAÇÃO DE RECOLHIMENTO E REPASSE DO TRIBUTOS AOS COFRES PÚBLICOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DAS PENAS CORPORAL E PECUNIÁRIA AO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS. OFENSA À DIALETICIDADE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. FRAÇÃO DE 2/3 DECORRENTE DA CONTINUIDADE DELITIVA. MANUTENÇÃO. OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO PROGRESSIVO ADOTADO POR ESTA CORTE. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO DEFENSOR NOMEADO COM FULCRO NA TABELA BÁSICA DE HONORÁRIOS DA OAB/SC. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 155/1997. VERBA CONCEDIDA NA SENTENÇA QUE ENGLOBA TODOS OS ATOS PROCESSUAIS, INCLUSIVE O TRABALHO DESENVOLVIDO NA INSTÂNCIA RECURSAL. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE. RECURSO DESPROVIDO. - [...] O art. 2º, II, da Lei 8.137/1990 não padece do vício de inconstitucionalidade, porque o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal tem âmbito normativo restrito às sanções de natureza puramente civil. - Não há falar em nulidade processual pela não produção de provas interessantes à defesa, porque a alegada relativização do ônus probatório em razão da defensoria dativa não encontra amparo legal e, de outra parte, seria de fácil comprovação se assim tivesse diligenciado. - Descabe o oferecimento do benefício da transação penal quando a cominação máxima abstrata do delito, em conjunto com a fração de aumento decorrente da continuidade delitiva, supera o teto

estabelecido pelo art. 61 da Lei 9.099/1995. - A reunião de processos pela conexão não constitui medida obrigatória, quando evidenciada uma sequência de delitos idênticos praticados pelo mesmo agente, embora em períodos diversos, muito menos quando num dos feitos já houve o julgamento, nos termos do verbete 235 da súmula de jurisprudência do STJ. - A continuidade delitiva entre crimes apurados em processos distintos deve ser objeto de apreciação pelo Juízo de Execução, consoante preceituam os arts. 82 do Código de Processo Penal e 66, III, “a”, da Lei 7.210/1984. [...] - Recurso defensivo conhecido em parte e desprovido; recurso acusatório conhecido em parte e parcialmente provido. (TJSC, Apelação n. 0049092- 38.2010.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 8/3/2016 – grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90). NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU. ALEGADA NULIDADE POR AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM OUTROS PROCESSOS SEMELHANTES. DESCABIMENTO. AUTOS QUE NARRAM CONDUTAS OCORRIDAS EM PERÍODOS DIVERSOS. ADEMAIS, POSSIBILIDADE DE REUNIÃO DOS FEITOS EM EXECUÇÃO PENAL. AINDA, SUSCITADA A NULIDADE EM RAZÃO DA NÃO CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CONTUDO, PENA MÁXIMA EM ABSTRATO CUMULADA COM A EXASPERAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA QUE RESULTA EM QUANTIDADE DE REPRIMENDA MAIOR DO QUE O LIMITE PARA A CONCESSÃO DA BENESSE. PRECEDENTES DESTA CORTE. PREFACIAIS AFASTADAS. ALEGADA A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90. AFASTAMENTO. NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS QUE PODE CONFIGURAR O CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DIANTE DA AUSÊNCIA DE DOLO. ALEGADO O NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO EM RAZÃO DAS DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. NÃO ACOLHIMENTO. IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS (ICMS) QUE, POR SER TRIBUTO INDIRETO,

ONERA O CONSUMIDOR FINAL (CONTRIBUINTE DE FATO). FALTA DE RECOLHIMENTO QUE PREJUDICA TODA A COLETIVIDADE. DOSIMETRIA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA. PARCIAL ACOLHIMENTO. PRIMEIRA FASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALOR SONEGADO QUE NÃO ULTRAPASSA A NORMALIDADE PARA O TIPO PENAL E PARA O PORTE DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. EXCLUSÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONTUDO, MONTANTE DA PENA INALTERADO. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS ESTIPULADA EM SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA FIXADA DE FORMA ESCORREITA PELO MAGISTRADO. ESCOLHA DA SANÇÃO QUE NÃO SE SUBORDINA AO ARBÍTRIO DA PARTE. EVENTUAL INCOMPATIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA QUE DEVERÁ SER ANALISADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DO DEFENSOR DATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TABELA DA OAB. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS EM CONSONÂNCIA COM A MAIS RECENTE MANIFESTAÇÃO DA SEÇÃO CRIMINAL DESTA CORTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.083046-8, de Joinville, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. em 2/6/2015 – grifou-se). APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI 8.137/90, EM CONTINUIDADE DELITIVA (CINCO VEZES). NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARES. 1) PLEITEADA NULIDADE POR AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM OUTROS PROCESSOS SEMELHANTES. DESCABIMENTO. AUTOS QUE NARRAM CONDUTAS OCORRIDAS EM PERÍODOS DIVERSOS. ADEMAIS, POSSIBILIDADE DE REUNIÃO DOS FEITOS EM EXECUÇÃO PENAL. EIVA INEXISTENTE. 2) ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA PELA DESCONSIDERAÇÃO DO PEDIDO DE PROVAS A SEREM PRODUZIDAS PELO JUÍZO. AFASTAMENTO. ÔNUS DA DEFESA DE COMPROVAR SUAS ALEGAÇÕES. INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CPP. PROVA REQUERIDA QUE NÃO INFLUENCIARIA NO JULGAMENTO DA CAUSA. 3) ALEGADA NULIDADE PELO

NÃO OFERECIMENTO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. APELANTE QUE ESTAVA SENDO PROCESSADO POR OUTROS DOIS CRIMES. CONDIÇÃO QUE CONSTITUI ÔBICE À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PREVISÃO DO ART. 89, CAPUT, DA LEI 9.099/95. 4) SUSTENTADA NULIDADE PELO NÃO OFERECIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL. DELITO QUE, EMBORA DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, FOI PRATICADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO QUE DEVE SER LEVADO EM CONSIDERAÇÃO PARA AFERIÇÃO DA PENA MÁXIMA COMINADA AO DELITO. QUANTUM DE 02 ANOS ULTRAPASSADO. BENESSE DESCABIDA. PRELIMINARES AFASTADAS. PREJUDICIAL DE MÉRITO. SUSTENTADA A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, II, DA LEI 8.137/90, ANTE A PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. DESCABIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO ELEVADO À CATEGORIA DE CRIME. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE QUE NÃO SE CONFUNDE COM PRISÃO CIVIL. NORMA CONSTITUCIONAL. ENTENDIMENTO DO STF E DESTA CÂMARA. MÉRITO. ALEGADA A ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE DOLO. INVIABILIDADE DELITO COM DOLO GENÉRICO, QUE DISPENSA A INTENÇÃO DE FRAUDAR O FISCO. ADEMAIS, CRIME QUE SE CONSUMA COM A SIMPLES OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. DECLARAÇÕES RELATIVAS AO ICMS QUE SÃO PRESTADAS PELA PRÓPRIA SOCIEDADE EMPRESARIAL. DEVIDAMENTE EVIDENCIADO QUE O APELANTE, SÓCIO-ADMINISTRADOR DA EMPRESA, DEIXOU DE RECOLHER O IMPOSTO NO PRAZO LEGAL. CONFISSÃO DO APELANTE, CONTRATO SOCIAL E CERTIDÃO DE CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELO RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE DO ESTADO DE NECESSIDADE. ALEGAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS. IMPOSTO INDIRETO QUE TEM COMO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA O CONSUMIDOR FINAL. EMPRESA ADMINISTRADA PELO APELANTE E SEU SÓCIO

QUE DETINHA APENAS A OBRIGAÇÃO DE RECOLHIMENTO E REPASSE DAS VERBAS AOS COFRES PÚBLICOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. REQUERIMENTO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONFORME TABELA DA SECCIONAL ESTADUAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS. INVIABILIDADE. VERBA FIXADA EM PRIMEIRO GRAU DE FORMA EQUITATIVA, NOS MOLDES DO ARTIGO 20, § 4º, DO CPC C/C ARTIGO 3º DO CPP. MANUTENÇÃO QUE SE IMPÕE. PREQUESTIONAMENTO. DISPOSITIVOS QUE TRATAM DE MATÉRIA DEVIDAMENTE ANALISADA E FUNDAMENTADA. DESNECESSIDADE DE EXPRESSA MENÇÃO AOS ARTIGOS QUE A DEFESA ENTENDE COMO VIOLADOS. RECURSO CONHECIDO, PRELIMINARES AFASTADAS E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.033632-4, de Joinville, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. em 10/2/2015 – grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90. AGENTE QUE, NA QUALIDADE DE SÓCIO E ADMINISTRADOR, DEIXA DE RECOLHER AOS COFRES PÚBLICOS, NO PRAZO LEGAL, TRIBUTO (ICMS) COBRADO E EFETIVAMENTE PAGO PELOS CONTRIBUINTES DE FATO. PRELIMINARES. NULIDADE EM FACE DA SUPRESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS PRATICADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. OUTRO PROCESSO EM ANDAMENTO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. PUGNADA A CONEXÃO COM AÇÃO PENAL DIVERSA. INDEFERIMENTO. ANÁLISE, ADEMAIS, QUE PODERÁ SER PROCEDIDA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1. Apesar de o delito previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90 ser de menor potencial ofensivo, pois a pena máxima cominada não supera 2 (dois) anos (art. 61 da Lei n. 9.099/95), os fatos foram praticados em continuidade delitiva. 2 Uma vez não preenchidos os requisitos legais para a concessão da suspensão condicional do processo, não há ilegalidade a ser sanada. 3 A sucessão de delitos por um

mesmo agente não é causa de conexão. De qualquer modo, em caso de condenação, o eventual reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de ações penais diversas deverá ser formulado perante o Juízo da Execução. [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.086105-4, de Joinville, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 7/4/2015 – grifou-se).

Com efeito, ainda que as condutas fossem as mesmas, não haveria necessariamente a reunião dos processos na etapa de instrução, e a questão de unificação de penas poderia ser resolvida na seara executiva, como bem exemplifica a doutrina:

Se, não obstante se esteja diante de hipótese de continência resultante do concurso formal, forem instauradas duas ações penais – uma perante a Justiça Federal e outra perante a Justiça Estadual –, pelas mesmas condutas dentre as enunciadas nos incisos do art. 1º da Lei nº 8.137/90, mas levando a supressão ou redução concomitante de tributo federal e estadual, distrital ou municipal, Andreas Eisele lembra que, em sobrevivendo duas condenações, o tema será resolvido em sede de incidente de unificação de penas, o qual, nos termos do art. 111 da Lei nº 7.210/84, Lei das Execuções Penais, é da competência do juízo das execuções penais (*Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 768).

Logo, na hipótese, não há razão para junção das ações penais, pois além de não se justificar para fins de instrução probatória, tampouco haverá prejuízo à defesa em relação à aplicação da regra da exasperação própria à continuidade delitiva, caso venha a se verificar

Ante o exposto, vota-se pela admissão do incidente e pela fixação da seguinte tese jurídica: “A prática de condutas tipificadas como crimes contra a ordem tributária, quando ocorridas em comarcas diversas e com diferentes fatos geradores, cujo ponto convergente é a identidade de agentes – sócios de pessoa jurídica com diversas filiais pelo Estado –, não atrai a unificação de processos, sendo competente para o processamento e julgamento o juízo do local de cada uma das infrações, ressalvada a apreciação de eventual situação de continuidade delitiva no âmbito da

execução penal”.

## VOTO DO CONFLITO

Conforme relatado alhures, Ademir Paulo Bebber, Dalva Terezinha Bebber e Daice Terezinha Gavazzoni foram denunciados por suposta prática de crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º, II, da Lei n. 8.137/90, em continuidade delitiva (art. 71 do CP).

A autoridade suscitada, titular da Vara Criminal da Comarca de Videira, por entender que os fatos narrados na exordial acusatória teriam íntima ligação com outros fatos apurados nas Comarcas de Campos Novos, Curitiba, Fraiburgo, Lages, Santa Cecília, Tangará e Videira, acolheu a exceção de incompetência (autos de n. 0001026-54.2017.8.24.0079) e reconheceu a conexão, na forma do art. 76, I, do Código de Processo Penal.

Concluiu, ainda, que o juízo de Campos Novos estaria prevento, pois a denúncia nos autos n. 0900007-86.2017.8.24.0014 foi recebida em 13/3/2017, bem como seria competente em virtude da regra insculpida no art. 78 do Código de Processo Penal, tendo em vista que o maior número de infrações teria ocorrido naquela Comarca.

Com o recebimento do processo, todavia, o magistrado atuante na Vara Criminal da Comarca de Campos Novos entendeu que não seria competente, suscitando o presente conflito, nos seguintes termos (fls. 524-528 – SAJ5/PG):

Trata-se de ação penal instaurada com o escopo de apurar a responsabilidade por crimes contra a ordem tributária, supostamente cometidos por Ademir Paulo Bebber, Dalva Terezinha Bebber e Daice Terezinha Gavazzoni, ajuizada inicialmente na Comarca de Videira (SC).



Em sede de resposta à acusação, a parte ré postulou o reconhecimento do instituto da conexão entre os crimes ora apurados e outros, cuja ação penal (autos n. 09000007-86.2017.8.24.0014) tramita na Comarca de Campos Novos (SC), requerendo a declinação da competência para processamento conjunto (fls. 359/404).

Acolhida a exceção de incompetência, o feito foi remetido para esta unidade (fls. 513/514).

É o relato do essencial.

DECIDO.

Em que pese o posicionamento contrário exarado pelo juízo de Videira, a posição deste magistrado - já manifestada anteriormente - é de inexistência de conexão entre os crimes averiguados no presente feito e nos autos n. 09000007-86.2017.8.24.0014, razão pela qual se recusa a competência declinada.

Explica-se:

O artigo 76 do Código de Processo Penal dispõe:

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra **infração**.

A conclusão que se chega a partir da leitura do texto legal e das razões expendidas na exceção de incompetência é de que os dispositivos em que se fundamenta o pleito não se amoldam à hipótese em comento.

Isso porque os réus foram denunciados por uma série de crimes, que, conquanto serem de natureza idêntica, não possuem qualquer liame entre si, seja no que diz respeito ao critério subjetivo ou instrumental. Explica-se:

A segunda regra disposta no inciso I do aludido artigo aplica-se em situações onde vários agentes “cometem infrações penais em tempo e lugar diferentes, embora umas sejam destinadas, pelo liame subjetivo que liga os autores, a servir de suporte às seguintes”.

Nesse mesmo sentido foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus n. HC 67.559/DF:

[...]

A hipótese em análise, denota-se, não se coaduna com tal entendimento, vez que as condutas ora apuradas não possuem qualquer elo entre si além da identidade de agentes, e constituem fatos independentes e autônomos, derivando, cada processo, de certidões de dívida distintas.

Os crimes investigados supostamente ocorreram em comarcas diferentes, com diferentes fatos geradores e em ocasiões diversas, inexistindo interligação entre eles.

Nem ao menos se vislumbra a possibilidade de um fato depender ou contribuir para outro, eis que a ocorrência de cada um em nada interfere na prática, apuração e investigação do outro, o que afasta a aplicação do instituto da conexão.

Tampouco é caso de aplicação da regra do inciso III do artigo 76 do Código de Processo Penal, porque, não obstante o rol de testemunhas seja idêntico, os depoimentos serão prestados em relação a cada fato isolado, motivo pelo qual a reunião de processos não favorecerá a produção de provas.

Pelo contrário, o elevado número de infrações averiguadas, cuja prova é sobretudo documental, recomenda a individualização dos feitos, a fim de evitar-se tumulto processual.

Desse modo, considerando que cada fato é independente entre si, os julgamentos também não estão vinculados, podendo ocorrer a procedência

ou improcedência em qualquer deles, sem prejuízo dos demais.

Oportuno, ainda, fazer menção ao texto do artigo 80 do Código de Processo Penal, que dispõe:

Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação.

Evidente, portanto, que, ainda que fosse caso de conexão, a reunião dos feitos não seria obrigatória, sendo facultado ao juiz a separação nos casos em que o julgamento em conjunto for acarretar prejuízo ao andamento do processo, como ocorre na hipótese vertente, em que os crimes apurados ocorreram em lugar e tempo distinto, conforme se observa da documentação carreada nas folhas 408/507.

Tal situação, ressalta-se, não implica cerceamento de defesa, eis que em todos os feitos haverá de ser observado o devido processo legal, e eventual situação de continuidade delitiva será devidamente apreciada pelo juízo da execução, acaso condenados os réus.

[...]

Sendo assim, não se vislumbra motivo que justifique a reunião dos processos, motivo pelo que recuso a declinação (fls. 513/514) e SUSCITO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ao egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com fundamento no artigo 114, inciso I, e artigo 116, §1º, ambos do Código de Processo Penal.

Remetam-se os autos para a superior instância.

Intimem-se. Cumpra-se. (grifo nosso)

Apesar de devidamente explanado e fundamentado o entendimento da magistrada suscitada, razão assiste ao suscitante no caso em apreço.

Não obstante os mesmos agentes serem réus nas ações penais ajuizadas nos municípios de Videira e Campos Novos, porquanto sócios de uma sociedade comercial com diversas filiais pelo estado de Santa

Catarina, notadamente na região serrana, e de se tratar do mesmo tipo penal, os fatos foram apurados em procedimentos administrativos diversos, originando notificações fiscais também autônomas.

Ademais, além de terem sido praticados em localidades distintas, sequer há que se falar em conexão probatória, tendo em vista que, como já mencionado, a conduta praticada em cada uma das filiais é autônoma. E, como bem destacado pelo magistrado suscitante, a principal prova é a documental, consubstanciada nos procedimentos fiscais, sendo desarrazoado vislumbrar aproveitamento de atos processuais comuns.

No mesmo sentido foi o parecer da Douta Procuradoria- Geral de Justiça, por meio do Exmo. Sr. Dr. Rogério Antônio da Luz Bertoni, que salientou: “considerando que cada fato é independente entre si, os julgamentos também não estão vinculados, podendo ocorrer a procedência ou improcedência em qualquer deles, sem prejuízo dos demais” (fl. 9).

No mais, a manutenção dos processos em comarcas distintas não causará prejuízo aos demandados no tocante à continuidade delitiva, que poderá ser analisada e reconhecida após o julgamento, pelo Juízo da Execução Penal, como já destacado neste voto.

Ante o exposto, o voto é pela fixação de tese jurídica, nos termos do § 3º do art. 947 do Código de Processo Civil, e pela procedência do conflito de jurisdição, para declarar competente o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Videira para instrução e processamento do feito, com a devida remessa dos autos.

**Conflito de Jurisdição n. 0000481-27.2017.8.24.0000**

Relator: Desembargador Alexandre d'Ivanenko

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. CONFLITOS NEGATIVOS DE JURISDIÇÃO PROVINDOS DA COMARCA DE CRICIÚMA. DISSONÂNCIA DE POSICIONAMENTOS ENTRE AS CÂMARAS CRIMINAIS DA CORTE. INCIDENTE ADMISSÍVEL. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUÍZO DA 2ª VARA CRIMINAL PARA APURAÇÃO DE INFRAÇÕES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ALTERAÇÃO DE RITO PARA SE PROCEDER À CITAÇÃO POR EDITAL (ART. 66, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.099/95). PROCEDIMENTO COMUM CABÍVEL ÀS DUAS VARAS CRIMINAIS DA MESMA COMARCA. IMPASSE ACERCA DA PROVIDÊNCIA PARA O DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA. ADOÇÃO DA PREVENÇÃO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. PERMANÊNCIA DO PROCESSO NO MESMO JUÍZO. CONFLITO ORIGINÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição n. 0000481-27.2017.8.24.0000, da comarca de Criciúma 1ª Vara Criminal em que é Suscitante Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Criciúma e Suscitado Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Criciúma:

A Seção Criminal decidiu, por maioria de votos, admitir o Incidente de Assunção de Competência - IAC e fixar tese jurídica, nos termos do § 3º do art. 947 do CPC, e julgar procedente o conflito de jurisdição, para, após a redistribuição por vinculação em razão da prevenção, observada a devida compensação, declarar competente o Juízo da 2ª Vara Criminal de Criciúma para instrução e processamento do feito, com a devida remessa dos autos. Vencidos os Desembargadores Sérgio Rizelo, Ernani Gütten

de Almeida, Leopoldo Augusto Brüggemann, Sidney Eloy Dalabrida e Salete Silva Sommariva. Sem custas.

O julgamento, realizado no dia 23 de maio de 2018, teve a participação dos Exmos. Srs Desembargador Jorge Schaefer Martins, Desembargador Carlos Alberto Civinski, Desembargador Sérgio Rizelo, Desembargador Ernani Guetten de Almeida, Desembargador José Everaldo Silva, Desembargador Volnei Celso Tomazini, Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann, Desembargador Luiz Cesar Schweitzer, Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza, Desembargador Norival Acácio Engel, Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo, Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva e Desembargadora Salete Silva Sommariva. Funcionou, pela douta Procuradoria Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 13 de junho de 2018.

Alexandre d'Ivanenko  
PRESIDENTE RELATOR

## RELATÓRIO

Na comarca de Criciúma/SC o juízo da 1ª Vara Criminal suscitou conflito de competência frente a decisão do juízo da 2ª Vara Criminal na mesma comarca, uma vez que a segunda declinou da competência para processar e julgar a ação penal n. 0008047- 35.2015.8.24.0020, na qual é apurada a possível prática de infração de menor potencial ofensivo.

Segundo juízo suscitado, devido à necessidade de se proceder a citação do réu por edital – ato incompatível com o rito sumaríssimo –, a competência concorrente para o juízo comum implicaria a devolução dos

autos para redistribuição entre as unidades.

O juízo suscitante, a seu turno, defendeu que, segundo as regras gerais de prevenção, a competência no presente caso seria do juízo da 2ª Vara Criminal, que recebeu originariamente os autos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer da lavra do Dr. Sidney Eloy Dalabrida, opinou pela redistribuição do feito entre os juízos envolvidos mediante sorteio.

A Quarta Câmara Criminal, diante da constatada divergência de posicionamentos entre os órgãos fracionários, invocou a aplicação analógica do art. 158 do RITJSC para remeter o incidente ao crivo desta Seção Criminal.

Este é o relatório.

## VOTO

Primeiramente, constata-se a admissibilidade do presente Incidente de Assunção, tendo em vista o enfrentamento de “relevante questão de direito, com grande repercussão social” (art. 947 do CPC) de evidente interesse público.

In casu, trata-se de conflito negativo de competência entre as Varas Criminais de Criciúma, que possuem competências privativas e comuns entre elas. A resolução que disciplina as competências de cada uma delas não define sobre a redistribuição dos autos em virtude de alteração do rito processual que modifique a competência, abrindo margem à interpretação divergente entre as Varas acerca da competência para processar e julgar o processo instaurado.

Considerando que inúmeros conflitos deste tema já foram

apreciados neste Sodalício, cujos entendimentos rumaram por caminhos divergentes, faz-se necessária a uniformização da jurisprudência.

Assim, tendo em vista o art. 947, § 4º, do CPC, há de se admitir o presente incidente, para harmonizar as divergências jurisprudenciais entre as Câmaras Criminais deste egrégio Tribunal, e, portanto, dirimir o conflito de competência entre as Varas Criminais de Criciúma.

E, na forma do art. 6º do Ato Regimental TJ n. 154/2017, compete a Seção Criminal julgar a divergência interpretativa e uniformizar as jurisprudências.

Diante disso, há de admitir o presente incidente.

Como já mencionado, a presente ação tem, o objetivo de uniformizar o posicionamento das Câmaras Criminais deste Tribunal com relação ao disposto no art. 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95, ou seja, harmonizar os posicionamentos nos procedimentos sumaríssimos cuja citação pessoal do acusado reste prejudicada no feito, nesse caso, seja encaminhado ao juízo comum para o devido processamento.

Assim, faz-se imperioso analisar o disposto na Resolução n. 13/2011-TJ, no tocante à distribuição de competência entre as Varas Criminais de Criciúma, que assim regulamenta:

Art. 2º Compete privativamente ao Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma:

I – processar e julgar:

- a) os feitos do Tribunal do Júri; e
- b) as causas do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006).

II – cumprir cartas de ordem e cartas precatórias no âmbito de sua competência.

Parágrafo único. As ações penais relacionadas aos crimes contra



os costumes, atualmente em tramitação na 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, não serão redistribuídas, e competirá ao juízo de direito da unidade de processamento e julgamento do acervo remanescente.

Art. 3º Compete privativamente ao Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma:

I – processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo (arts. 60 e 61 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995); e

II – cumprir cartas de ordem e cartas precatórias no âmbito de sua competência.

Parágrafo único. Os processos referidos nos incisos I e II deste artigo, atualmente em tramitação na 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, serão redistribuídos ao Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal.

[...]

Art. 6º As ações penais (art. 93 da Lei n. 5.624, de 9 de novembro de 1979), as cartas precatórias e as cartas de ordem criminais, cuja competência para o processamento e julgamento não seja privativa, serão distribuídas igualmente entre a 1ª e 2ª Varas Criminais da comarca de Criciúma. (grifei)

A resolução supracitada demonstra claramente a competência privativa de cada Vara Criminal, sendo, a 2ª Vara Criminal competente para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo. Contudo, restou claro, no art. 6º, que as ações penais de competência não privativa serão distribuídas igualmente entre as referidas Varas Criminais.

Este tema foi objeto de reiteradas ações propostas pelos mesmos juízos nesta Corte, vale dizer, a divergência interpretativa do disposto na Resolução n. 13/2011-TJ entre a 1ª e 2ª Vara Criminal de Criciúma quando, nos casos de processamento de crimes de menor potencial ofensivo em que se concretizasse o disposto no art. 66, parágrafo único, da Lei n. 9.099/95, a alteração de rito ensejaria na redistribuição do processo.

A 2ª Vara Criminal defende a tese de que, devido a competência comum entre as varas para as ações criminais processadas sob o rito comum, a devolução ensejaria na redistribuição do feito entre as varas criminais. Ao passo que, a 1ª Vara entende que a regra da prevenção deve prevalecer, até porque o ato regulamentar já leva em conta um tratamento isonômico entre as unidades.

A tese abraçada pela 2ª Vara Criminal de Criciúma encontrou eco nas Segunda e Terceira Câmaras Criminais, a exemplo: Conflito de Jurisdição n. 1001648-96.2016.8.24.000, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 18/10/2016; e Conflito de Jurisdição n. 1001906-09.8.24.0000, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, votação unânime, j. 25/10/2016.

Contudo, em que pesem as mencionadas orientações, entendo que a tese defendida pela 1ª Vara Criminal de Criciúma deve prevalecer, pois a distribuição da demanda – mesmo sendo crime de menor potencial ofensivo – torna o juízo prevento como determina o art. 83 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, a prevenção merece preponderar por três motivos.

Primeiro, além da competência privativa dada à 2ª Vara Criminal de Criciúma processar e julgar os processos de menor potencial ofensivo, é competente para processar e julgar os processos que obedecem o rito comum, juntamente com a 1ª Vara, ou seja, nesse segundo caso a competência é comum.

Segundo, a Resolução n. 13/2011-TJ faz presumir, em tese, a adoção do critério de equilíbrio entre a distribuição das demandas entre as Varas.

E, por fim, a devolução dos autos para novo sorteio de distribuição entre as Varas Criminais, resultaria ofensa aos princípios da economia e da celeridade processual, pois afetaria a marcha do processo já em curso na 2ª Vara Criminal.

Assim sendo, destaco os seguintes precedentes:

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. AÇÃO QUE APURA A PRÁTICA DA CONTRAÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR (DECRETO-LEI 3.688/1941, ART. 61). INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. DETERMINAÇÃO DE CITAÇÃO EDITALÍCIA QUE ENSEJOU A MUDANÇA DO RITO DA LEI 9.099/1995 PARA O COMUM. UNIDADES JURISDICIONAIS DE ATRIBUIÇÃO CONCORRENTE. EXEGESE DO ART. 6º, CAPUT, DA RESOLUÇÃO 13/2011 DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO DA PREVENÇÃO (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 83). COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. INCIDENTE CONHECIDO E ACOLHIDO. (TJSC, Conflito de Jurisdição n. 1001907-91.2016.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, Primeira Câmara Criminal, j. 13-12-2016).

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. RÉU DENUNCIADO POR CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO (ART. 34 DO DECRETO 3.688/41). MAGISTRADA DA 2ª VARA CRIMINAL DE CRICIÚMA (JUÍZO SUSCITADO) QUE DETERMINA A REDISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS À VARA CRIMINAL DA MESMA COMARCA, EM FACE DA NECESSÁRIA CITAÇÃO EDITALÍCIA. ACUSADO QUE SE ENCONTRA EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. INVIABILIDADE. ART. 3º, I, E ART. 6º, AMBOS DA RESOLUÇÃO N. 13/2011-TJ. CONFLITO ARGUIDO PELA 1ª VARA CRIMINAL (SUSCITANTE). COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA 2ª VARA CRIMINAL DE CRICIÚMA PARA PROCESSAR E JULGAR CRIME COMUM E CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. CONFLITO PROCEDENTE.

Em tendo sido verificada a necessidade de citação por edital, no âmbito do juizado especial criminal e, sendo a mesma Vara Criminal competente para processar e julgar crime de natureza comum, conforme Resolução n. 13/2011TJ, não há falar em necessidade de redistribuição do feito para outra Vara Criminal que possui competência concorrente. (TJSC, Conflito de Jurisdição n. 1001464- 43.2016.8.24.0000, de

Criciúma, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, Quarta Câmara Criminal, j. 17-11-2016).

Diante disso, verifica-se que, apesar da devolução dos autos à origem para redistribuição, a competência será definida pela prevenção por força do art. 83 do Código de Processo Penal, mormente após a realização de atos ou medidas no processo, como determina o mandamento legal, o que torna o juízo prevento para o julgamento, observada a devida compensação.

Ademais ensina Guilherme de S. Nucci:

“[...] ato do processo é a decisão jurisdicional pertinente à ação penal em andamento, como ocorre com o recebimento da denúncia ou da queixa. Medida a este relativa significa a possibilidade de não haver processo instaurado e, durante esta fase de investigação, o magistrado ser chamado para proferir decisão de caráter jurisdicional, como a concessão de mandado de busca e apreensão, a decretação de uma prisão preventiva ou até decretação de medida assecuratória.” (Código de Processo Penal Comentado, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 273)

**Pelo exposto, deve ser fixada a tese jurídica nos seguintes termos:** “Nas comarcas em que houver mais de uma Vara Criminal que possuam competências privativas e acumulem entre elas a competência comum, o deslocamento processual em decorrência do rito reclamado deve ocorrer na mesma unidade jurisdicional, com redistribuição por vinculação em razão da prevenção, observada a devida compensação”.

Diante disso, julga-se procedente o conflito e declara-se a competência da 2ª Vara Criminal para prosseguimento do feito pela justiça comum.

Ex positis, entendo que se deve admitir o Incidente de Assunção de Competência - IAC e fixar tese jurídica, nos termos do § 3º do art. 947 do CPC/2015, e julgar procedente o conflito de jurisdição, para, após a redistribuição por vinculação em razão da prevenção, observada a

devida compensação, declarar competente o Juízo da 2ª Vara Criminal de Criciúma para instrução e processamento do feito, com a devida remessa dos autos.

Este é o voto.

## PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

**Revisão Criminal n. 4028389-88.2017.8.24.0000, Blumenau**

Relator: Desembargador Getúlio Corrêa

REVISÃO CRIMINAL (CPP, ART. 621, I) – CONDENAÇÃO PELO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (LEI N. 10.826/03, ART. 14) – MILITAR DO EXÉRCITO QUE APRESENTA IDENTIDADE FUNCIONAL, AUTORIZAÇÃO INTERNA DO EXÉRCITO PARA PORTE E PARA A TRANSFERÊNCIA DA ARMA, EM NOME DE PARTICULAR, ALÉM DO CERTIFICADO DE REGISTRO (CRAF) NO MOMENTO DA ABORDAGEM – DOCUMENTO (CRAF/PAF), POR RAZÕES BUROCRÁTICAS, EMITIDO DE FORMA SUPERVENIENTE – ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA.

*“Um pragma não é típico simplesmente por reunir os elementos característicos do respectivo tipo sistemático, exigindo-se, ademais, seja ele antinormativo, ou seja, que efetivamente viole a norma dedutível do tipo realizando a ofensa ao bem jurídico. O alcance proibitivo dessa norma não é contudo aferido apenas a partir de sua consideração isolada, a partir de sua dedução lógico-formal: ela integra um universo de normas proibitivas ou preceptivas, vinculáveis a princípios, que instituem uma ordem normativa. [...]”* (E. Raul Zaffaroni, et al.)

PROCEDÊNCIA DO PLEITO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4028389-88.2017.8.24.0000, da comarca de Blumenau 2ª Vara Criminal em que é Requerente: Thiago Gomes de Araújo.

O Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer e deferir o pedido, a fim de absolver o requerente. Sem custas. Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Rui Fortes (Presidente), José Everaldo Silva, Leopoldo Augusto Brüggemann, Luiz Neri Oliveira de Souza, Júlio César M. Ferreira de Melo, Jorge Schaefer Martins, Paulo Roberto Sartorato e Sérgio Rizelo.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes.

Florianópolis, 28 de março de 2018.

Desembargador Getúlio Corrêa  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal ajuizada por Thiago Gomes de Araújo contra sentença condenatória transitada em julgado nos autos da Ação Penal n. 0023439-27.2010.8.24.0008, da Comarca de Blumenau (2ª Vara Criminal).

O ora revisionando foi denunciado pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo (Lei n. 10.826/03, art. 14), em razão dos fatos assim narrados na inicial acusatória:

“Consta do incluso inquérito policial que no dia 10 de outubro de 2010, o militar ora denunciado estava de folga de serviço e veio a Blumenau para visitar a Oktoberfest. Por não ter encontrado hotel disponível, estacionou seu veículo na Rua XV de Novembro e dormiu portando uma pistola TAURUS, 380, municada com 16 munições

na cintura. A polícia militar foi acionada, tendo sido constatado que o denunciado, naquele momento, transportava arma de fogo e munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (fls. 148-149).

Instruído o processo criminal, o Magistrado Clayton Cesar Wandscheer condenou o revisionando à pena de de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicialmente aberto (art. 33, parágrafo 2º, alínea “c” do CP), e 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo ao tempo dos fatos, por infração ao art. 14 da Lei n. 10.826/2003, c/c art. 65, III, “d”, do Código Penal, substituída por duas penas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade, (art. 46, § 1º do CP) por tempo igual a pena privativa de liberdade, a ser indicada pelo Juízo da Execução; e na prestação pecuniária no valor de R\$ 788,00 a uma instituição a ser indicada pela Central de Apoio à Execução Penal da comarca de Blumenau.

Houve trânsito em julgado em 17.06.2015 para acusação e em 08.09.2016 para a defesa (fl. 257), sem que houvesse recurso.

A pena foi extinta pelo cumprimento.

O postulante formulou o pedido revisional com fundamento no art. 621, I do CPP (fls. 1-13).

Para tanto, relatou que, no dia 10 de outubro de 2010, o requerente, militar do Exército, transportava em seu automóvel, com a autorização exigida, uma pistola da marca Forjas Taurus, modelo PT 58 SS, calibre .380, n. KPD81812, quando foi abordado por Valmir Steinbach, policial militar. Disse ter se apresentado como Oficial do Exército, com apresentação de sua identidade militar, bem como da documentação referente à autorização e ao registro da arma que transportava. Ainda assim, narrou ter sido conduzido à Central da Polícia Civil de Blumenau



e o Delegado de Polícia entendeu por não lavrar o Auto de Prisão em Flagrante (APF), diante da atipicidade da conduta.

Segundo o ora autor, a denúncia foi ofertada e recebida, houve apresentação da defesa e na audiência de instrução e julgamento apresentou cópia do certificado do registro da arma e a autorização para portá-la.

Sucedede que, ainda de acordo com o requerente, foi condenado a uma pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicialmente aberto, e 10 (dez) dias-multa, estes no valor mínimo legal, como incurso no art. 14 da Lei n. 10.826/03, substituída por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços comunitários e prestação pecuniária. Disse já ter havido a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena.

Defendeu a ilegalidade manifesta da conduta diante da atipicidade formal e material da conduta ao argumento de que, em 25.03.2010, protocolizou requerimento para autorização e transferência da arma de fogo ao Comandante da Organização Militar que servia à época (2º Batalhão de Infantaria Leve), ou seja, anteriormente à data dos fatos. Em 30.04.2010, conforme o Boletim Interno Reservado, foi publicada a autorização para a confecção e emissão do Certificado de Registro de Arma de Fogo (CRAF) e o Porte de Arma de Fogo (PAF) e o fato que originou a condenação é superveniente, isto é, de 10.10.2010.

Sustentou que a autorização foi “**consignada em documento oficial de caráter permanente em data pretérita ao fato que lastreou a condenação.** Vale lembrar que a palavra homologar, do grego *homologeîn*, significa, *ipsis literis*, dizer o mesmo. Assim, a emissão apenas diz aquilo que é prévio ao registro, ou seja, sua autorização” (fl. 3).

Afirmou ter sido condenado com fundamento no art. 23 do Decreto

n. 5123/04 por não portar documento que lavra o porte, ou seja, obrigação criada por um ato administrativo, o que viola o princípio da fragmentariedade.

Enfatizou que o art. 14 do Estatuto do Desarmamento exige que o sujeito esteja desautorizado. No caso, havia não só autorização prévia como também registro da arma no sistema devido. Assim, aduziu não haver crime diante do fato do não cumprimento do art. 23 do decreto supracitado, pois decorrente de norma infralegal.

Dessa forma, requereu a cassação da sentença penal condenatória ao argumento de que é contrária a texto legal, diante da atipicidade da conduta.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Fábio Strecker Schmitt, manifestou-se pelo não conhecimento do pedido (fls. 284-288).

## VOTO

1. O voto, adianta-se, é pelo conhecimento e procedência do pedido, diante do reconhecimento da atipicidade da conduta.
2. O rol taxativo do art. 621 do CPP dispõe que a revisão criminal é medida excepcional, somente admitida quando a sentença for contrária a texto expresso de lei penal ou à evidência dos autos (inciso I); fundar-se em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos (inciso II); ou, após a sentença, descobrirem-se novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial de pena (inciso III).

A sentença, da lavra do eminente Juiz de Direito Clayton Cesar Wandscheer, condenou o ora autor pela prática do crime de porte ilegal de armas, sob os seguintes fundamentos:

“2.1. Trato de ação penal pública incondicionada, por meio da qual se pretende a tutela repressiva penal de Thiago Gomes de Araújo, o qual teria praticado o delito do art. 14 da Lei nº 10.826/2003, assim redigido:

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, **sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar**:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

2.2. Para comprovação da materialidade do crime de porte ilegal basta o Auto de Exibição e Apreensão (fl. 04), que, no caso, informou a apreensão de “uma pistola, marca Taurus, KPD 81812, calibre .380, devidamente municada com 16 (dezesseis) munições de mesmo calibre”, porque, tratandose de delito de mera conduta, que não exige resultado naturalístico, a ausência de prova técnica acerca da potencialidade lesiva da arma não é suficiente para descaracterizá-lo.

Acerca do tema, inclusive, o Egrégio TJSC já decidiu:

APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. LEI N. 10.826/03, ART. 14. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. MATERIALIDADE. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. POTENCIALIDADE LESIVA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. VERIFICAÇÃO TÉCNICA DA EFETIVIDADE DA ARMA DISPENSÁVEL.

A despeito da divergência presente nos tribunais superiores, as câmaras criminais desta Corte de Justiça firmaram posicionamento de que o porte ilegal de arma de fogo (Lei n. 10.826/03, art. 14), sendo crime de perigo abstrato, prescinde de perícia a demonstrar a potencialidade lesiva da arma ou munição.

ABSOLVIÇÃO. INEFICIÊNCIA DA ARMA. IRRELEVÂNCIA. CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO.

### CONDENAÇÃO MANTIDA.

“A objetividade jurídica dos crimes de porte e posse de arma de fogo tipificados na Lei 10.826/03 não se restringe à incolumidade pessoal, alcançando, por certo, também, a liberdade pessoal, protegidas mediamente pela tutela primária dos níveis da segurança coletiva, do que se conclui ser irrelevante a eficácia da arma para a configuração do tipo penal. Precedentes do STJ” (STJ, Habeas Corpus n. 101.930/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 7.8.2008).

DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. POTENCIALIDADE LESIVA EXTREMA DA ARMA. ESPINGARDA CALIBRE 12. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MANUTENÇÃO.

A potencialidade da arma de fogo apreendida, assim como a quantidade de armamento apreendido, pode ser valorada para fixar a pena-base acima do mínimo legal. No caso, o magistrado considerou que o porte de uma espingarda de calibre 12 excedeu a normalidade do tipo penal, em razão de sua potencialidade lesiva. (Apelação Criminal n. 2013.023532-8, de Trombudo Central, Quarta Câmara Criminal, Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 18/09/2014, grifei).

Ou ainda:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. DISPARO DE ARMA DE FOGO E PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA TÉCNICA NO ARTEFATO APREENDIDO PARA ATESTAR A SUA EFICIÊNCIA. DESNECESSIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO.

“A inexistência de laudo pericial atestando a inaptidão do revólver apreendido mostra-se irrelevante, pois o delito do art. 14 da Lei 10.826/03 configura-se com o simples enquadramento do agente em um dos verbos descritos no tipo penal repressor. Ordem denegada”. (HC 107112//MG, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 2/3/2010, DJe 26/4/2010). (...) . (Apelação Criminal n. 2012.067422-8, de Lages, Quarta Câmara Criminal, Relator: Des. Newton Varela Júnior, j. 06/03/2014).

Além disso, trata-se de crime de perigo, pois a arma de fogo, por sua natureza, é instrumento hábil para produção de eventos danosos a outrem, que podem variar desde lesões até a morte. Sobre a espécie de perigo, se abstrato (= presumido) ou concreto, chega-se à conclusão, também, que o delito em tela não exige a exposição de terceiro a risco de lesão, o qual nem é mencionado como elementar, ou seja, sua configuração prescinde da utilização da arma de fogo, bastando que o agente a possua ou a leve consigo.

Embora exista divergência doutrinária sobre o tema, o certo é que o porte de arma de fogo é crime de perigo abstrato, conforme pugnado por FERNANDO CAPEZ, que não só o classifica desta forma (Estatuto do Desarmamento: comentários à Lei n. 10.826, de 22.12.2003, SP: Saraiva, 2005, p. 43), como também justifica sua posição, rebatendo as críticas a ela dirigidas ao argumentar, em síntese, que a proibição da conduta, da qual se origina a possibilidade de o agente causar dano a outrem, é incriminada pelo legislativo no uso de sua atribuição constitucional, delegada pelo poder popular (op. cit., p. 46/47).

Por isso, o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03, é de mera conduta e de perigo abstrato, sendo desnecessária a realização de laudo pericial para constatação da eficácia lesiva da arma, sobretudo se em nenhum momento do processo foi posta em dúvida a sua capacidade de disparo.

Damásio de Jesus lembra que “perigo presumido (ou abstrato) é o considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo. É a lei que o presume *juris et de jure*. Não precisa ser provado. Resulta da própria ação ou omissão” (Direito Penal, v. 1, Parte geral, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 167).

Vale destacar que o próprio acusado confirmou que veio para a Oktoberfest, sendo que não conseguiu hotel e dormiu no carro, portando sua arma de fogo. Disse que quando foi abordado pelos policiais a arma estava próxima ao freio de mão do carro, bem como disse que foi orientado pelo batalhão a não portá-la até que o processo de regularização da arma estivesse pronto. Afirmou, ainda, que na data dos fatos não sabia se este processo de regularização da arma estava ou não concluído, mas imaginava que sim pelo tempo que tinha dado início ao procedimento.

Por isso, trazia a arma consigo (fl. 83-mídia).

A testemunha José Luiz confirmou que conhece Thiago e que ele já era militar à época dos fatos, bem como estava com o acusado quando foram abordados pela polícia e confirmou que seu amigo estava armado. Informou que Thiago já havia dado entrada na regularização do registro da arma, mas, ao que parece, na ocasião, a polícia constatou haver alguma irregularidade com a documentação e apreendeu o bem. Por fim, esclareceu que ano passado Thiago conseguiu regularizar a arma e já a havia retirado na delegacia de Blumenau (fl. 18-mídia).

Destaco, ainda, que o Policial Militar Valmir Steinbach disse que no dia dos fatos um civil abordou a viatura deles e relatou que num veículo próximo dali havia um rapaz dormindo no carro com uma arma na cinta e o veículo estava com os vidros abertos. Declarou que foram até o local e constataram que realmente o acusado estava dormindo com a arma na cinta. Foi pedido para ele sair do veículo e feito revista pessoal, sendo a arma apreendida. Disse que, posteriormente, o acusado afirmou ser militar. Porém, constataram que havia irregularidades no porte de arma (fl. 83-mídia).

2.3. Deste modo, entendo que a autoria restou comprovada, pois não se pode deixar de olvidar que o próprio acusado admitiu a prática do fato descrito na denúncia, ao confirmar, em seu interrogatório, que portava a arma de fogo, mesmo tendo sido orientado a não andar armado até que todo o procedimento de regularização do porte de arma estivesse concluído. Ainda, segundo Thiago, quando ele foi abordado ele imaginava que tal processo de regularização da arma já estivesse concluído, mas não sabia se o porte já estava regularizado. Porém, mesmo assim, portava a arma no dia dos fatos.

Assim, entendo que tanto as palavras do réu quanto do policial que o abordou, e também a prova material, dão conta de que o agente portava ilegalmente arma de fogo de uso permitido. Isso porque os fatos ocorrem em 10/10/2010 e o documento de fl. 22 comprova que Thiago obteve a autorização para transferência da arma para o seu nome apenas em 11/11/2010, tendo o registro sido efetivado tão somente em 24/01/2011 (fl. 82).

2.4. Sem razão o Defensor quando alega que o fato é atípico porque o acusado é militar e, por isso, possui autorização para andar armado. Ora, como visto, no momento da abordagem de Thiago a referida documentação não estava em dia, posto que apenas em 11/11/2010 ele obteve autorização do órgão competente para mudar a arma para o seu nome, o que foi, de fato, efetivado tão somente em 24/01/2011 (fl. 82).

2.5. Sem razão também, quando requer a desclassificação do delito para o do art. 12 da Lei de Armas. Isso porque restou provado que o acusado foi flagrado portando a arma dentro do seu veículo, e não em seu local de trabalho ou residência, como exige o art. 12.

Sobre o tema, é da jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO (ART. 12, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003). INVIABILIDADE. APELANTE ABORDADO TRANSPORTANDO UM REVÓLVER NO INTERIOR DO SEU VEÍCULO, O QUAL NÃO PODE SER CONSIDERADO EXTENSÃO DE SUA RESIDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“[...] para configurar o delito de posse de arma de fogo o artefato bélico deve ter sido apreendido na casa ou no trabalho do acusado, e não em seu veículo, pois, nessa última hipótese, configura-se o crime de porte” (Apelação Criminal n. 2011.042892-7, de Lebon Régis, rel. Des. Torres Marques, j. em 7.10.2011). (Apelação Criminal n. 2011.089054-4, de Capinzal, rel. Des. Rodrigo Collaço, Quarta Câmara Criminal, j. 14-2-2013)” (Apelação Criminal n. 2014.030310-5, de Imaruí, Primeira Câmara Criminal, Rel: Desa. Marli Mosimann Vargas, j. 03/02/2015).

Deste modo, inviável acolher-se os argumentos defensivos de ausência de provas e desclassificação do delito, porque caracterizada a prática do delito do art. 14 da Lei de Armas por parte do acusado”.

Alega o autor a ocorrência de ilegalidade manifesta a autorizar a modificação do julgado. Com razão, já que o fato é materialmente atípico.

É cediço que o delito tipificado no art. 14 da Lei n. 10.826/2003 é de perigo abstrato, ou seja, para a sua configuração basta que o agente pratique um dos elementos do tipo penal, sendo despendida a demonstração do potencial lesivo do armamento e munição apreendidos.

Para ortar uma arma de fogo de uso permitido, o Militar do Exército, conforme disciplina a Portaria n. 01/2006, do Comando Logístico do Exército, em seu art. 13, e “*deverá conduzir o CRAF/PAF e sua identidade militar*”.

Assim, a ausência de apresentação desses documentos tornaria irregular o porte da arma de fogo de uso permitido pelo Militar das Forças Armadas.

Como dito pelo Magistrado, a prova testemunhal e documental dá conta de que o requeute, à época, Aspirante a Oficial de Infantaria do Exército Brasileiro (fl. 162), em 10.10.2015, fora do serviço, portava arma de uso permitido cujo registro estava em nome de terceiro (CRAF de fl. 155).

Sucedo que, conforme elucidou o próprio requerente e também o policial militar Valmir Steinbach, que fez a abordagem, além de sua identificação militar e do Certificado de Registro de Arma de Fogo (CRAF) em nome de terceiro, o Aspirante a Oficial do Exército Thiago Gomes de Araújo apresentou também um documento interno do 2º Batalhão da Infantaria Leve que comprova que requereu a autorização para transferência e porte da referida arma anteriormente aos fatos, em 25.03.2010, sendo que a autorização interna para transferência ocorreu no mês seguinte, em 30 abril de 2010, também anteriormente aos fatos (fl. 06 da ação penal, fl. 156 destes autos de revisão criminal).

Ademais, o citado documento de fl. 22 da ação penal que comprovaria que a regularização da arma, com a devida baixa no SINARM, deu-se de



forma superveniente, **demonstra que o ofício do exército solicitando tal baixa remonta 31.05.2010, ainda que a emissão do Certificado de Registro de Arma/Porte de Arma de Fogo (CRAF/PAF) tenha sido realizada em 11.11.2010, ou seja, posteriormente ao fato** (fl. 172 desses autos).

Não se tem dúvidas de que se está diante de hipótese formalmente típica, contudo, atípica materialmente, diante da ausência de lesividade substancial ao bem jurídico tutelado, porquanto autorizada pelo superior hierárquico, ainda que a baixa no SINARM e a emissão do CRAF/PAF tenha ocorrido de forma superveniente.

A questão, a meu sentir, não pode ultrapassar a esfera administrativa (aqui, abre-se um parênteses para consignar a abertura de sindicância no âmbito do Exército Brasileiro para apuração dos fatos, conforme ofício constante à fl. 271), uma vez que ausente a tipicidade material indispensável para a caracterização de ilícito penal, com vistas à observância da natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal, pois a conduta não atinge de forma socialmente relevante o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, qual seja, a segurança pública.

Ora, o princípio da ofensividade ou lesividade (*nullum crimen sine iniuria*) exige que do fato praticado ocorra lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, isto é, só existe crime quando há ofensa concreta ao bem jurídico. Daí se concluir que para que o delito se configure é necessário, sempre, desvalor da ação (a realização de uma conduta) assim como desvalor do resultado (afetação concreta de um bem jurídico).

Não existindo, portanto, afetação concreta e substancial ao bem jurídico não há injusto penal, ou seja, não há crime.

A propósito, colhe-se da doutrina:

*“Para haver conflitividade, é preciso que haja ofensa e sujeito imputado. Na falta de qualquer um desses dois elementos não há conflito. [...] Constata-se a lesividade verificando-se: a) desde logo, se o pragma afetou verdadeiramente o bem jurídico (constitucionalmente legitimado e cuja ofensa é proibida por norma); b) se tal afetação (por lesão ou por perigo) foi substancial, significativa; c) se não incidem outras normas que, recortando e limitando o alcance proibitivo da norma deduzida do sentido semântico do tipo isolado, o invalidem descaracterizando, assim, a afetação do bem jurídico.*

*[...] Um pragma não é típico simplesmente por reunir os elementos característicos do respectivo tipo sistemático, exigindo-se, ademais, seja ele antinormativo, ou seja, **que efetivamente viole a norma dedutível do tipo realizando a ofensa ao bem jurídico. O alcance proibitivo dessa norma não é contudo aferido apenas a partir de sua consideração isolada, a partir de sua dedução lógicoformal: ela integra um universo de normas proibitivas ou preceptivas, vinculáveis a princípios, que instituem uma ordem normativa.** [...]” (ZAFFARONI, E. et al. *Direito penal brasileiro – II*. 2. ed., 1. reimp. Rio de Janeiro: Renan, 2013).*

Imperiosa, dessarte, a observância, diante da ocorrência de um fato tido como criminoso, se houve efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido.

E, no caso, como visto, ainda que se trate de crime de perigo, o requerente portava documento interno do Exército autorizando o porte e a transferência do armamento, além de sua identificação militar e o CRAF da arma em nome de terceiro, a indicar a ausência de lesividade substancial, ou seja, nenhum ou ínfimo risco à segurança pública.

O mesmo raciocínio utilizado pelo STJ para decidir os casos de posse de arma com registro vencido deve ser aplicado ao caso sob exame, uma vez que o autor tinha autorização interna do exército para transferir/portar a

arma, mas, por razões burocráticas, o processo ainda não estava concluído quando dos fatos. A propósito, mudando o que deve ser mudado, colhe-se a seguinte decisão da Corte Especial daquele Tribunal de Sobreposição:

*“PENAL. ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. GUARDA DE ARMA EM RESIDÊNCIA COM REGISTRO VENCIDO. CONDUTA ATÍPICA. AUSÊNCIA DE DOLO. ART. 16 DO MESMO ESTATUTO. POSSE E GUARDA DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. CONSELHEIRO EQUIPARADO A DESEMBARGADOR. LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA E DIREITO A PORTE DE ARMA PARA DEFESA PESSOAL. NÃO DISCRIMINAÇÃO NA LOMAN ENTRE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO. ATIPICIDADE RECONHECIDA. 1. Os objetos jurídicos dos tipos previstos nos arts. 12 (guarda de arma de uso permitido em residência) e 16 (posse de munição de uso restrito) da Lei n. 10.826/2003 - Estatuto do Desarmamento - são a administração pública e, reflexamente, a segurança, incolumidade e paz pública (crime de perigo abstrato). No primeiro caso, para se exercer controle rigoroso do trânsito de armas e permitir a atribuição de responsabilidade pelo artefato; no segundo, para evitar a existência de armas irregulares circulando livremente em mãos impróprias, colocando em risco a população. 2. Se o agente já procedeu ao registro da arma, a expiração do prazo é mera irregularidade administrativa que autoriza a apreensão do artefato e aplicação de multa. A conduta, no entanto, não caracteriza ilícito penal. 3. Art. 16 do Estatuto do Desarmamento é norma penal em branco que delega à autoridade executiva definir o que é arma de uso restrito. A norma infralegal não pode, contudo, revogar direito previsto no art. 33, V, da Lei Complementar n. 35/1979 - Lei Orgânica da Magistratura - e que implique ainda a criminalização da própria conduta. A referida prerrogativa não faz distinção do direito ao porte de arma e munições de uso permitido ou restrito, desde que com finalidade de defesa pessoal. 4. Não se trata de hierarquia entre lei complementar e ordinária, mas de invasão de competência reservada àquela por força do art. 93 da Constituição de 1988, que prevê lei complementar para o Estatuto da Magistratura (art. 93). Conflito de normas que se resolve em favor da interpretação mais benéfica à abrangência da prerrogativa também em relação à munição de uso restrito. 5. A Portaria do Comando do Exército n. 209/2014 autoriza membro do Ministério Público da União ou da magistratura a adquirir até duas armas*

*de uso restrito (357 Magnum e ponto 40) sem mencionar armas e munições 9mm. É indiferente reconhecer abolitio criminis por analogia, diante de lei própria a conferir direito de porte aos magistrados. 6. Denúncia julgada improcedente com fundamento no art. 386, III, do CPP” (AP n. 686, Min. João Otávio de Noronha, j. 21.10.2015).*

**3.** Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e procedência do pedido.

**Revisão Criminal n. 4003724-71.2018.8.24.0000, de Camboriú**

Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato

REVISÃO CRIMINAL. ACUSADO CONDENADO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO PARA ASSEGURAR A IMPUNIDADE DE OUTRO CRIME E ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS, EM CONCURSO MATERIAL (ARTS. 121, § 2º, INCISO V, E 157, § 2º, INCISOS I E II, C/C ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL). PRETENDIDA REFORMA DA DOSIMETRIA. MEDIDA EXCEPCIONAL EM SEDE DE REVISÃO. POSSIBILIDADE APENAS EM CASO DE ERRO TÉCNICO OU FLAGRANTE INJUSTIÇA. SEGUNDA FASE. ALMEJADA COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INVIABILIDADE. PREPONDERÂNCIA DAQUELA SOBRE ESTA, POR SER O REQUERENTE MULTIRREINCIDENTE. PRETENDIDA MITIGAÇÃO DA REPRIMENDA NA TERCEIRA FASE DOSIMÉTRICA. MAJORAÇÃO NO PATAMAR DE 3/8 (TRÊS OITAVOS) EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA A LEGITIMÁ-LA. SENTENÇA POSTERIOR À PUBLICAÇÃO DA SÚMULA 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADEQUAÇÃO QUE SE IMPÕE. PEDIDO REVISIONAL DEFERIDO EM PARTE.

1. A reforma do cálculo de pena em sede de revisão criminal apresenta-se como medida absolutamente excepcional, somente sendo cabível “[...] quando comprovado o erro técnico ou a ocorrência de injustiça explícita do julgado, circunstâncias que caracterizam a violação do texto e/ou a vontade da lei”. (TJSC - Revisão Criminal n. 2012.039402-1, de Caçador, Seção Criminal, Rel. Des. Torres Marques, j. em 29/08/2012).

2. Torna-se possível a compensação entre atenuante da confissão

espontânea e a agravante da reincidência, desde que esta não seja específica ou o réu multirreincidente.

3. No caso do crime de roubo circunstanciado, a utilização do fracionário de 3/8 na terceira fase da dosimetria exige concreta fundamentação. Tal fundamentação, a propósito, pode ser breve, sucinta, desde que exponha os motivos concretos (além do simples número de circunstâncias) que levaram o juiz sentenciante a optar por determinado grau de majoração.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4003724-71.2018.8.24.0000, da comarca de Camboriú (Vara Criminal) em que é Requerente Anderson Luis dos Passos.

O Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, deferir parcialmente o pedido, para, em relação ao crime de roubo, reduzir o *quantum* de aumento na terceira fase da dosimetria para 1/3 (um terço), redimensionando a reprimenda total imposta ao requerente para 18 (dezoito) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, nos termos da fundamentação, mantidos os demais termos da condenação. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Des. Alexandre d'Ivanenko, com voto, e dele participaram, com voto, os Exmos. Des. Sérgio Rizelo, Des. José Everaldo Silva, Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Des. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Des. Luiz Neri Oliveira de Souza e Des. Norival Acácio Engel.

Funcionou na sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Rogério Antônio da Luz Bertocini.

Florianópolis, 25 de julho de 2018.

Desembargador Paulo Roberto Sartorato  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de pedido de revisão criminal formulado por Anderson Luis dos Passos, que, na 2ª Vara da Comarca de Camboriú, por meio do Processo Crime n. 113.03.002800-2 (0002800- 08.2003.8.24.0113), foi condenado à pena privativa de liberdade de 18 (dezoito) anos, 08 (oito) meses e 07 (sete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual no seu valor mínimo legal, por infração aos artigos 121, § 2º, inciso V, e 157, § 2º, incisos I e II, c/c art. 69, todos do Código Penal (fls. 25/30).

Interposto recurso de apelação pela defesa, a Colenda Quarta Câmara Criminal deste Tribunal, por meio de acórdão da lavra do eminente Des. José Everaldo Silva, negou provimento ao recurso do ora revisionando (fls. 32/42), decisão que transitou em julgado para a defesa em 26/03/2013 e para a acusação em 18/04/2013 (fls. 44 e 46, respectivamente).

O requerente, por intermédio da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, escorado no art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, pleiteou a revisão criminal do referido processo findo. Pretende, em suma, a compensação integral, na segunda fase da dosimetria de ambos os delitos pelo qual foi condenado, da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Salienta, também, a necessidade de minoração da pena na terceira fase do delito de roubo, pleiteando a aplicação da fração de 1/3 (um terço) ante a ausência de fundamentação (fls. 01/08).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Paulo Roberto Speck, opinou pelo deferimento parcial do pedido revisional, tão somente para que seja minorada a pena fixada na terceira etapa dosimétrica relativa ao crime de roubo (fls. 54/58).

Este é o relatório.

## VOTO

Inicialmente, cumpre frisar que a revisão criminal é o instrumento processual de natureza excepcionalíssima que viabiliza a desconstituição de uma decisão abrigada pelo manto da coisa julgada, cujas hipóteses de cabimento restam taxativamente enumeradas pelo art. 621 do Código de Processo Penal:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, “[...] o acolhimento de pretensão revisional, na esfera criminal, há de ser excepcional, pois o que se pretende é alterar a coisa julgada”. (Código de Processo Penal Comentado. 11<sup>a</sup>. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1073).

Assim, certo que o pleito revisional não poderá jamais ser confundido com um segundo recurso de apelação, só podendo prosperar quando verificada alguma das hipóteses elencadas no referido dispositivo legal supracitado.



No caso sob análise, o requerente tem como objetivo a readequação da pena que lhe foi imposta, compensando integralmente na segunda fase da dosimetria de ambos os crimes a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Além disso, pleiteia a necessidade de minoração da pena na terceira fase do delito de roubo, almejando a aplicação da fração de 1/3 (um terço) ante a ausência de fundamentação.

Os pleitos em questão não foram objeto de análise quando do julgamento do recurso de apelação por esta Corte de Justiça (fls. 32/42), já que o requerente, nas razões recursais, somente objetivou a nulidade do julgamento, sob alegação de decisão contrária às provas dos autos, nada requerendo acerca da dosimetria das penas.

Sabe-se que a fixação da pena é um “[...] processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (*mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena*) deve eleger o *quantum ideal*, valendo-se do seu livre convencimento (*discricionariedade*), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (*juridicamente vinculada*)” (NUCCI, Guilherme. Código Penal comentado. 10<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 393).

Não se olvida, ainda, que a reforma do cálculo de pena em sede de revisão criminal apresenta-se como medida absolutamente excepcional, somente sendo cabível “[...] quando comprovado o erro técnico ou a ocorrência de injustiça explícita do julgado, circunstâncias que caracterizam a violação do texto e/ou a vontade da lei”. (TJSC - Revisão Criminal n. 2012.039402-1, de Caçador, Seção Criminal, Rel. Des. Torres Marques, j. em 29/08/2012).

*In casu*, o requerente pleiteia a compensação entre a agravante prevista no art. 61, inciso I, e a atenuante prevista no artigo 65, inciso III,

álínea “d”, ambos do Código Penal.

Entendo que havendo concurso entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, deve a primeira preponderar sobre a segunda, nos termos do art. 67 do Código Penal.

Leia-se, a propósito, mencionado dispositivo legal:

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

A respeito, extrai-se escólio de Celso Delmanto:

Quando ocorre concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, devem prevalecer, sobre as circunstâncias objetivas, as de cunho subjetivo, que o CP classifica como preponderantes, ou seja, as que resultam ou se originam dos motivos do crime, personalidade do agente e reincidência. (Código Penal Comentado, 8ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 273).

Neste sentido, também leciona Julio Fabbrini Mirabete:

As circunstâncias atenuantes e agravantes não têm o mesmo peso na quantidade da pena a ser diminuída ou aumentada, e deve o juiz, quando existentes ambas, fazer com que a pena se aproxime do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. A lei dispõe, embora sem fundamento científico para tal, que essas circunstâncias são as que dizem respeito aos motivos do crime, à personalidade e à reincidência (Código penal interpretado. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 361).

Destarte, assim vinha decidindo:

REVISÃO CRIMINAL. ACUSADO CONDENADO POR USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CÓDIGO PENAL). PRETENDIDA REFORMA DA DOSIMETRIA. MEDIDA EXCEPCIONAL EM SEDE DE REVISÃO. REQUERIDA A EXCLUSÃO, NA PRIMEIRA FASE DOSIMÉTRICA, DA VALORAÇÃO NEGATIVA REFERENTE AOS ANTECEDENTES, PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. CABIMENTO

PARCIAL. REQUERENTE COM DUAS CONDENAÇÕES PENAIS PRETÉRITAS DEFINITIVAS. TRÂNSITO EM JULGADO DE UMA DELAS HÁ MAIS DE 05 (CINCO) ANOS. IRRELEVÂNCIA. DECISÃO INÁBIL À CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA, MAS APTA À CONFIGURAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL MANTIDA. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE AFASTADAS. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS NOS AUTOS À SUA VALORAÇÃO. TERCEIRO PROCESSO CRIME EM DESFAVOR DO REQUERENTE AINDA EM TRÂMITE POR OCASIÃO DOS FATOS E DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO NA MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA. SÚMULA 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

**PLEITEADA, NA SEGUNDA ETAPA DOSIMÉTRICA, A COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.** INVIABILIDADE. PREPONDERÂNCIA DAQUELA SOBRE ESTA. DICÇÃO DO ART. 67 DO CÓDIGO PENAL. CONTROVÉRSIA NA JURISPRUDÊNCIA QUE NÃO ENSEJA REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO REVISIONAL DEFERIDO EM PARTE. 1. “A existência de condenação transitada em julgado por crime anterior, quando não caracteriza reincidência, caso ultrapassados mais de cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, pode ser valorada, negativamente, como maus antecedentes” (STJ - AgRg no AREsp 464.164/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 08/05/2014). 2. Segundo a redação da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena- base”. 3. **Não se desconhece a existência de interpretações divergentes a respeito da possibilidade de compensação entre a confissão espontânea e a reincidência**, as quais, todavia, não são fundamento hábil ao deferimento do pedido revisional - o qual tem sido admitido somente em excepcionais hipóteses de temas pacificados na jurisprudência, o que não é o caso dos autos. Contudo, no julgamento do presente pleito por esta Seção Criminal, houve empate na votação relativa à mencionada tese, motivo pelo qual, nos termos do art. 141, I, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, deve prevalecer

o entendimento mais favorável ao réu. (Revisão Criminal n. 0148346-59.2014.8.24.0000, de Tijucas, Seção Criminal, acórdão da lavra deste Relator, j. em 24/02/2016). (Grifo não original).

Entretanto, é de posicionamento majoritário a possibilidade de compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, inclusive em sede revisional.

Nesse sentido:

REVISÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONTRÁRIA AO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL (CPP, ART. 621, I). ERRO TÉCNICO NA APLICAÇÃO DA PENA. CABIMENTO EXCEPCIONAL. “As hipóteses que admitem a propositura da revisão criminal estão expressamente previstas nos incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal, entre as quais não se prevê a possibilidade de reavaliação da dosimetria da pena, porém a jurisprudência passou a admitir excepcionalmente o seu cabimento também quando ocorrer erro técnico ou explícita injustiça da decisão” (Revisão Criminal n. 2012.014844-8, de Xanxerê, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 27.6.2012). Por isso, a revisão da pena é autorizada somente quando absolutamente contrária à prova dos autos, ao texto da lei ou, ainda, quando tiver incorrido em erro evidente ou teratologia. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. VALORAÇÃO NEGATIVA. PERSONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PARA AFERI-LA. ACRÉSCIMO INJUSTIFICADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL AFASTADA. PENABASE READEQUADA. Não havendo possibilidade de se emitir um juízo crítico sobre a personalidade do acusado, deve o magistrado deixar de considerar tal vetor na fixação da pena basilar. **REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO.** QUESTÃO PACIFICADA NO RESP. N. 1.341.370, REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EQUIVALÊNCIA QUE SE MOSTRA MAIS ADEQUADA AO CASO CONCRETO. Diante da especificidade do caso em comento, afigura-se adequada a compensação entre a reincidência - mesmo que específica - e a atenuante da confissão espontânea, porquanto esta foi essencial para a formação de um juízo de certeza acerca da autoria do delito. PEDIDO REVISIONAL DEFERIDO. (TJSC - Revisão Criminal n. 4001963-

73.2016.8.24.0000, de Chapecó, Seção Criminal, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 24/05/2017). (Grifo não original).

**REVISÃO CRIMINAL. ALMEJADA COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA.** NOVO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA, EM CONSONÂNCIA COM O POSICIONAMENTO DA SEÇÃO CRIMINAL DESTES TRIBUNAL. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DESDE QUE O AGENTE NÃO SEJA MULTIRREINCENTE OU REINCENTE ESPECÍFICO. HIPÓTESE PRESENTE. PENA ADEQUADA. REVISÃO CONHECIDA E DEFERIDA. (TJSC - Revisão Criminal n. 4000710- 16.2017.8.24.0000, de Porto Belo, Seção Criminal, Rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. em 29/03/2017). (Grifo não original).

Desse modo, curvando-me ao posicionamento preponderante, passei a adotar o entendimento de que, na segunda fase da dosimetria, é possível a compensação entre atenuante de confissão espontânea e agravante de reincidência, desde que esta não seja específica ou o réu multirreincidente.

*In casu*, as certidões de antecedentes criminais acostadas aos autos (fls. 86/87 dos autos digitais de origem) demonstram que o presente caso não é um fato isolado na vida do réu, porquanto conta com duas condenações transitadas em julgado, as quais servem para caracterizar a reincidência, o que impede a compensação dada a sua multirreincidência.

Em casos semelhantes, aliás, já decidiu este Sodalício:

**REVISÃO CRIMINAL. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. INSURGÊNCIA QUANTO À DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.** POSSIBILIDADE DESDE QUE NÃO SEJA

REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA OU MULTIRREINCIDÊNCIA. MUDANÇA DE POSICIONAMENTO. [...] 1 “O concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redundando em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Todavia, **tratando-se de réu multirreincidente ou com reincidência específica, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal**, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade” (STJ, HC n. 345.398/DF, Min. Ribeiro Dantas, DJUe de 10/6/2016). [...]. (Revisão Criminal n. 4000669-83.2016.8.24.0000, de Urussanga, Seção Criminal, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 29/06/2016). (Grifo não original).

Conclui-se, portanto, pelo acerto da decisão impugnada no que concerne à segunda fase dosimétrica de ambos os delitos pelo qual o requerente foi condenado.

Por outro lado, na etapa derradeira do crime de roubo circunstanciado, o requerente tem como objetivo a readequação do patamar utilizado para majoração das causas de aumento, porquanto teria se dado sem fundamentação que o justificasse.

O pleito merece razão.

No presente caso, em análise ao cálculo da pena, infere-se, de fato, que a majoração no patamar de 3/8 (três oitavos), fração superior ao mínimo previsto no art. 157, § 2º, do Código Penal, fora realizada pela Magistrada sentenciante sem a exposição das razões que a levaram a adotar tal *quantum* de majoração, escorando-se esta, unicamente, no número de causas de aumento de pena que incidem à hipótese - duas -, o que, entendo, constitui fundamentação inidônea.

A Constituição Federal de 1988, sabe-se, determina, em seu art. 93, inciso IX, que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão*

*públicas, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*”, bem como consagra, no art. 5º, inciso XLVI, o princípio da individualização de pena.

Com efeito, não há no art. 157, § 2º, do Código Penal previsão para que o aumento de pena por conta da presença das circunstâncias majorantes se dê em maior monta unicamente em razão do número de circunstâncias presentes no caso concreto: prevê a norma, na verdade, simplesmente, que o aumento deve se dar em um terço até metade sempre que constatada alguma (ou mais de uma) das hipóteses delineadas em seus cinco incisos.

Compreende-se, assim, que, embora a proporção da exasperação de pena se situe no âmbito discricionário do julgador, há de ser ela justificada, sob pena de configurar arbitrariedade e, por consequência, recair em nulidade. Repita-se: não se está a exigir do juiz que aplique o aumento de pena invariavelmente em seu patamar mínimo, mas que fundamente sua decisão com base nos elementos concretos contidos nos autos, em respeito à ordem constitucional. Diga-se, aliás, que “[...] *É perfeitamente admissível, desde que motivados, o decisório que, diante de uma única causa de aumento de pena, exacerbe a reprimenda acima do mínimo legal, bem como aquele que, ante a ocorrência de mais de uma majorante, determine o acréscimo da pena no patamar mínimo*”. (STJ - HC n. 34658/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 21/09/2004).

Tal fundamentação, a propósito, pode ser breve, sucinta, desde que exponha os motivos concretos (além do simples número de circunstâncias, como ocorreu na hipótese) que levaram o magistrado sentenciante a optar por determinado grau de majoração.

Referido entendimento, aliás, tornou-se objeto da Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça, a qual enuncia que *“O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige*

*fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”.*

Nota-se que o enunciado da Súmula 443, do Superior Tribunal de Justiça foi julgado em 28/04/2010 e publicado em 13/05/2010, ou seja, anteriormente à prolação da sentença em revisão, a qual foi proferida em 26/05/2010, demonstrando que a MMA. Juíza *a quo* deveria ter se calcado na referida Súmula no momento da aplicação da pena.

Por tais motivos, refuto a exasperação da pena na terceira fase da dosimetria em fração superior ao mínimo legal, por entender que, apesar de plenamente possível, deve o juiz, para legitimá-la, fundamentar a fração de majoração adotada.

Em casos análogos, a Seção Criminal já decidiu:

REVISÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. INSURGÊNCIA EM RELAÇÃO À DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. INVIABILIDADE. REPRIMENDA JÁ FIXADA, NA PRIMEIRA FASE, NO PATAMAR MÍNIMO, ANTE A AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PEDIDO NÃO CONHECIDO NO PONTO. ALMEJADO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. ACOLHIMENTO. REQUERENTE MENOR DE 21 (VINTE E UM) ANOS NA DATA DO FATO. CIRCUNSTÂNCIA COMPROVADA PELOS DOCUMENTOS EXISTENTES NOS AUTOS E DESCRITA NA PRÓPRIA QUALIFICAÇÃO DA DENÚNCIA. ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA QUE SE IMPÕE. **PEDIDO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO USADO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA (3/8) PARA O MÍNIMO LEGAL (1/3). VIABILIDADE. AUMENTO COM BASE SOMENTE NO NÚMERO DE MAJORANTES. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. OFENSA À SÚMULA 443 DO STJ, JÁ EM VIGOR NA DATA DA SENTENÇA.** PEDIDO REVISIONAL PARCIALMENTE



CONHECIDO E DEFERIDO. (Revisão Criminal n. 4002996-98.2016.8.24.0000, de Tubarão, Seção Criminal, Rel. Des. Rui Fortes, j. em 22/02/2017). (Grifo não original).

REVISÃO CRIMINAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO PELO USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL). [...] **ALMEJADO O AFASTAMENTO OU A MINORAÇÃO DO QUANTUM MAJORADO NA TERCEIRA FASE DOSIMÉTRICA. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA (CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA). MAJORAÇÃO EM 3/8. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA A JUSTIFICAR O PATAMAR UTILIZADO. APLICAÇÃO DO VERBETE SUMULAR 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REDUÇÃO DA MAJORANTE PARA A FRAÇÃO MÍNIMA PREVISTA (1/3). READEQUAÇÃO DA PENA.** “É necessária a exposição de arrazoado concreto para justificar a imposição de aumento de pena em patamar superior ao mínimo legal pela prática de roubo circunstanciado. Ausente tal fundamentação, o incremento deve ser minorado ao mínimo.” (Revisão Criminal n. 2014.024361-0, de Barra Velha, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 30-09-2015). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE DEFERIDO. (Revisão Criminal n. 2015.064550-1, da Capital - Continente, Seção Criminal, Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. em 25/11/2015). (Grifo não original).

Logo, não havendo, no caso, fundamentação quanto ao percentual utilizado para o incremento da sanção em relação ao crime de roubo cometido na Relojoaria “GW”, é de ser aplicada a fração mínima, ou seja, 1/3 (um terço).

Assim sendo, a pena do réu no tocante ao crime supracitado deverá ser readequada para o patamar de 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Destaca-se que a pena de multa restou fixada sentencialmente no mínimo legal, visto que a Togada a quo considerou a inexistência

de elementos nos autos acerca da situação financeira do ora requerente, determinação que será mantida nesta decisão colegiada.

Tendo em vista que os crimes pelos quais o acusado foi condenado (art. 157, § 2º, incisos I e II, e art. 121, § 2º, inciso V, ambos do Código Penal) foram cometidos em concurso material, nos termos do art. 69, do Código Penal, soma-se as reprimendas, totalizando 18 (dezoito) anos e 06 (seis) meses de reclusão e o pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Diante do exposto, o voto é no sentido de deferir parcialmente o pedido revisional, para, em relação ao crime de roubo, reduzir o *quantum* de aumento na terceira fase da dosimetria para 1/3 (um terço), redimensionando a reprimenda total imposta ao requerente para 18 (dezoito) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, nos termos da fundamentação, mantidos os demais termos da condenação.

Este é o voto.

**Revisão Criminal n. 4005710-31.2016.8.24.0000, de Palhoça**

Relator: Desembargador José Everaldo Silva

REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO TENTADO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL (ART. 121, §2º, II, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP) E CRIMES CONTRA O SISTEMA NACIONAL DE ARMAS (ART. 14, DA LEI 10.826/2003). AÇÃO REVISIONAL FUNDAMENTADA NO ART. 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA CONTRÁRIA AO TEXTO LEGAL. REVISIONAL FUNDADA EM MAIS DE UM PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO DO OBJETO DO PEDIDO ENTRE AS AÇÕES. AUSÊNCIA DE PROVAS COMUNS ENTRE OS FEITOS. NECESSIDADE DE PROCESSAMENTO APARTADO MEDIANTE A INTERPOSIÇÃO DE UMA REVISÃO PARA CADA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 178 DO REGIMENTO INTERNO DESTA TRIBUNAL. NÃO CONHECIMENTO DA REVISIONAL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4005710-31.2016.8.24.0000, da comarca de Palhoça 1ª Vara Criminal em que é/ são Requerente (s) Daniel Pelentir.

O Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, não conhecer da Revisão Criminal. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko, com voto, e dele participaram os Exmos Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann, Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza, Desembargador Norival Acácio Engel,

Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo, Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho e Desembargador Paulo Roberto Sartorato.

Funcionou como membro do Ministério Público a Exma. Sra. Dra. Procuradora de Justiça Heloísa Crescenti Adballa Freire.

Florianópolis, 27 de junho de 2018.

Desembargador José Everaldo Silva  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal, com pedido de liminar, proposta por Daniel Pelentir, em face de 3 Ações Penais, quais sejam, autos n. 0003321-55.2006.8.24.0045 na qual foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, por infração ao disposto no art. 14, caput, da Lei n. 10.826/03; autos n. 0000232-82.2010.8.24.0045 no qual foi condenado à pena de 12 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, por incurso no art. 121 § 2º, II e art. 14, II ambos do CP; e autos n. 0001562-22.2007.8.24.0045, tendo sido condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e 12 dias multas, pela prática do crime previsto no art. 14, caput, da Lei n.10.826/03. A presente revisão fundamenta-se no inciso III do art. 621 do CPP.

Sustenta, em síntese, a nulidade absoluta dos atos de intimações (via edital) das sentenças referentes aos autos n. 0003321- 55.2006.8.24.0045 e n. 0001562-22.2007.8.24.0045 (o que gera a desconstituição do transito em julgado para ambos), ante o prejuízo sofrido, pois não pode exercer o seu direito de defesa (interposição de recurso de apelação).

Aduz que, reconhecida a desconstituição do trânsito em julgado pela nulidade absoluta supracitada, haverá a prescrição da pretensão punitiva superveniente, nos termos 110 e 109, V do Código Penal.

Alega, também, que havendo o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, em ambos os autos mencionados, extinguindo-se a sua punibilidade, bem como os efeitos gerados da condenação – haja vista que a prescrição da pretensão punitiva não gera efeitos, tampouco a reincidência –, nos autos n. 0000232- 82.2010.8.24.0045 a sua pena seria reduzida.

Indeferida liminar (fls. 222-224)

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto Speck, opinando pelo desprovimento da Revisão Criminal (fls. 235-240)

Este é o relatório.

## VOTO

Nas razões expostas na peça exordial, sustenta-se que a nulidade absoluta dos atos de intimações (via edital) das sentenças referentes aos autos n. 0003321-55.2006.8.24.0045 e n. 0001562- 22.2007.8.24.0045 (o que gera a desconstituição do trânsito em julgado para ambos), ante o prejuízo sofrido, pois não pode exercer o seu direito de defesa (interposição de recurso de apelação).

Aduz que, reconhecida a desconstituição do trânsito em julgado pela nulidade absoluta, haverá a prescrição da pretensão punitiva superveniente, nos termos 110 e 109, V do Código Penal.

Alega, também, que com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, em ambos os autos mencionados, extinguiu-se a sua punibilidade, bem como os efeitos gerados da condenação – haja vista que a prescrição da pretensão punitiva não gera efeitos, tampouco a reincidência –, nos autos n. 0000232- 82.2010.8.24.0045 a sua pena seria reduzida.

A pretensão do requerente, em tese, enquadra-se na hipótese prevista no art. 621, I, do Código de Processo Penal, por alegar que há nulidade absoluta, o que torna a decisão contrária ao texto expresso de lei.

Importante salientar que a revisão criminal não se presta a apreciar novamente as matérias analisadas e rejeitadas na sentença ou na apelação, consoante ensina Guilherme de Souza Nucci:

O acolhimento de pretensão revisional, na esfera criminal, há de ser excepcional, pois o que se pretende é alterar a coisa julgada. Assim, eventual contradição à evidência dos autos deve exsurgir cristalina nos autos, sem a necessidade de interpretação duvidosa ou análise puramente subjetiva das provas. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 6. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 962).

Júlio Fabrini Mirabete ressalta que na hipótese do inciso I do artigo 621 do Código de Processo Penal, está inserida “*a sentença que não se apoia em nenhuma prova existente no processo, que se divorcia de todos os elementos probatórios, ou seja, que tenha sido proferida em aberta afronta a tais elementos do processo. A eventual precariedade da prova, que possa gerar dúvida no espírito do julgador na fase do julgamento, não autoriza a revisão em face de nosso sistema processual*” (*Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial*, 11. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 1615).

Da mesma forma, depreende-se do escólio de Ada Pellegrini

Grinover:

Também nesse ponto, a contrariedade há de ser frontal, vista como divórcio dos elementos probatórios existentes nos autos. Somente essa interpretação resguarda o princípio do livre convencimento do juiz.

A correta visão dos limites do conceito da “contrariedade à evidência dos autos” foi fixada por Nilo Batista: “A evidência dos autos só pode ser alguma coisa que resulte de uma apreciação conjunta e conjugada da prova. Não basta que o decisório se firme em qualquer prova: é mister que a prova que o ampare seja oponível, formal e logicamente, às provas que militem em sentido contrário” (*Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 250).

E, complementa-se, com a doutrina de Edilson Mougenot Bonfim:

Sentença contrária à evidência dos autos. Nesse caso a contrariedade há de ser clara, frontal, estando a sentença em total descompasso com o conjunto probatório trazido durante a instrução. Com efeito, não basta a alegação de insuficiência ou precariedade dos elementos de prova, quando a condenação encontra respaldo nas provas carreadas aos autos.

Há porém, de ser respeitado o livre convencimento do julgador, mesmo que não embase sua decisão na versão predominante, conquanto esteja apoiada nos elementos de prova dos autos, mesmo que sejam aqueles produzidos à época da condenação. (*Código de processo penal anotado*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1034).

*Além disto, o Regimento Interno deste Tribunal, prevê em seu art. 178 que “os pedidos de revisão de mais de um processo pelo mesmo réu devem ser autuados separadamente, a fim de que as revisões sejam apreciadas de per si, salvo no caso de conexão decorrente do objeto pedido, ou de vir este fundado em provas comuns aos diversos feitos”.*

Desta forma, ao interpor a presente Revisão Criminal buscando o rescisório de três condenações em ações penais distintas, o pleito encontra óbice previsto no art. 178 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal

de Justiça de Santa Catarina, especialmente por não haver conexão decorrente do objeto do pedido, nem mesmo estar fundado em provas comuns aos feitos.

Neste diapasão o não conhecimento da revisional é medida que se impõe.

*Este é o voto.*



## SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

### **Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000687-07.2018.8.24.0000, de Brusque**

Relator: Desembargador Getúlio Corrêa

EMBARGOS INFRINGENTES – SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – CRIME DO ART. 2º, II, C/C ART. 12, I, AMBOS DA LEI N. 8.137/90 – APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO, POR MAIORIA, PARA CASSAR A SENTENÇA E DETERMINAR O REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO – VOTO VENCIDO NO SENTIDO DE RECONHECER A ATIPICIDADE DA CONDUTA, POR MERO INADIMPLEMENTO – DESCABIMENTO – SOCIEDADE EMPRESÁRIA QUE TEM O DEVER DE ARRECADAR DO CONTRIBUINTE DE FATO A QUANTIA MONETÁRIA EQUIVALENTE AO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) E, APÓS, REPASSÁ-LA AO FISCO – FATO TÍPICO CARACTERIZADO.

*“[...] Não há que se falar em atipicidade da conduta de deixar de pagar impostos, pois é o próprio ordenamento jurídico pátrio, no caso a Lei 8.137/1990, que incrimina a conduta daquele que deixa de recolher, no prazo legal, tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação, e que deveria recolher aos cofres públicos, nos termos do artigo 2º, inciso II, do referido diploma legal. Precedente. [...]” (STJ, Min. Leopoldo de Arruda Raposos).*

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000687-07.2018.8.24.0000, da comarca de Brusque

(Vara Criminal) em que é Embargante: Perci Erbe e Embargado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

O Segundo Grupo de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer e desprover o recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Salete Silva Sommariva (Presidente), Ernani Guetten de Almeida, Volnei Celso Tomazini, Sidney Eloy Dalabrida, Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Zanini Fornerolli e Carlos Alberto Civinski.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Genivaldo da Silva.

Florianópolis, 25 de julho de 2018 .

**Desembargador Getúlio Corrêa**  
**Relator**

## **RELATÓRIO**

O Ministério Público ofereceu denúncia contra Perci Erbe (52 anos à época dos fatos) pela prática, em tese, do delito contra a ordem tributária, por dez vezes (Lei 8.137/90, art. 2º c/c 12, I), em razão dos fatos assim narrados:

“Infere-se dos documentos que instruem o procedimento supramencionado, que o denunciado, na época dos fatos, era sócio e administrador da empresa METALÚRGICA BRUSQUE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (fl. 73), CNPJ n. 82.981.739/0001-96 e Inscrição Estadual n. 250.056.593, estabelecida na Rodovia Ivo Silveira n. 2.930, bairro Bateas, Brusque/SC, que tem por objeto social o descrito na Cláusula Quarta da Consolidação do Contrato Social (fl. 71).

Dessa forma, o denunciado era responsável pela direção e gerência

da empresa, tendo ciência e controle das transações e negócios realizados, bem como responsabilidade legal e fática pela regularidade fiscal.

Além da administração geral da empresa, determinava os atos de escrituração fiscal e era responsável pela apuração e recolhimento do ICMS - Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação devido.

Quaisquer vantagens ou benefícios obtidos pela empresa, mesmo os de origem ilícita, eram aproveitados diretamente pelo denunciado.

Em procedimento rotineiro, a Fiscalização de Tributos Estaduais constatou que, apesar de ter apresentado as Declarações de Informações do ICMS e Movimento Econômico - DIMEs à Secretaria da Fazenda, o denunciado, nos períodos de março, maio, junho, julho, setembro, outubro e novembro de 2013, e maio à julho de 2014, não recolheu aos cofres públicos, no prazo determinado pelo art. 60 do RICMS/01, os valores apurados e declarados.

Em razão disso, o Fisco Estadual, em 24/06/2013, 27/09/2013, 14/10/2013, 18/12/2013 e 23/07/2014, emitiu, respectivamente, as Notificações Fiscais ns. 136030061331 (fl. 03), 136030470010 (fl. 15), 136030495722 (fl. 28), 136030530005 (fl. 42), 146030090606 (fl. 50), que apresentam a seguinte descrição da infração: “Deixar de efetuar, total ou parcialmente, o recolhimento do ICMS relativo às operações/prestações tributáveis, escrituradas pelo próprio contribuinte no Livro Registro de Apuração do ICMS e declarado na Guia de Informação e Apuração do ICMS e/ou DIME - Declaração do ICMS e do Movimento Econômico”.

As Declarações do ICMS e do Movimento Econômico - DIMEs que originaram as mencionadas Notificações Fiscais estão juntadas, respectivamente, às fls. 5/12, 17/25, 31/39, 44/47 e 53/65 do procedimento anexo.

Em relação a apuração do imposto devido, cabe ressaltar que, nos termos do art. 53 do Regulamento do ICMS/2001, “o imposto a recolher será apurado mensalmente, pelo confronto entre os débitos e os créditos escriturados durante o mês, em cada estabelecimento do sujeito passivo”.

O art. 60 do RICMS/2001 determina que, ressalvadas as hipóteses que enumera, “o imposto será recolhido até o 10º (décimo) dia após o encerramento do período de apuração”.

O art. 168 do Anexo 5 do RICMS/2001 dispõe que os estabelecimentos encaminharão em arquivo eletrônico, enviado pela internet, a Declaração de Informações do ICMS e Movimento Econômico - DIME, que se constituirá no registro dos lançamentos constantes do livro Registro de Apuração do ICMS, dos demais lançamentos fiscais relativos ao balanço econômico e dos créditos acumulados, referentes às operações e prestações realizadas em cada mês.

### DOS VALORES TRIBUTÁRIOS DEVIDOS

I) Os valores devidos referentes à Notificação Fiscal n. 136030061331, computando-se a multa e os juros até a data em que foi emitida totalizam R\$68.368,11 (fl. 03).

Salienta-se que o denunciado, em 22/08/2013, ingressou em programa de parcelamento junto à Secretaria de Estado da Fazenda, sendo que, após efetuar o pagamento das nove parcelas, deixou de efetuar o pagamento das demais, o que ensejou, em 04/09/2014, o cancelamento do mesmo (fls. 106/108).

O referido valor foi atualizado em 03/06/2015 e, descontadas as parcelas pagas, corresponde ao total de R\$65.881,11 (sessenta e cinco mil oitocentos e oitenta e um reais e onze centavos), conforme consulta extrato S@t de fl. 94.

II) Os valores devidos referentes à Notificação Fiscal n. 136030470010, computando-se a multa e os juros até a data em que foi emitida totalizam R\$144.061,67 (fl. 15).

Salienta-se que o denunciado, em 24/10/2013, ingressou em programa de parcelamento junto à Secretaria de Estado da Fazenda, sendo que, após efetuar o pagamento de apenas oito parcelas, deixou de efetuar o pagamento das demais, o que ensejou, em 12/09/2014, o cancelamento do mesmo (fls. 109/111).

O dito valor foi atualizado em 03/06/2015 e, descontadas as parcelas pagas, corresponde ao total de R\$161.285,28 (cento e sessenta e

um mil duzentos e oitenta e cinco reais e vinte e oito centavos), conforme consulta extrato S@t de fl. 96.

III) Os valores devidos referentes à Notificação Fiscal n. 136030495722, computando-se a multa e os juros até a data em que foi emitida totalizam R\$102.027,11 (fl. 28).

Ressalta-se que o denunciado, em 24/10/2013, ingressou em programa de parcelamento junto à Secretaria de Estado da Fazenda, sendo que, após efetuar o pagamento de oito parcelas, deixou de efetuar o pagamento das demais, o que ensejou, em 12/09/2014, o cancelamento do mesmo (fls. 109/111).

O mencionado valor foi atualizado em 03/06/2015 e, descontadas as parcelas pagas, corresponde ao total de R\$81.199,33 (oitenta e um mil cento e noventa e nove reais e trinta e três centavos), conforme consulta extrato S@t de fl.99.

IV) Os valores devidos referentes à Notificação Fiscal n. 136030530005, computando-se a multa e os juros até a data em que foi emitida totalizam R\$82.792,51 (fl. 42).

Salienta-se que o denunciado, em 04/02/2014, ingressou em programa de parcelamento junto à Secretaria de Estado da Fazenda, sendo que, após efetuar o pagamento de apenas três parcelas, deixou de efetuar o pagamento das demais, o que ensejou, em 04/09/2014, o cancelamento do mesmo (fls. 112/114).

O referido valor foi atualizado em 03/06/2015 e, descontadas as parcelas pagas, corresponde ao total de R\$86.983,05 (oitenta e seis mil novecentos e oitenta e três reais e cinco centavos), conforme consulta extrato S@t de fl. 101.

V) Os valores devidos referentes à Notificação Fiscal n. 146030090606, computando-se a multa e os juros até a data em que foi emitida totalizam R\$205.576,65 (fl. 50).

O referido valor foi atualizado em 03/06/2015 e corresponde ao total de R\$219.502,06 (duzentos e dezenove mil quinhentos e dois reais e seis centavos), conforme consulta extrato S@t de fl. 103.

VALOR TOTAL ATUALIZADO (ref. às Notificações itens I, II, III, IV e V): R\$614.850,83 (seiscentos e quatorze mil oitocentos e cinquenta reais e oitenta e três centavos).

### DA NÃO QUITAÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS

De acordo com o registro no Sistema de Administração Tributária - S@t, da Secretaria da Fazenda do Estado de Santa Catarina, os valores correspondentes aos crimes ora narrados foram inscritos em dívida ativa e não foram pagos nem parcelados até o momento (extratos de fls. 93/103 do procedimento anexo).

### DA CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES

O denunciado, por ter deixado de recolher ao Erário, no prazo legal, valor do tributo ICMS descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação, praticou, de forma dolosa, por dez vezes, o crime previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, na forma continuada (art. 71 do Código Penal).

Diante da sonegação vultosa - em razão do grande volume financeiro - verifica-se que o denunciado ocasionou grave dano à coletividade, configurando a circunstância agravante prevista no art. 12, inciso I, da Lei n. 8.137/901.

Além de típicas, as condutas são antijurídicas, eis que não há qualquer causa de exclusão de ilicitude. Da mesma forma, não existem hipóteses de isenção ou diminuição da culpabilidade.

O bem jurídico (ordem tributária) foi suficientemente lesado de forma a justificar a atuação punitiva penal” (fls. 1- 7).

Recebida a peça acusatória em 29.09.2015 (fl. 131), o denunciado foi citado e ofertou resposta escrita (fls. 136-148)

Em seguida, sobreveio sentença de absolvição sumária, proferida pelo Juiz Substituto Antonio Marcos Decker, donde se extrai da parte dispositiva:

“Absolvo sumariamente o acusado Perci Erbe da imputação da prática do tipo penal previsto no artigo 2º, inciso II, c/c artigo 12, inciso

I, ambos da Lei n. 8.137/1990, na forma continuada (art. 71 do CP), o que faço com fulcro no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

Sem custas.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitada em julgado, cumpra-se o artigo 809 do Código de Processo Penal (estatística judiciária criminal). Após, arquivem-se” (fls. 153-159)

Irresignado, o Ministério Público apelou (fls. 167-176), requerendo o reconhecimento da tipicidade da conduta e o retorno à comarca de origem com o prosseguimento do feito.

Houve contrarrazões (fls. 182-193) pela manutenção da sentença.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por maioria de votos, em acórdão da lavra do eminente Desembargador Carlos Alberto Civinski, conhecer e dar provimento ao recurso, a fim de cassar a sentença de absolvição sumária e determinar o prosseguimento do feito (fls. 220-234 da ação penal). Ficou vencido o Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo que votou no sentido de desprover o recurso (fls. 235-243 dos autos principais).

Perci Eber interpôs os presentes embargos infringentes (fls. 1-10), requerendo o seu provimento, com vistas à prevalência do voto vencido ao argumento de que a conduta do empresário que, na condição de mero contribuinte do ICMS, apesar de declarar as operações tributáveis, deixa de recolher o valor do tributo no prazo legal, caracteriza mero inadimplemento tributário, não admitindo-se criminalização, sob pena de violação ao art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. Postulou, caso não provida a insurgência, a suspensão do feito até o julgamento do REsp n. 1598005/SC.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer do Procurador

de Justiça Humberto Francisco Scharf Vieira, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 30-36).

## VOTO

1. O recurso é conhecido e desprovido.

2. Vê-se que no voto vencedor, da lavra do eminente Desembargador Carlos Alberto Civinski, reconheceu a tipicidade da conduta do ora recorrente, nos seguintes termos:

“A acusação logrou derruir a convicção formada pelo Juízo *a quo*, que proferiu sentença para absolver sumariamente o apelado do delito descrito no art. 2º, II, da Lei 8.137/90, por dez vezes, na forma do art. 71, *caput*, do Código Penal, face ao reconhecimento da atipicidade da conduta.

Em síntese, eis o fundamento absolutório:

O tipo penal cuida da chamada apropriação indébita tributária (nomem iuris). O sujeito ativo é o contribuinte ou responsável tributário (sujeito passivo da obrigação tributária). O tipo objetivo consiste em deixar de recolher, no prazo legal, o valor do tributo descontado ou cobrado e que deveria recolher aos cofres públicos. Deixar de recolher o valor descontado ou cobrado é modalidade típica praticada pelo responsável tributário, que retém do contribuinte de direito, de modo a facilitar a fiscalização e arrecadação, o valor do tributo por este devido, ficando depositário de quantia que não lhe pertence.

Importa registrar que a adequação típica da conduta de deixar de recolher, no prazo legal, o valor do ICMS devidamente declarado pelo contribuinte de direito, nos termos da legislação tributária, é tema polêmico na doutrina e na jurisprudência. Isso porque o caráter indireto do tributo, cujo ônus financeiro do encargo repercute na cadeia de consumo, gera o debate se o valor do imposto é cobrado/descontado ou não do consumidor, de modo a delimitar se o contribuinte de direito (o empresário) dele se apropria ou não em detrimento do fisco.



[...]

Entretanto, o empresário não é substituto tributário porque o tributo é por ele devido na condição de sujeito passivo da obrigação jurídico-tributária com o fisco estadual na qualidade de contribuinte (Lei Complementar n. 87/1993, art. 4º c/c Lei nº 10.297/1996), já que tem relação direta e imediata com o fato gerador (a circulação de mercadoria; Lei Complementar n. 87/1993, art. 2º c/c Lei nº 10.297/1996). Ademais, deixando de lado o argumento subjacente de que a arrecadação do ICMS (indiscutível e inegavelmente) é a maior fonte de receita do Estado e, por corolário, representa significativa parcela do volume de investimentos em obras e serviços de necessidade, utilidade e interesse público; juridicamente, em última análise, dada a sistemática própria de cálculo do ICMS devido (“por dentro”), embora não se negue o seu caráter indireto, o valor do tributo não é, técnica e economicamente, cobrado do consumidor porque o que este paga é o preço da mercadoria.

[...]

E, do ponto de vista da precificação, a toda evidência, o preço é integrado pela margem de lucro que o empresário deseja/pode obter e pelos custos do processo de produção da mercadoria (insumos, mão de obra, contribuições sociais, outros tributos, aluguéis, energia elétrica etc.). Mas, nem por isso, o empresário é denunciado por não pagar o aluguel do locador (CP, art. 168) ou recolher as contribuições sociais por ele devidas (Lei n. 8.137/1990, art. 2º, II, c/c Lei 8.212/1991), tampouco o consumidor deixa de pagar o preço para pagar o tributo. Até porque, economicamente, em razão da lei fundamental da oferta e da procura, embora “destacado” o valor do tributo na nota fiscal, nada impede que o seu pagamento saia da margem de lucro do fornecedor em razão de negociação havida com o consumidor. Ademais, nas hipóteses de venda a prazo, o fato de o consumidor deixar de honrar com a sua obrigação (pagar o preço) não afasta a incidência tributária, o que só reforça a tese de que o valor do ICMS declarado e não recolhido não necessariamente repercutiu economicamente. Isto é, foi “cobrado”.

[...]

Em conclusão, do ponto de vista formal e objetivo, não caracteriza

crime de apropriação indébita tributária a conduta do empresário que, na condição de contribuinte de direito do ICMS, declara devidamente suas operações tributáveis, nos termos da legislação tributária, mas deixa de recolher o valor devido no prazo legal. Referida conduta caracteriza mero inadimplemento tributário que não pode ser criminalizado, sob pena de se constituir hipótese de prisão civil por dívida (CRFB/1988, art. 5º, LXVII).

[...]

*In casu*, o acusado foi denunciado por ter infringido o disposto no artigo 2º, inciso II, c/c artigo 12, inciso I, ambos da Lei 8.137/1990, na forma continuada (art. 71 do CP) porque, nos períodos de março, maio, junho, julho, setembro, outubro e novembro de 2013, e maio à julho de 2014, conforme consta da exordial acusatória, “apesar de ter apresentado as Declarações de Informações do ICMS e Movimento Econômico - DIMEs à Secretaria da Fazenda, não recolheu aos cofres públicos, no prazo determinado pelo art. 60 do RICMS/01, os valores apurados e declarados”.

Portanto, nos termos da fundamentação vertida acima, referida conduta é formalmente atípica, pelo que a absolvição sumária do acusado é medida impositiva. (fls. 153-159).

De início, observa-se que a peça acusatória consignou que houve cobrança/desconto do tributo não recolhido pelo sujeito passivo da obrigação tributária, além de contextualizar a tipicidade formal do delito sob exame.

Também descreveu os fatos criminosos com circunstâncias suficientes que permitem fazer plena subsunção das condutas ao tipo imputado, além de demonstrar o vínculo que o apelado mantém com a pessoa jurídica e o meio pelo qual praticou o suposto delito, de modo a ensejar o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Diante dessa descrição fática e capitulação jurídica, o juízo singular prontamente recebeu a denúncia, visto que, em tese, houve a configuração da prática criminosa (fl. 131).

Nesse cenário, verifica-se que o fundamento lançado na sentença

para concluir pela atipicidade da conduta não merece prosperar.

O Juízo *a quo* entendeu que os fatos não se amoldam ao tipo descrito no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990, pois as provas documentais até então produzidas denotariam que o tipo de tributo não recolhido deixaria de configurar a tipicidade do aludido dispositivo.

Nos termos do art. 2º, II, da Lei 8.137/1990, comete crime contra a ordem tributária todo aquele que “deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”.

O elemento subjetivo do tipo – o dolo – é genérico, de sorte que basta, para a caracterização do delito, que o agente meramente deixe de efetuar o repasse ao fisco, realizando qualquer ação ou omissão voltada a esse desiderato.

A doutrina de Pedro Roberto Decomain é elucidativa, porquanto, para o referido autor, “o tipo subjetivo do crime em apreço é o dolo, consistente na consciência e vontade de não efetuar a entrega aos cofres públicos do valor do tributo cobrado ou descontado de terceiro. Não se exige qualquer específico fim de agir (*Crimes contra a ordem tributária*. 5. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 384).

Andreas Eisele abaliza esse posicionamento:

A conduta se perfaz mediante a vontade livre e consciente de não pagar o tributo devido, independentemente de qualquer resultado ou finalidade que o agente eventualmente vise com sua realização.

Portanto, a intenção penalmente relevante é restrita à economia do valor correspondente à obrigação tributária, não importando (para configurar a tipicidade) os motivos em face dos quais o sujeito deixou de recolher o tributo, ou o destino que pretende dar ao dinheiro correspondente.

Diversamente do que ocorre na apropriação indébita, não é necessário que esteja presente na conduta o ânimo apropriativo do valor evadido. A ocorrência da

inadimplência é suficiente para estabelecer a tipicidade, independentemente da eventual presença de intenção de, posteriormente, reparar o dano pelo recolhimento intempestivo do valor não pago no momento devido (Crimes contra a ordem tributária. 2. ed. São Paulo: Síntese, 2002. p. 184-185).

Colhem-se dos julgados desta Corte:

**APELAÇÃO CRIMINAL - OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE ICMS EM CONTINUIDADE DELITIVA (LEI N. 8.137/90, ART. 2º, II, C/C ART. 71, CAPUT, DO CP) - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA POR ATIPICIDADE DE CONDUTA (CPP, ART. 397, III) - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL - NÃO RECOLHIMENTO DE TRIBUTO - FATO TÍPICO E PUNÍVEL - IMPOSTO EFETIVAMENTE COBRADO DO CONSUMIDOR DE FATO - RESPONSABILIDADE PELO REPASSE DOS VALORES AOS COFRES PÚBLICOS - PRECEDENTES - SENTENÇA CASSADA - RECURSO PROVIDO. (Apelação Criminal 0904614-68.2014.8.24.0008, relª. Desª. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 30-01-2018, v. u.).**

**APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90. SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA FUNDADA NA ATIPICIDADE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AGENTE QUE, NA QUALIDADE DE ADMINISTRADOR (CONTRIBUINTE DE DIREITO), DEIXA DE RECOLHER AOS COFRES PÚBLICOS, NO PRAZO LEGAL, TRIBUTO (ICMS) COBRADO E EFETIVAMENTE PAGO PELOS CONTRIBUINTE DE FATO. CONDUTA QUE, EM TESE, SUBSOME-SE AO TIPO PENAL. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA SEDIMENTADA EM REPERCUSSÃO GERAL (ARE N. 999.425 - TEMA 937). PROSSEGUIMENTO DO FEITO QUE SE IMPÕE. DEMAIS ARGUIÇÕES DEFENSIVAS NÃO APRECIADAS NA ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO PROVIDO. 1 “Não há que se falar em atipicidade da conduta de deixar de pagar impostos, pois é o próprio ordenamento jurídico pátrio, no caso a Lei 8.137/1990, que incrimina a**

conduta daquele que deixa de recolher, no prazo legal, tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação, e que deveria recolher aos cofres públicos, nos termos do artigo 2º, inciso II, do referido diploma legal” (STJ, RHC n. 44.465/SC, Min. Leopoldo de Arruda Raposo, j. em 18/6/2015). 2 **No que se refere aos delitos contra a ordem tributária, descabido invocar a proibição de prisão civil por dívida, pois o Supremo Tribunal Federal já assentou que “os crimes previstos na Lei 8.137/1990 não violam o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição”** (ARE n. 999.425/SC RG, Min. Ricardo Lewandowski, j. em 2/3/2017). (Apelação Criminal 0900486-59.2015.8.24.0011, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 31-10-2017, v. u.).

Portanto, havendo a presença do dolo genérico, lastreado no propósito de não efetuar o recolhimento de tributo aos cofres públicos, a conduta, em tese, mostra-se típica, antijurídica e culpável, estando definida no inciso II do art. 2º da Lei 8.137/1990.

Vale salientar que a declaração do imposto, por outro lado, não é suficiente, em princípio, para afastar a responsabilidade penal, porquanto o tipo em comento pune o simples ato de não pagar a obrigação tributária.

Isso porque é consabido que o ICMS é tributo categorizado como indireto, no qual há transferência do ônus da incidência tributária do contribuinte a terceiro, quando embute no preço da mercadoria/produto/serviço justamente o valor do imposto, além de outras despesas relacionadas à própria atividade empresarial.

Recebido o preço da mercadoria, tem-se, por consequência, o provável recebimento também do valor atinente ao imposto.

Sobre o assunto, convém reproduzir lição doutrinária:

Tal identificação decorre do fato de que, nos tributos indiretos (aqueles nos quais o contribuinte transfere sua repercussão financeira para terceiro), o sujeito passivo da obrigação tributária pode cobrar (ou, eventualmente, receber) de terceiro, a carga econômica correspondente ao valor do tributo, motivo pelo qual não suporta (em tese) seu custo (mediante o mecanismo da repercussão).

Exemplo dessa situação ocorre no ICMS, eis que o contribuinte, ao vender uma mercadoria, destaca na nota fiscal o valor correspondente ao imposto que integrará o preço que será pago pelo adquirente. Nessa relação, o comprador é denominado (de forma alegórica) como contribuinte de fato, porque pagará ao vendedor o valor representativo do ICMS contabilmente incluído no preço, embora não seja, efetivamente, contribuinte do tributo, pois o único sujeito passivo da obrigação tributária é o vendedor, denominado (também de forma ilustrativa) como “contribuinte de direito”.

Caso o contribuinte (vendedor) receba o preço da mercadoria (no qual se encontra inserido o valor correspondente ao ICMS) pago pelo adquirente e não efetue o recolhimento do tributo no prazo legalmente estabelecido, estaria, em tese, obtendo uma vantagem econômica ilícita decorrente do recebimento de um valor que deveria repassar aos cofres públicos e que manteve em seu âmbito de disponibilidade (EISELE, Andreas. Crimes contra a ordem tributária. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 175).

Sem olvidar da sistemática do ICMS, que pode atender procedimento de compensação entre crédito e débito, é fato que, com a Declaração do ICMS e do Movimento Econômico (DIME), o próprio contribuinte já lança todas as informações necessárias para a liquidação do valor a ser recolhido ou restituído.

Aqui, mostra-se pertinente integrar trecho das razões recursais apresentadas pelo representante do Ministério Público de primeiro grau:

[...] as informações contidas nas DIMEs, as quais foram declaradas pelo próprio contribuinte, referem-se às negociações efetivamente realizadas pela empresa. Ou seja, retrata a movimentação financeira realizada pelo contribuinte e não mera expectativa de vendas. Logo, o contribuinte, quando realiza a declaração na DIME efetivamente recebeu o valor referente ao ICMS, pois este foi incluso no preço do produto ou serviço.

[...]

Não é demais repetir que o delito tipificado no artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, não exige dolo específico e nem condiciona sua

ocorrência a comprovação de outros requisitos, como pretende a sentença, no sentido de que é necessária a comprovação de efetiva retenção e/ou recebimento de valores originários do contribuinte “de direito”. A norma penal em estudo, de forma clara, exige que ocorra apenas o não pagamento intencional do tributo, o que de fato ocorreu, sendo a posição adotada pelo nobre Magistrado interpretação contra legem, inaceitável no sistema penal constitucional brasileiro.(fls. 170 e 175).

No caso, consta dos autos de origem as notificações fiscais que embasam a constituição dos créditos tributários (fls. 3, 15, 28, 42 e 50), o que evidencia a materialidade delitiva, pois, em tese, o recorrido não recolheu aos cofres públicos, no prazo legal, R\$ 614.850,83, conforme descrito na denúncia, com a inclusão de multa e juros de mora.

De outra banda, não se pode deixar de considerar que a conduta supostamente praticada pelo agente, mostra-se extremamente prejudicial ao erário público, porque tem o condão de lhe subtrair a capacidade de investimento em programas e serviços públicos essenciais à sociedade (saúde, segurança, infraestrutura, políticas públicas, etc.).

Ademais, referida conduta poderia, teoricamente, afetar também as empresas concorrentes, permitindo o enriquecimento indevido do contribuinte que se apropria de valor não recolhido ou qualificando melhor a concorrência feita por ele.

Não obstante a forma com que o tributo deva ser recolhido, se sob regime de substituição ou operação própria, é lícito afirmar que tal circunstância não constitui elemento do tipo descrito no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990.

Mesmo na condição de contribuinte ou responsável tributário, é do empresário como sujeito passivo o ônus de repasse do tributo ao Fisco, nas operações em que se evidencia desconto ou cobrança do imposto do adquirente da mercadoria.

Veja-se que a participação do consumidor nessa operação é indispensável, de maneira que, se de algum modo ele colabora no recolhimento do imposto, porque lhe é repassada a carga econômica atinente ao preço da mercadoria, é inegável a cobrança do tributo a que alude o tipo.

O entendimento encontra respaldo em precedente deste Tribunal:

**APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, INC. II, DA LEI N. 8.137/90). NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS DEVIDO E DECLARADO. APELO DEFENSIVO. SUSCITADA ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO DO DOLO (“DOLO ESPECÍFICO” DE LESAR O FISCO). IMPROCEDÊNCIA. TIPO PENAL CUJA INCIDÊNCIA PRESCINDE DESSA VONTADE DO AGENTE. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE POR AUSÊNCIA DE ELEMENTARES DO TIPO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. TRIBUTO INDIRETO CUJO ÔNUS DA INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA É TRANSFERIDO PELO CONTRIBUINTE A TERCEIRO POR MEIO DA SUA INCLUSÃO NO PREÇO DA MERCADORIA. ICMS RETIDO E NÃO REPASSADO AOS COFRES PÚBLICOS. CONDUTA QUE SE SUBSOME AO TIPO EM QUESTÃO. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA. RECURSO DESPROVIDO. RECONHECIMENTO EX OFFICIO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NA FORMA RETROATIVA RELATIVAMENTE A UMA DAS CONDUTAS. (Apelação Criminal n. 2013.085441-0, Quarta Câmara Criminal, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 11-09-2014, v. u.).**

Ainda, mais recente:

**APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI 8.137/90, POR CINCO VEZES, EM CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] PLEITEADO O RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, II, DA LEI 8.137/90, ANTE A PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. DESCABIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO ELEVADO À CATEGORIA DE CRIME. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE QUE NÃO SE CONFUNDE COM PRISÃO CIVIL. RECENTE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL**



**FEDERAL, COM REPERCUSSÃO GERAL, QUE REAFIRMOU O ENTENDIMENTO DOMINANTE DE INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARE 999425/SC). [...] SUSTENTADA A ATIPICIDADE DA CONDUTA, SOB O FUNDAMENTO DE QUE A OMISSÃO NO RECOLHIMENTO CONSTITUI MERO INADIMPLEMENTO TRIBUTÁRIO. INVIABILIDADE. APELANTE QUE, NA CONDIÇÃO DE SÓCIO-ADMINISTRADOR DA EMPRESA, ASSUME A OBRIGAÇÃO DE REPASSAR OS VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE ICMS AO FISCO, OS QUAIS SÃO ARCADOS PELO CONTRIBUINTE DE FATO. ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO. INVIABILIDADE. DELITO COM ELEMENTO SUBJETIVO GENÉRICO, QUE DISPENSA A INTENÇÃO DE FRAUDAR O FISCO. ADEMAIS, CRIME QUE SE CONSUMA COM A SIMPLES OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA EM RAZÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS SUPOSTADAS PELA PESSOA JURÍDICA. IMPOSTO INDIRETO, CUJA CARGA ECONÔMICA RECAI SOBRE O CONSUMIDOR FINAL. EMPRESA QUE DETINHA APENAS A OBRIGAÇÃO DE RECOLHIMENTO E REPASSE DAS VERBAS AOS COFRES PÚBLICOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0000516- 81.2010.8.24.0048). RECURSO CONHECIDO, PRELIMINARES AFASTADAS E DESPROVIDO. (Apelação Criminal 0903027-81.2015.8.24.0038, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 23-01-2018, v. u.).**

De mais a mais, convém lembrar que o feito na origem ainda se encontra em fase prematura, pois a denúncia foi recebida e, logo após o oferecimento da resposta à acusação, sobreveio a sentença de absolvição sumária, ou seja, até agora não houve a realização de ato instrutório.

Diga-se de passagem, além da prova documental e testemunhal, não se descarta a possibilidade de produção de prova pericial, a fim de denotar precisamente de que modo a conduta se subsumiu ao tipo imputado, com formulação de quesitos, indicação de assistentes técnicos, na forma do art. 159, § 3º, do Código de Processo Penal.

Por fim, não se olvida que a questão acerca da atipicidade da conduta venha ganhando corpo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tanto que foi reconhecida a afetação de julgamento à Terceira Seção para unificação da jurisprudência, nos termos da decisão proferida pela Sexta Turma nos autos do REsp 1.598.005/SC.

Contudo, não houve determinação para suspensão dos recursos especiais em tramitação, conforme prevê artigo 256-L do Regimento Interno do STJ, circunstância que enfraquece, pelo menos por ora, a conclusão precipitada pela atipicidade do fato em tela.

Aliás, os precedentes desta Corte mantêm o entendimento pela tipicidade da conduta descrita no art. 2º, II, da Lei 8.137/90: Apelação Criminal 0005637- 48.2013.8.24.0020, desta Primeira Câmara Criminal, rel. Des. Norival Acácio Engel, j. 5-10-17, v. u.; HC 4015032- 41.2017.8.24.0000, Segunda Câmara Criminal, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 3-10-17, v. u.; Apelação Criminal 0910953-16.2015.8.24.0038, Terceira Câmara Criminal, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 19-9-17, v. u.; Apelação Criminal 0900038-85.2014.8.24.0055, Quarta Câmara Criminal, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 28-9-17, v. u.; HC 4022875-57.2017.8.24.0000, Quinta Câmara Criminal, rel. Des. Luiz César Schweitzer, j. 19-10-17, v. u.

Por essas razões, não se considera atípica a conduta imputada ao agente frente ao disposto no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990, impondo-se a cassação da sentença de absolvição sumária.”

Do voto divergente, da lavra do Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo, extrai-se:

“A sentença de primeiro grau, acompanhando o entendimento recente da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, em posição divergente da adotada pela quinta turma, sufragou o entendimento de que não caracteriza crime, mas mero inadimplemento tributário, a conduta do

contribuinte de ICMS que declara e deixa de recolher o valor devido no prazo legal, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS PRÓPRIO. MERO INADIMPLEMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1. O delito do artigo 2º, inciso II da Lei nº 8.137/90 exige que o sujeito passivo desconte ou cobre valores de terceiro e deixe de recolher o tributo aos cofres públicos.

2. O comerciante que vende mercadorias com ICMS embutido no preço e, posteriormente, não realiza o pagamento do tributo não deixa de repassar ao Fisco valor cobrado ou descontado de terceiro, mas simplesmente tornase inadimplente de obrigação tributária própria.

3. Recurso desprovido. (REsp 1543485/GO, Rel.Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016).

Segundo a Relatora do processo, Ministra Thereza de Assis Moura, o consumidor final não figura no polo passivo da obrigação de pagar o ICMS. Tanto não figura que, se não houver o recolhimento tempestivo do tributo, não é ele que será executado ou sancionado, mas o comerciante, o industrial ou o produtor que praticou a operação mercantil. Ainda que o comerciante, o industrial ou o produtor deixem de repassar a carga econômica do tributo ao consumidor final, não se eximirão do dever de pagar o ICMS (justamente porque são eles os contribuintes *de jure*).

Para evitar tautologia transcrevo partes da sentença proferida pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Brusque, Antônio Marcos Decker, que muito bem analisou a matéria sob enfoque:

O tipo penal cuida da chamada apropriação indébita tributária (nomem iuris). O sujeito ativo é o contribuinte ou responsável tributário (sujeito passivo da obrigação tributária). O tipo objetivo consiste em deixar de recolher, no prazo legal, o valor do tributo descontado ou cobrado e que deveria recolher aos cofres públicos.

Deixar de recolher o valor descontado ou cobrado é modalidade

típica praticada pelo responsável tributário, que retém do contribuinte de direito, de modo a facilitar a fiscalização e arrecadação, o valor do tributo por este devido, ficando depositário de quantia que não lhe pertence.

Importa registrar que a adequação típica da conduta de deixar de recolher, no prazo legal, o valor do ICMS devidamente declarado pelo contribuinte de direito, nos termos da legislação tributária, é tema polêmico na doutrina e na jurisprudência.

Isso porque o caráter indireto do tributo, cujo ônus financeiro do encargo repercute na cadeia de consumo, gera o debate se o valor do imposto é cobrado/descontado ou não do consumidor, de modo a delimitar se o contribuinte de direito (o empresário) dele se apropria ou não em detrimento do fisco.

Neste particular, este magistrado não desconhece a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no sentido de que, dada a repercussão econômica do encargo, o consumidor é contribuinte de fato e, portanto, restaria caracterizada a conduta típica porque o valor dele “cobrado” não seria recolhido no prazo legal pelo empresário, dito “responsável tributário”. Sobre o tema: TJSC, Apelação n. 0908369-10.2014.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 07-06-2016; TJSC, Apelação n. 0038276-60.2011.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 31-05-2016; TJSC, Apelação n. 0031204-51.2013.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 24-05-2016; TJSC, Apelação Criminal n. 2015.054273-1, de Guaramirim, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 13-10-2015; TJSC, Apelação n. 0027358-26.2013.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 31-05-2016; TJSC, Apelação n. 0038276-60.2011.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 31-05-2016; TJSC, Apelação n. 0910569-87.2014.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Sérgio Antônio Rizelo, j. 12-04-2016; TJSC, Apelação n. 0027332-28.2013.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencour Schaefer, j. 07-04-2016; entre outros.

Entretanto, o empresário não é substituto tributário porque o tributo é por ele devido na condição de sujeito passivo da obrigação jurídico-tributária com o fisco estadual (inegavelmente) é a maior fonte de receita do Estado e, por corolário, representa significativa parcela do

volume de investimentos em obras e serviços de necessidade, utilidade e interesse público; juridicamente, em última análise, dada a sistemática própria de cálculo do ICMS devido (“por dentro”), embora não se negue o seu caráter indireto, o valor do tributo não é, técnica e economicamente, cobrado do consumidor porque o que este paga é o preço da mercadoria.

José Paulo Baltazar Junior, Juiz Federal, em obra dedicada aos crimes federais, comentando o dispositivo legal em questão, ensina que:

Em relação ao ICMS, que é, usualmente, cobrado “por dentro”, ou seja, inclusão no preço, ao contrário do IPI, que é destacado ou cobrado por fora, o crime ocorreria apenas nos casos de substituição tributária (Bellucci, 1994: 111). Mesmo nesses casos, porém, o crime é de difícil ocorrência, pois o recolhimento do tributo dar-se-á diretamente para a Fazenda, não havendo desconto propriamente. **De todo modo, em operações ordinárias sujeitas a ICMS, não há crime, uma vez que o valor da nota fiscal representa tão somente o preço da mercadoria, constituindo o valor do tributo dívida própria do vendedor, após compensação com o valor devido em suas compras** (Seixas Filho: 428) (Baltazar Júnior, José Paulo. Crimes Federais. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015) (grifo nosso).

E, do ponto de vista da precificação, a toda evidência, o preço é integrado pela margem de lucro que o empresário deseja/pode obter e pelos custos do processo de produção da mercadoria (insumos, mão de obra, contribuições sociais, outros tributos, alugueis, energia elétrica etc.). Mas, nem por na qualidade de contribuinte (Lei Complementar n. 87/1993, art. 4º c/c Lei nº 10.297/1996), já que tem relação direta e imediata com o fato gerador (a circulação de mercadoria; Lei Complementar n. 87/1993, art. 2º c/c Lei nº 10.297/1996). Ademais, deixando de lado o argumento subjacente de que a arrecadação do ICMS (indiscutível e isso, o empresário é denunciado por não pagar o aluguel do locador (CP, art. 168) ou recolher as contribuições sociais por ele devidas (Lei n. 8.137/1990, art. 2º, II, c/c Lei 8.212/1991), tampouco o consumidor deixa de pagar o preço para pagar o tributo. Até porque, economicamente, em razão da lei fundamental da oferta e da procura, embora “destacado” o valor do tributo na nota fiscal, nada impede que o seu pagamento saia da margem de lucro do fornecedor em razão de

negociação havida com o consumidor. Ademais, nas hipóteses de venda a prazo, o fato de o consumidor deixar de honrar com a sua obrigação (pagar o preço) não afasta a incidência tributária, o que só reforça a tese de que o valor do ICMS declarado e não recolhido não necessariamente repercutiu economicamente. Isto é, foi “cobrado”.

A respeito do tema, Miguel Teixeira Filho explica:

Muito embora o emitente da nota fiscal de saída de mercadorias (como é o caso) seja o sujeito passivo da obrigação tributária, o fato é que o ICMS Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços não é “descontado” nem tampouco “cobrado” por quem realiza a operação de saídas.

O que gera a obrigação de se pagar o ICMS é a ocorrência do fato gerador, que se verifica na saída da mercadoria do estabelecimento.

Ou seja, quando o contribuinte dá saída na mercadoria em seu estabelecimento nasce a obrigação de recolher o imposto incidente sobre a operação.

É totalmente equivocado se dizer, no sentido jurídicotributário, que o emitente da Nota Fiscal “cobra ICMS” do adquirente.

Ora, na prática, é óbvio que o ICMS integra o valor cobrado, uma vez que se constitui um dos elementos do custo da mercadoria vendida.

Mas é de se observar que não só ICMS integra o custo, uma vez que este, como não poderia ser diferente, incluirá todos os demais encargos e gastos necessários à realização da operação final (venda da mercadoria), dentre os quais os insumos, a energia elétrica, os salários, as taxas, e ainda, outros tributos como o Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, Contribuição Social sobre o Lucro, PIS, Cofins, as Contribuições Previdenciárias, etc. Todos estes elementos, como já se disse, na prática, também são “cobrados” do adquirente.

No entanto, em se falando das exações que integram o preço (não só o ICMS como todos os demais, como apontado), não se pode dizer, que está se “cobrando tributo” do adquirente. O que se cobra é o preço da mercadoria.

E aqui é que reside o cerne da questão. A relação que se estabelece entre quando o vendedor realiza uma saída de mercadoria com destino ao adquirente é uma operação meramente comercial e nunca de cunho jurídico tributário.

E o que dizer do fato que o ICMS é “destacado” na Nota Fiscal, perguntam alguns?

Ora, como a própria legislação do ICMS assenta, o “destaque” do ICMS em local própria da Nota Fiscal é “mera indicação de controle”, como consta em todos os regulamentos de ICMS estaduais. Vale dizer, serve para fins de escrituração, controle e fiscalização do débito pelo emitente da nota fiscal, e para que se tenha controle do correspondente crédito pelo adquirente da mercadoria, se for o caso.

O fato de se “destacar” o ICMS no retângulo próprio da Nota Fiscal não significa que, em termos jurídicos tributários, está se “cobrando” o imposto, como já se afirmou. Contrário sensu, quando o adquirente paga a Nota Fiscal não está “pagando” ICMS ao emitente.

Portanto, é totalmente equivocado se falar em “contribuinte de direito” e “contribuinte de fato” nas condições aqui tratadas. Contribuinte, no caso do ICMS de operações próprias é um só: aquele que emite a Nota Fiscal. (TEIXEIRA FILHO, Miguel. Omissão no recolhimento de ICMS não configura crime fiscal. Disponível em: <<http://www.oabsc.org.br/artigos/omissao-no-recolhimentodo-icms-nao-configuracrime-fiscal/1551>>).

Inclusive, recentemente, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, em posição divergente da adotada pela quinta turma, sufragou o entendimento de que não caracteriza crime, mas mero inadimplemento tributário, a conduta do contribuinte de ICMS que declara e deixa de recolher o valor devido no prazo legal, in verbis:

RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS PRÓPRIO. MERO INADIMPLEMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. O delito do artigo 2º, inciso II da Lei nº 8.137/90 exige que o

sujeito passivo desconto ou cobre valores de terceiro e deixe de recolher o tributo aos cofres públicos.

2. O comerciante que vende mercadorias com ICMS embutido no preço e, posteriormente, não realiza o pagamento do tributo não deixa de repassar ao Fisco valor cobrado ou descontado de terceiro, mas simplesmente tornase inadimplente de obrigação tributária própria.

3. Recurso desprovido. (REsp 1543485/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016).

Do inteiro teor do voto da Relatora Ministra Maria Thereza se Assis Moura, endossado à unanimidade pelo colegiado, colhem-se os seguintes argumentos:

Da dicção do tipo penal resulta que somente comete o delito que “desconta” ou “cobra” o valor de tributo “na qualidade de sujeito passivo da obrigação”. Uma interpretação sistemática entre direito penal e direito tributário, de acordo com os fundamentos anteriormente expostos, leva à conclusão de que o tipo penal está a se referir justamente à figura da responsabilidade tributária, forma de sujeição passiva indireta em que o sujeito passivo tributário se torna legalmente responsável pelo recolhimento de tributo de outrem.

Não é o caso do ICMS próprio, em que a sujeição passiva tributária é direta, ou seja, o contribuinte é o sujeito passivo da obrigação tributária, não havendo que se falar em responsável tributário ou em sujeição passiva indireta.

O fato de o consumidor arcar com o ônus econômico do tributo em nada afeta essa conclusão, do ponto de vista jurídico. O consumidor não é contribuinte do imposto, no sentido técnico, nem sujeito passivo da obrigação, o que significa que ele jamais será cobrado pelo pagamento do imposto devido na operação. Não existe relação jurídica tributária possível entre o Fisco estadual e o consumidor final, de modo que não é correto, juridicamente, considerar que o valor do ICMS embutido no preço tenha sido dele “cobrado” ou “descontado”.

O consumidor é, apenas, “contribuinte de fato”, conceito que,



juridicamente, tem relevância unicamente para fins de repetição de indébito tributário (CTN, art. 166). Salvo para essa finalidade, o conceito tem caráter meramente econômico.

Sob esta perspectiva, é também o consumidor quem arca, por exemplo, com o ônus econômico do imposto de renda e com a contribuição previdenciária pagos pelo comerciante, já que, na formação do preço da mercadoria, são levados em consideração todos os custos, diretos e indiretos, da atividade. Da mesma forma, o custo do aluguel do imóvel, da energia elétrica, dos funcionários etc., tudo isso é repassado ao consumidor.

Nem por isso alguém sustenta que há apropriação indébita do imposto de renda quando o consumidor compra um produto e o comerciante, após contabilizar corretamente o tributo, simplesmente deixa de recolhê-lo.

Cito, por fim, neste sentido, as lições de Roque Antonio Carrazza a respeito da questão (O ICMS e o delito capitulado no art. 2º, II, da Lei 8.137/90: problemas conexos. Justitia . São Paulo, v. 56, n. 168, out./dez. 1994, pp. 22-23; destaquei):

O consumidor final não figura no pólo passivo da obrigação de pagar o ICMS. Tanto não, que se não houver o recolhimento tempestivo do tributo, não é ele que será executado ou sancionado, mas o comerciante, o industrial ou o produtor, que praticou a operação mercantil. Ainda que o comerciante, o industrial ou o produtor deixarem de repassar a carga econômica do tributo ao consumidor final, não se eximirão do dever de pagar o ICMS (justamente porque são eles os contribuintes de jure).

Notamos que, no caso do ICMS, o repasse da carga econômica do tributo é feito às abertas e publicadas. Melhor dizendo, tudo é devidamente escriturado. Assim, as coisas se processam, exatamente para se viabilizar o cumprimento do princípio da não-cumulatividade, isto é, para que, com acentuado grau de certeza, se possa compensar “o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal” (art. 155, §2º, I, da CF).

Isto, porém, não significa que apenas no ICMS ocorre este repasse

da carga econômica do tributo. Pelo contrário, podemos dizer que quase sempre, embora de maneira menos explícita, a empresa repassa, ao preço final de suas mercadorias, os tributos (inclusive as contribuições previdenciárias) que é obrigada a pagar. Tudo acaba compondo o custo final das mercadorias. E nem poderia ser de outro modo.

Deveras, se a empresa deixasse de fazer tal repasse, em breve estaria operando com prejuízo e, nessa medida, caminhando a passos largos para a falência. O repasse, nesses casos, também existe, apenas não é contabilizado. Fixada essa premissa de que o sujeito passivo do ICMS não é o consumidor final, mas o comerciante, o industrial ou o produtor que praticou a operação mercantil, fica fácil, segundo supomos, sustentarmos a inexistência, na questão proposta, de qualquer crime contra a ordem tributária.

**O comerciante que não recolhe o ICMS, dentro dos prazos que a lei lhe assinala, não comete delito algum. Muito menos o capitulado no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90.**

**De fato, ele não está deixando de recolher, no prazo legal, tributo descontado de terceiro. O tributo é devido por ele (em nome próprio). Ele está, simplesmente, incidindo em inadimplemento.**

**Inadimplemento que poderá acarretar-lhe o dever de pagar, além do tributo, a multa, os juros e a correção monetária. A Fazenda Pública, neste caso, poderá e, ousamos dizer, deverá - executá-lo, nos termos da Lei nº 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais).**

**Mas apenas isso. Nunca esse inadimplemento poderá conduzi-lo a uma condenação criminal. Por quê? Porque sua conduta não é típica. E, sem tipicidade, não pode haver crime, nem muito menos condenação criminal.**

Em conclusão, do ponto de vista formal e objetivo, não caracteriza crime de apropriação indébita tributária a conduta do empresário que, na condição de contribuinte de direito do ICMS, declara devidamente suas operações tributáveis, nos termos da legislação tributária, mas deixa de recolher o valor devido no prazo legal. Referida conduta caracteriza mero inadimplemento tributário que não pode ser criminalizado, sob pena de se constituir hipótese de prisão civil por dívida (CRFB/1988, art. 5º,

LXVII).

Pensar de maneira contrária, além de o Estado criminalizar dívidas, “no fundo o Poder Judiciário funciona como um grande escritório de cobrança arrisca-se dizer forçada. Primeiro o acusado é chamado a pagar o débito e sempre com a não tenho outra palavra “ameaça” de ser processado. Depois, ainda, na hipótese de suspensão condicional do processo, deve pagar “sob pena de ser processado”. Enfim, no que se chama democracia, o Estado, via Poder Judiciário, faz as vezes de um grande escritório de cobrança do poder público. E não se trata de dizer que estaria liberada a sonegação, pois este argumento é falacioso.

Existem procedimentos próprios e democráticos para a cobrança do débito, vide Lei de Execução Fiscal, com diversos benefícios em favor do Estado. Mas não, se quis mais.

Colocou-se a coação da prisão como “forçamento” ao pagamento. Também não é o caso de se traçar um paralelo com a figura típica do art. 1º da Lei n. 8.137/90, pois nestes casos houve ardid, fraude, situação diversa do art. 2º, inciso II, da mesma Lei” (ROSA, Alexandre Morais da. Por que o ICMS está fora da aplicação do tipo previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90?. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/por-que-o-icms-esta-foradaaplicacao-do-tipo-previsto-no-art-2o-ii-da-lei-n-8-13790-por-alexandre-morais-da-rosa/>>).

In casu, o acusado foi denunciado por ter infringido o disposto no artigo 2º, inciso II, c/c artigo 12, inciso I, ambos da Lei 8.137/1990, na forma continuada (art. 71 do CP) porque, nos períodos de março, maio, junho, julho, setembro, outubro e novembro de 2013, e maio à julho de 2014, conforme consta da exordial acusatória, “apesar de ter apresentado as Declarações de Informações do ICMS e Movimento Econômico - DIMEs à Secretaria da Fazenda, não recolheu aos cofres públicos, no prazo determinado pelo art. 60 do RICMS/01, os valores apurados e declarados”.

Portanto, nos termos da fundamentação vertida acima, referida conduta é formalmente atípica, pelo que a absolvição sumária do acusado é medida impositiva.

Com efeito, de ponto de vista formal e objetivo, a conduta do

empresário que, na condição de contribuinte (ICMS), apesar de declarar as operações tributáveis, deixa de recolher o valor do tributo no prazo legal não caracteriza o crime de apropriação indébita tributária. A conduta não passa de mero inadimplemento tributário, que não admite criminalização, sob pena de estarmos admitindo a prisão por dívida civil – rechaçada pela Constituição Federal em seu art. 5º, LXVII.

Segundo pode-se verificar, as duas turmas do STJ apontam tendência a considerar a conduta atípica. A Quinta Turma, no RHC 68.694, trancou por unanimidade ação penal contra um empresário catarinense condenado pelo Tribunal de Justiça Catarinense. Ao fundamentar seu voto, manifestou-se o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca que *“o fato de o contribuinte repassar o valor do imposto ao consumidor final não se insere na conduta de ‘descontar ou cobrar’ exigida pelo tipo penal, porquanto o consumidor não é contribuinte do ICMS, não se tratando, portanto, de substituição tributária, mas de mera composição dos valores do produto final”*.

A Sexta Turma, conforme mencionado anteriormente, seguiu na mesma linha (REsp 1543485).

Portanto, respeitadas posições divergentes, acompanho o entendimento preconizado por significativa parcela do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo-se, no caso presente, a atipicidade da conduta, e absolvendo-se o réu.

Com base nisso, votei no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.”

Delimitada a divergência, passa-se à análise do recurso.

**3.** O réu foi denunciado pela prática, em tese, do crime contra a ordem tributária, assim tipificado na Lei n. 8.137/90:

*“Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:*

*[...].*

*Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:*

[...];

*II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;*

*Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

*Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:*

*I - ocasionar grave dano à coletividade; [...].”*

Com todas as vênias ao Desembargador dissidente, entende-se deva prevalecer o entendimento da maioria.

Ora, a conduta de deixar de recolher ICMS no prazo legal configura crime, e não mero inadimplemento tributário.

Colhe-se comentários da doutrina sobre o dispositivo legal:

*“Nos tributos indiretos (aqueles nos quais o contribuinte transfere sua repercussão financeira para terceiro), o sujeito passivo da obrigação tributária pode cobrar (ou, eventualmente, receber) de terceiro, a carga econômica correspondente ao valor do tributo, motivo pelo qual não suporta (em tese) seu custo (mediante o mecanismo da repercussão).*

*Exemplo dessa situação ocorre no ICMS, eis que o contribuinte, ao vender uma mercadoria, destaca na nota fiscal o valor correspondente ao imposto que integrará o preço que será pago pelo adquirente. Nessa relação, o comprador é denominado (de forma alegórica) como ‘contribuinte de fato’, porque pagará ao vendedor o valor representativo do ICMS contabilmente incluído no preço, embora não seja, efetivamente, contribuinte do tributo, pois o único sujeito passivo da obrigação tributária é o vendedor, denominado (também de forma ilustrativa) como ‘contribuinte de direito’” (EISELE, Andreas. Crimes Contra a Ordem Tributária. Dialética. 2. ed. São Paulo, 2002. p. 175).*

Como se observa, embora a figura do contribuinte de fato tenha, na verdade, fundamento financeiro, a legislação em questão atribuiu-lhe relevância jurídica. Isso porque, destacado pela empresa (sujeito passivo

da obrigação tributária), na DIME, o valor devido a título de ICMS, tem-se que ele foi cobrado – ainda que não recebido – do contribuinte de fato.

Em momento algum a legislação considera o consumidor como sujeito passivo, mas apenas utiliza a figura do contribuinte de fato para evidenciar o dever acessório do sujeito passivo de cobrar, ou seja, de destacar na nota fiscal o valor do tributo, e, em seguida, repassá-lo ao erário.

Como o próprio dispositivo usa a expressão “*na qualidade de sujeito passivo*”, não há falar em que a figura só seria típica caso o consumidor fosse o contribuinte de direito e o empresário, um mero intermediador responsável pelo repasse dos valores.

Ademais, a ausência de recolhimento de tributo configura o ilícito penal, tal como tipificado no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, que repreende a recusa do agente passivo em cumprir obrigação tributária definida em lei, qual seja, o recolhimento de tributo ou contribuição social.

Especificamente sobre o ICMS, leciona Pedro Roberto Decomain:

*[...] aqui, não se está a punir, no inciso da lei de que se cuida, pura e simplesmente a inadimplência tributária, mas sim a prática de não ser recolhido ao verdadeiro destinatário o valor que o contribuinte cobrou, precisamente para esse fim, de um terceiro.*

*A situação focada no inciso guarda semelhança com a do cobrador que recebe valores de devedores de sua empregadora e, em lugar de repassá-los a ela, os despense em benefício próprio” (Crimes contra a ordem tributária. Ed. Fórum. 5. ed. Belo Horizonte, 2010, p. 381-382).*

Andreas Eisele esclarece que o tipo penal em exame:

*[...] trata das modalidades de tributos denominados indiretos, ou seja, aqueles em que o ônus financeiro da operação não é suportado pelo sujeito passivo da obrigação tributária, denominado contribuinte de direito (que na realidade é o único contribuinte legalmente estabelecido), mas, sim, repassado a terceiro, denominado ‘contribuinte de fato’.*

*[...] Exemplo de tal situação se verifica com o ICMS, onde o contribuinte é o comerciante que realiza a operação de saída da mercadoria, e tem o dever de repassar ao fisco parcela do valor da mesma, destacado da nota fiscal. Ocorre que quem efetivamente paga tal valor é o adquirente da mercadoria (contribuinte de fato) a quem é repassado o feito econômico do fato imponível no preço do produto, globalmente considerado.*

*Na hipótese, o contribuinte arrecada, em nome do Estado, o tributo de quem compra o produto, o retém por prazo determinado, a título de depósito legal e, posteriormente, repassa-se ao fisco” (Crimes contra a ordem tributária. Dialética. São Paulo, 1998, p. 165).*

A propósito, colhe-se da jurisprudência do STJ:

*“[...] Não há que se falar em atipicidade da conduta de deixar de pagar impostos, pois é o próprio ordenamento jurídico pátrio, no caso a Lei 8.137/1990, que incrimina a conduta daquele que deixa de recolher, no prazo legal, tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação, e que deveria recolher aos cofres públicos, nos termos do artigo 2º, inciso II, do referido diploma legal. Precedente. [...]” (RHC n. 44.465, Min. Leopoldo de Arruda Raposo, j. 18.06.2015).*

No ponto, urge ressaltar que o ICMS integra o valor da mercadoria ou serviço, assim como os demais custos e encargos suportados pelo comerciante. Isto é, na prática, dito tributo é cobrado indiretamente do adquirente pelo fornecedor.

Também, não se olvida reconhecer que o STJ tenha se posicionado no sentido da pretensão defensiva, entretanto o STF firmou a tese, em sede de repercussão geral, de que os crimes previstos na Lei n. 8.137/90 não violam o disposto no art. 5º, LXVII, da CF:

*“PENAL E CONSTITUCIONAL. CRIMES PREVISTOS NA LEI 8.137/1990. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. OFENSA AO ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.*

*I - O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da matéria*

*debatida nos presentes autos, para reafirmar a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a os crimes previstos na Lei 8.137/1990 não violam o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição.*

*II - Julgamento de mérito conforme precedentes.*

*III - Recurso extraordinário desprovido” (ARE n. 999425 RG, Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.03.2017).*

Extrai-se trecho do corpo do acórdão:

“[...]”

Dessa forma, as condutas tipificadas na Lei 8.137/1990 não se referem simplesmente ao não pagamento de tributos, mas aos atos praticados pelo contribuinte com o fim de sonegar o tributo devido, consubstanciados em fraude, omissão, prestação de informações falsas às autoridades fazendárias e outros ardis. Não se trata de punir a inadimplência do contribuinte, ou seja, apenas a dívida com o Fisco. Por isso, os delitos previstos na Lei 8.137/1990 não violam o art. 5º, LXVII, da Carta Magna bem como não ferem a característica do Direito Penal de configurar a ultima ratio para tutelar a ordem tributária e impedir a sonegação fiscal. [...]” (ARE n. 999.425, j. 02.03.2017).

Além disso, registra-se que:

*“O tipo penal previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990 não exige elemento subjetivo específico, mas apenas o ato voluntário de deixar de repassar ao fisco o valor do tributo descontado ou cobrado de terceiro na qualidade de sujeito passivo da obrigação, ainda que declarado, sendo irrelevante o especial fim de se apropriar de tal numerário ou de obter proveito particular com o crime” (STJ, AgRg no AREsp n. 772.503, Min. Rogério Schietti Cruz, j. 18.02.2016).*

Assim, não há falar em atipicidade da conduta.

4. Acerca do pedido de suspensão do julgamento, a pretensão do embargante, da mesma forma, não merece guarida.

Conforme bem destacado no voto vencedor e também pelo Procurador de Justiça Humberto Francisco Scharf Vieira, em seu



judicioso parecer, que se pede vênia para transcrever,

“O próprio embargante demonstra a impossibilidade de suspensão do feito (argumento dos Embargos) baseado no Recurso Especial 1.598.005/SC pendente de julgamento, além de que afirma que está discutindo a matéria:

‘Ademais, frisa-se que o fato de não haver determinação para a suspensão dos recursos especiais em tramitação no STJ, assim como os precedentes desta Corte reconhecerem a tipicidade da conduta aqui tratada, não impedem uma nova análise da matéria, de modo a conceder uma interpretação ao tema dentro dos limites estabelecidos pelo direito tributário.’ (ponto 15, fl. 6, dos EI)”.

Como visto, não há motivos para se acolher o pleito sob exame.

**5.** À vista do exposto, vota-se pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

**Revisão Criminal n. 4011881-04.2016.8.24.0000, de Videira**

Relator: Desembargador Sidney Eloy Dalabrida

REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO  
CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PLEITO  
ABSOLUTÓRIO EMBASADO EM PROVA NOVA  
PRODUZIDA EM MEDIDA CAUTELAR ANTECIPADA.  
VERSÃO INCONSISTENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA.  
IMPROCEDÊNCIA DA *ACTIO*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4011881-04.2016.8.24.0000, da comarca de Videira Vara Criminal em que é Requerente E. M. dos S.

O Segundo Grupo de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, julgar improcedente o pedido. Sem custas.

O julgamento, realizado na data de 27 de junho de 2018, foi presidido pela Exma. Sra. Desembargadora Salete Silva Sommariva, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Desembargador Zanini Fornerolli, Desembargador Carlos Alberto Civinski, Desembargador Getúlio Corrêa, Desembargador Ernani Guetten de Almeida, Desembargador Volnei Celso Tomazini e Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes.

Florianópolis, 29 de junho de 2018.

Desembargador Sidney Eloy Dalabrida  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de Revisão Criminal ajuizada por E. M. dos S., condenado à pena de 6 (seis) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime previsto no art. 214, c/c o art. 224, “a”, ambos do Código Penal, vigente ao tempo dos fatos (fls. 294-307).

A decisão condenatória transitou em julgado em 14/3/2013 (fl. 875).

Invocando o art. 621, I, do Código de Processo Penal, sustenta o Requerente que a retratação da vítima, que sofria à época influência de sua genitora, é apta à reforma do decreto condenatório, razão pela qual postula a absolvição, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 1-7).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Sonia Maria Demeda Groisman Piardi, pelo conhecimento e desprovimento da ação (fls. 907-911).

## VOTO

De plano, necessária rápida digressão acerca do instituto da revisão criminal para contextualização legal da matéria.

A inviolabilidade à segurança jurídica, prevista no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, é garantia fundamental inerente ao regime democrático e visa a garantia da certeza/estabilidade das relações/situações jurídicas, assim como a proteção à confiança.

Os doutrinadores Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero discorrem acerca da existência de um direito fundamental à segurança jurídica do processo, cujas lições transcrevem-se:

nossa constituição não prevê o direito à segurança jurídica do processo. Contudo, um dos fundamentos do Estado Constitucional é a segurança jurídica. Além disso, nosso ordenamento constitucional arrola expressamente, entre os direitos fundamentais, o direito à segurança jurídica (art. 5º, *caput*). Especificamente, a Constituição refere que o

legislador não pode prejudicar “a coisa julgada” (art. 5º XXXVI). Daí que, **nada obstante não contemplado expressamente, é evidente a existência de direito fundamental à segurança jurídica no processo em nossa ordem constitucional (Recht aufvorhersehbares Verfahren). A segurança jurídica no processo é elemento central na conformação do processo justo.**

**O direito à segurança jurídica no processo constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais. Ainda, a segurança jurídica determina não só a segurança no processo, mas também segurança pelo processo.** Nessa linha, o direito à segurança jurídica processual exige respeito: (i) à preclusão; (ii) à coisa julgada; (iii) à forma processual em geral; e (iv) ao precedente judicial (*Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 759 – grifou-se).

A Constituição Federal, é cediço, oxigenou a ciência processual penal instituindo amplo sistema de garantias individuais com o objetivo de realizar um processo justo para a construção do convencimento judicial.

Será justo o processo realizado sob o contraditório, perante o juiz natural e com a participação efetiva da defesa, com a observância das garantias constitucionais fundamentais consecutórias de um Estado Democrático de Direito.

Ainda, na lição dos citados doutrinadores, o **“juiz tem o dever de interpretar a legislação processual em conformidade com o direito fundamental ao processo justo. O Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos. Se essa proteção depende do processo, ela só pode ocorrer mediante processo justo. No Estado**

*Constitucional, o processo só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutelam os direitos na dimensão da Constituição”* (ob. cit, p. 705 – grifou-se).

Sem sombra de dúvida, o processo justo interessa à sociedade, sendo dever do Estado assegurá-lo. Nesse contexto, é inequívoco o interesse do Estado em rever pronunciamentos judiciais quando constatado equívoco ou injustiça, afastando, excepcionalmente, a coisa julgada.

Nessas hipóteses, conforme ensina Renato Brasileiro de Lima:

**em situações excepcionais, a coisa julgada pode ser afastada por intermédio da revisão criminal. Por mais que não se possa negar a importância da coisa julgada, não se pode admitir que uma decisão condenatória contaminada por grave erro judiciário – expressão máxima da injustiça – seja mantida pelo simples fato de haver transitado em julgado. Há de se buscar, enfim, o equilíbrio entre a segurança e a justiça, disciplinando a correção dos erros judiciais.**

**Assim, em hipóteses taxativamente arroladas pelo CPP (art. 621, I, II e III), ante a existência de vícios extremamente graves, a certeza inerente à coisa julgada se vê sobreposta pela busca de uma decisão que se revele mais justa.** À primeira vista pode parecer que a revisão criminal viola a coisa julgada. Pelo contrário. Conquanto tenha por objetivo a desconstituição de uma decisão irrecorrível, a revisão criminal acaba por valorizar a coisa julgada, já que o que a sociedade espera é a estabilidade da decisão justa e não a manutenção de pronunciamento judicial caracterizado por erro de fato ou de direito (*Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1773 – grifou-se).

À luz do disposto no Diploma Processual Penal, por excepcionar a garantia da coisa julgada, a ação de revisão criminal possui fundamentação vinculada às seguintes hipóteses: *a)* quando a sentença condenatória for **contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;** *b)* quando a sentença condenatória **se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;** *c)* quando, após a sentença, se descobrirem **novas provas de inocência do condenado ou de**

**circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena** (art. 621).

Pois bem.

Antes de prestar depoimento na medida cautelar antecipada de provas, a vítima M. C. R. subscreveu declaração escrita, registrada em cartório, com o seguinte teor:

Declaro que quando prestei depoimento em relação ao meu tio E. M. dos S., isso há muitos anos atrás, fui influenciada pelo fato de minha família da parte de minha mãe não se dar bem com a família da parte do meu pai. Eu não tenho qualquer lembrança do meu tio ter feito qualquer mal, muito menos em relação a mexer comigo, ou mesmo com meu corpo enquanto era criança. Meu tio E. jamais fez algo de errado comigo, tanto que sempre tive muito carinho por ele e não me sinto bem vendo ele preso ou com riscos de ser preso. Guardo muita dor no coração por ter feito meu tio passar por tudo isso, mas nunca fiz nada para mim, sempre me deixei ser influenciada pelas brigas das duas famílias, mas também não posso deixar meu tio ser preso por algo que não fez. Por isso agora que já sou maior quero corrigir essa injustiça.

Essa é a pura verdade! (fl. 9).

Sob o crivo do contraditório, porém, declarou:

[...] que não se recorda dos fatos devido sua idade na época, inclusive afirmou que não sabe dizer se o tio praticou ou não “aqueles fatos” com ela [0’45”]. Porém, acredita não ser o tio o autor dos delitos, apesar de não se lembrar de seu convívio com ele [3’52”]. Explica que a declaração escrita foi realizada a pedido de seu pai (irmão do revisionando), sendo ele quem a levou para reconhecer firma do documento em cartório [1’40”]. Disse que a declaração oral prestada também decorreu da insistência do pai, pois ele acredita na inocência do irmão [2’01”]. Acrescentou que, durante sua infância, existia uma rixa entre as famílias do pai e da mãe [2’07”]. Ao final, ressaltou ter uma boa relação com sua mãe e que ela não a influencia negativamente, nem agora, nem na época da ocorrência dos fatos [4’43”] (transcrição extraída do parecer da Procuradora de Justiça, à fl. 909, com inserção do tempo, nos moldes do § 7º do art. 297 do

Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina – CNCJSC).

De plano é possível identificar as contradições entre as declarações prestadas e, mais do que isso, o interesse que subjaz à modificação da versão apresentada no processo criminal.

Com efeito, enquanto na declaração extrajudicial a vítima nega que o requerente a tenha molestado sexualmente, sob o crivo judicial, além de não confirmar detalhes que constam daquele documento, afirmou textualmente que “não se recorda dos fatos devido sua idade na época”, não sabendo “dizer se o tio praticou ou não aqueles fatos com ela”.

Acrescenta a vítima que o documento foi obtido por insistência do genitor, irmão do revisionando, bem como que não houve interferência da mãe na época dos fatos, o que se choca com a versão apresentada pelo réu nas duas etapas procedimentais, no sentido de que a acusação foi fruto de estratégia da genitora, com o objetivo de prejudicar seu irmão (v. fl. 295).

A propósito, pontuou o magistrado sentenciante (fl. 299):

Verifica-se, também, a inexistência do mais vago interesse de alguém ter engendrado um episódio de tamanha sordidez com o intuito de causar um malefício ao acusado, mormente no que tange à alegação de que a mãe da vítima pretendia prejudicar o irmão do réu, pois estavam em vias de separação judicial.

A propósito, o cotejo das declarações foi efetuado de forma perspicaz pela d. Procuradora de Justiça, Dra. Sonia Maria Demeda Groisman Piardi, que assinalou:

Confrontando a declaração oral da vítima com aquela escrita e com firma reconhecida em cartório, fácil perceber incoerências entre elas. Nesta última, M. nega a autoria delitiva de E., ao declarar: Eu não tenho qualquer lembrança do meu tio ter feito qualquer mal, muito menos em relação a mexer comigo, ou mesmo com meu corpo enquanto era

criança. Meu tio E. jamais fez algo de errado comigo [...]. Além disso, expressa a ingerência que a mãe exercia sobre si, influenciando, inclusive, a descrição dos fatos por ela relatados no âmbito da ação principal.

Já a segunda declaração, prestada em juízo, não confirma os detalhes constantes do documento escrito e assinado juntado à p. 9. Ao contrário, M. afirma ter esquecido a autoria e até o próprio crime imputado ao revisionando, por ser muito pequena naquela época. Frisa, ainda, que sempre teve bom relacionamento com a mãe, a qual não exerceu, nem exerce, influência negativa sobre si (fl. 910).

Avulta pontuar, ademais, que já por ocasião da sentença criminal, o juiz sentenciante reconheceu a existência de contradições nas declarações da vítima, cuja intensidade, contudo, não abalavam a sua credibilidade, sobretudo porque relacionadas a questões periféricas (fls. 296 e 300), estando em sintonia com outros elementos de convicção, como declarações da sua madrinha, Sílvia Adriana Castanha Breda, e resultado de exames laboratoriais.

De fato, merece destaque que a vítima, em decorrência dos fatos, acabou por contrair doença sexualmente transmissível (fls. 24 e 25), da qual, consoante comprova o exame microbiológico de fl. 32, já padecia o requerente, fator que, não há negar-se, contribuiu decisivamente para a convicção em torno da autoria, sendo a “prova nova” apresentada incapaz de desconstituí-la.

A pretensão revisional assentada em “novas provas de inocência do condenado”, a fim de afastar a força da coisa julgada, há de ser capaz de, por si só, garantir manifestação judicial favorável ao requerente, não se prestando a tal desiderato aquela com habilidade unicamente de debilitar uma das provas que escoram o decreto condenatório.

Nessa direção, a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

[...] Surgindo novas provas que indiquem que o condenado deveria ser absolvido, ou de existirem circunstâncias atenuantes ou causas de diminuição de pena não cogitadas, ou não estarem presentes



circunstâncias agravantes, qualificadoras ou causas de aumento de pena indevidamente reconhecidas, deve ser deferido o pedido revisional. A revisão, porém, não é uma segunda apelação, não se prestando à mera reapreciação da prova já examinada pelo Juízo de primeiro grau e, eventualmente, de segundo, exigindo pois que o requerente apresente elementos probatórios que desfaçam o fundamento da condenação. Há na verdade, uma inversão do ônus da prova, e os elementos probatórios devem ter poder conclusivo e demonstrar cabalmente a inocência do condenado ou a circunstância que o favoreça, não bastando aquelas que apenas debilitam a prova dos autos ou causam dúvidas no espírito dos julgadores [...] (*Código de Processo Penal Interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1623).

No âmbito da revisão criminal, não se pode avaliar novamente a prova, devendo o Tribunal tão somente verificar se o édito condenatório se embasa no conjunto probatório ou se dele está totalmente divorciado, haja vista que o ônus probante pertence exclusivamente ao réu.

Como demonstrado, a opção condenatória não se encontra em descompasso com o conjunto probatório. Bem ao contrário, nele encontra inegável amparo, sendo a nova prova apresentada indubitavelmente débil e incapaz de autorizar a revisão pretendida.

Dessa forma, considerando-se os elementos coligidos, a manutenção da sentença (fls. 294-307) e do acórdão (fls. 416-421) é medida imperativa.

Nessa esteira, já decidiu esta Corte:

REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL COM EXERCÍCIO DE AUTORIDADE SOBRE A VÍTIMA (ART. 217-A C/C ART. 226, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) E ESTUPRO DE VULNERÁVEL COM EXERCÍCIO DE AUTORIDADE SOBRE A VÍTIMA, NA MODALIDADE TENTADA, POR DUAS VEZES (ART. 217-A, ART. 226, INCISO II, C/C ART. 14, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL). AVENTADA PROVA NOVA

CAPAZ DE DEMONSTRAR A INOCÊNCIA DO CONDENADO (ART. 621, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). RETRATAÇÃO DA VÍTIMA EM JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. PROVA INÉDITA, CONTUDO, INCAPAZ DE ABALAR A COISA JULGADA. PEDIDO REVISIONAL INDEFERIDO. 1. Impossível a rescisão do decreto condenatório com fulcro no art. 621, inciso III, do Código de Processo Penal quando não se verifica, junto ao pedido de revisão, qualquer nova provaque, de forma conclusiva e indubitosa, conduza à conclusão almejada pelo requerente. 2. “O conteúdo da nova prova produzida em justificação judicial deve ser substancialmente robusto, capaz de enfraquecer todo o acervo probatório até então produzido. Desse modo, a retratação da vítima em sede de justificação judicial não se mostra hábil a derruir a sentença quando verificada a sua dissintonia com os demais elementos existentes nos autos’ (TJSC, Revisão Criminal n. 2011.040149-5, de Joinville, j. em 30/11/2011)”. (TJSC - Revisão Criminal n. 0157630-57.2015.8.24.0000, de Criciúma, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 24/02/2016) (TJSC, Revisão Criminal n. 4007895- 42.2016.8.24.0000, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeiro Grupo de Direito Criminal, j. em 25/10/2017).

À luz do exposto, vota-se pela improcedência da *actio*.

**Revisão Criminal n. 4000361-47.2016.8.24.0000, de Biguaçu**

Relator: Desembargador Volnei Celso Tomazini

REVISÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ARTIGOS 214 C/C ARTIGO 224, ALÍNEA 'A', EM SUAS ANTIGAS REDAÇÕES, E ARTIGO 226, INCISO II, NA FORMA DO ARTIGO 71 E ARTIGO 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL.

SUSCITADA NULIDADE PROCESSUAL. MANIFESTA A ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER A AÇÃO PENAL. NÃO ACOLHIMENTO.

A condição de miserabilidade do ofendido pode ser evidenciada por meios que dispensam o rigorismo formal, bastando que fique demonstrada em qualquer fase processual. A representação, igualmente, não demanda maiores formalidades, sendo necessária tão somente a intenção de instaurar o procedimento penal contra o autor do crime.

ALEGADA CONTRARIEDADE DA CONDENAÇÃO ÀS PROVAS PRODUZIDAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DOS DELITOS DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PARA A CONTRAÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS QUE DEMONSTRAM A PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS PARA A SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE RECONHECIMENTO DOS DELITOS NA MODALIDADE TENTADA. INVIABILIDADE.

As condutas não pode ser classificadas como mera molestação ou perturbação da tranquilidade, se o conjunto probatório revela que os atos libidinosos praticados pelo revisionando, em diversas oportunidades, contra vítimas em situação de vulnerabilidade, pretendiam satisfazer sua lascívia.

A consumação dos delitos de atentado violento ao pudor ocorre no instante em que os atos libidinosos são praticados e o ofendido atinge seu propósito, qual seja, o desejo sexual, o que afasta de o reconhecimento dos delitos na modalidade tentada.

PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO CONTRA AS VÍTIMAS. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ARTIGO 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APRECIÇÃO DA MATÉRIA POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO INTERPOSTA, QUE CONFIRMOU A APLICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL. EVIDENTE PROPÓSITO DE REEXAME DA MATÉRIA. NÃO CONHECIMENTO.

Se do julgamento que confirmou a condenação proferida pelo juízo de primeiro grau sobressai a análise pormenorizada da matéria, notadamente sobre o concurso entre os crimes praticados pelo revisionando, logicamente decorre o nítido intento de reexame probatório, o que refoge das hipóteses que admitem o ajuizamento da revisão criminal.

REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA EM PARTE E, NESTA, INDEFERIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4000361-47.2016.8.24.0000, da comarca de Biguaçu Vara Criminal em que é Requerente J. L. P.

O Segundo Grupo de Direito Criminal, em Sessão Ordinária hoje realizada, julgou os presentes autos, tendo decidido, por votação unânime, conhecer em parte e, nesta, indeferir a revisão.

Tomaram parte no julgamento: Desembargador Volnei Celso Tomazini, Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Desembargador Luiz Cesar Schweitzer, Desembargador Norival Acácio

Engel, Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Desembargadora Salete Silva Sommariva, Desembargador Carlos Alberto Civinski e Desembargador Ernani Guetten de Almeida.

Presidiu a sessão o Exmo(a). Sr(a). Desembargadora Salete Silva Sommariva.

Funcionou como Representante do Ministério Público o(a) Exmo(a). Sr(a). Dr(a). Rogério Antônio da Luz Bertoncini.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2018.

Desembargador Volnei Celso Tomazini  
Relator

## RELATÓRIO

J. L. P. ajuizou a presente revisão criminal, com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal.

Narrou que foi condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 40 (quarenta) anos e 3 (três) meses de reclusão, pela prática do crime descrito no artigo 214 c/c artigo 224 “a” e 226, inciso II, todos do Código Penal, por quatro vezes, cada qual na forma do artigo 71 do Código Penal.

Aventou, preliminarmente, nulidade processual, porque manifesta a ilegitimidade do Ministério Público para promover a ação penal. No mérito, postulou a desclassificação das condutas para a contravenção penal descrita no artigo 65 do Dec-lei n. 3.688/41 ou, alternativamente, o reconhecimento da tentativa de estupro, na modalidade “*dos atos libidinosos diverso da conjunção carnal sem penetração na vítimas*”. Após tecer outras considerações que entendeu relevantes, postulou a

procedência dos pedidos (fls. 01- 28).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do Procurador Rogério A. da Luz Bertoncini, opinou pelo desprovimento da revisional (fls. 392-400).

Em decisão monocrática, este Relator negou seguimento à ação revisional (fls. 407-417).

Irresignado, J. L. P interpôs agravo, requerendo, em síntese, que a revisão criminal seja apreciada pelo colegiado.

Reeditou, no mais, os argumentos expendidos na revisional (fls. 01- 14).

Em nova manifestação, o Procurador Rogério Antônio da Luz Bertoncini ratificou o parecer emitido nos autos nº 40000361-47.2016.8.24.0000.

Em 26 de julho de 2017, a Seção Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer e prover o agravo, para reformar a decisão monocrática e conhecer da revisão criminal (fl. 31).

É o relatório.

## VOTO

J. L. P. foi condenado pela prática do crime descrito no artigo 214 c/c artigo 224 “a” e 226, inciso II, todos do Código Penal (vigentes antes das alterações introduzidas pela Lei n. 12.015/2009) , por quatro vezes, cada qual na forma do artigo 71 do Código Penal.

A pena fixada na sentença, é importante detalhar, ficou fixada em 49 (quarenta e nove) anos de reclusão, no regime inicial fechado.

Inconformado com o *decisum* condenatório, J. L. P. interpôs

recurso de apelação e, em 23.4.2013, a Primeira Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, readequando, de ofício, a reprimenda.

Assim, em relação às vítimas PAb.Z, Pal.Z e B.S, fixou-se a pena de cada delito em 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão; pela prática do delito em relação à vítima T.P, arbitrou-se a reprimenda em 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Reconhecido o concurso material entre os delitos, ficou definitivamente fixada a penalidade em 40 (quarenta) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Com fundamento no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal, J. L. P ajuizou a presente revisão criminal, cuja insurgência central é a nulidade processual, bem como a contrariedade da sentença condenatória com a evidência dos autos.

É sabido, a revisão criminal constitui meio adequado para combater sentenças condenatórias transitadas em julgado quando a decisão condenatória estiver contaminada por erro judiciário, a saber, aquelas hipóteses elencadas no artigo 621 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, quando alegada que a decisão não está em correspondência com o conjunto probatório, essa contrariedade deve ser manifesta, o que sinaliza, por certo, a excepcionalidade da utilização dessa ação para desconstituir a coisa julgada.

A par disso, *“apesar de não constar expressamente do art. 621, prevalece o entendimento de que também se admite o ajuizamento de revisão criminal na hipótese de nulidade do processo, já que o art. 626, caput, do CPP, refere-se à anulação do processo como um dos possíveis resultados da procedência do pedido revisional”* (Lima, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 1477).

Dito isso, passa-se à análise das insurgências apresentadas pelo revisionando.

### **Nulidade processual – ilegitimidade do Ministério Público**

O revisionando suscitou nulidade processual, por suposta ilegitimidade do Ministério Público, porque à época dos fatos (entre 2003 e 2009) a legislação vigente previa que a ação penal nos crimes contra os costumes era de natureza privada, sendo somente permitida mediante ação pública se porventura a vítima ou seus pais não pudessem prover às despesas do processo e, ainda assim, dependia representação, requisitos não obedecidos no presente caso.

Em outras linhas, alegou que a capacidade financeira dos genitores das vítimas **B. S, Pab. Z. e Pal. Z.** “*não se enquadram nas exceções previstas nos parágrafos do art. 225 da antiga redação do CP*”, porque, em síntese:

[...] a Senhora J., mãe de Pab. e Pal., em juízo afirmou que pagava aos avós das crianças para que eles cuidassem delas; afirmou que trabalhava, que era proprietária de uma loja. (CD - gravação audiovisual).

No mesmo sentido, demonstrando uma situação financeira boa, foi o depoimento da Senhora R., mãe de B., em seu depoimento perante a autoridade judicial, afirmou que sua família ajudava a família de J. L., que seu marido S., inclusive, o chamou para trabalhar com ele, oportunizando ao revisionando a compra de um carro ou moto. (CD - gravação audiovisual)..

Contudo, a eiva processual suscitada, adianta-se, não merece acolhimento.

Sabe-se que a antiga redação do art. 225 do Código Penal, assim prescrevia:

Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa. § 1.º Procede-se, entretanto, mediante ação pública: I- se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem



privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; II- se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor, ou curador. § 2.º No caso do n. I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação”.

Após as alterações promovidas pela Lei n. 12.015/09, as ações penais por crimes praticados contra a liberdade sexual de crianças, adolescentes e pessoas vulneráveis passaram a ser públicas incondicionadas (art. 225, caput, do CP).

No caso, os fatos noticiados nos autos iniciaram em 2003, cessaram em 2009, sendo a denúncia recebida em 29.04.2011, de modo que a hipótese, por suposto, amolda-se à legislação anterior.

Ainda assim *“A comprovação da miserabilidade da vítima, consoante entendimento deste Superior Tribunal, admite simples declaração verbal ou a notoriedade do fato, sendo prescindível o atestado de pobreza”*. (HC 293531 / MG, rel. Min. Jorge Mussi, j em 18.11.2014).

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA CRIANÇA, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 214, C/C OS ARTS. 224, “A”, E 71, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL, COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 12.015/09). PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESCINDIBILIDADE DO ATESTADO OU DECLARAÇÃO DE POBREZA. RIGOR FORMALÍSTICO DISPENSÁVEL. COMPARECIMENTO DA REPRESENTANTE DA VÍTIMA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL QUE SUPRE A REPRESENTAÇÃO FORMAL. DECADÊNCIA INOCORRENTE. PREFACIAIS REJEITADAS. (Apelação Criminal n. 2013.072728-5, de Indaial, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho)

Diante disso, essa condição pode ser evidenciada por meios que dispensam o rigorismo formal, bastando que fique demonstrada em qualquer fase processual.

Na hipótese, J. S, mãe das vítimas Pal. Z e Pab. Z, exerce o ofício de costureira; R.O.W, mãe da vítima B.S, declarou-se autônoma. Essas particularidades convenceram acerca da impossibilidade das partes proverem as despesas do processo sem privação dos recursos indispensáveis à manutenção familiar.

Some-se a isso, vale ressaltar que, no tocante à legitimidade para a propositura da ação penal antes da alteração promovida pela legal, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou que a exigência da iniciativa dos genitores ou de sua comprovada miserabilidade para promover a ação penal não se compatibiliza com o princípio da proteção integral estabelecido na Constituição da República, mormente com o preceito do artigo 227, segundo o qual:

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

Em outras linhas, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça, no referido julgado, pela legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal em crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que ausente a comprovação da vulnerabilidade financeira da vítima ou de seus representantes.

Veja-se:

A despeito do que dispõe o art. 225 do Código Penal, com redação anterior à Lei n. 12.015/2009, esta Corte já decidiu que “[...] O Ministério Público é parte legítima para propor a Ação Penal instaurada para verificar a prática de atentado violento ao pudor contra criança, independentemente da condição financeira da mesma.” (HC n. 148.136/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 21/3/2011). Isso porque a proteção integral à criança e ao adolescente, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso

Estado (art. 227, caput, *c/c* o § 4º, da Constituição da República) e de instrumentos internacionais. 3. É irrazoável condicionar à opção dos representantes legais da vítima, ou ao critério econômico, a persecução penal dos crimes definidos pela Constituição da República como hediondos, excluindo da proteção do Estado as crianças submetidas à prática de delitos dessa natureza. Vale dizer, é descabida a necessidade de iniciativa dos pais quando o bem jurídico protegido é indisponível, qual seja, a liberdade sexual de crianças de 5, 7 e 8 anos, que, conquanto não tenham sofrido violência real, não possuem capacidade plena para determinação dos seus atos, dada a sua vulnerabilidade. (REsp 1386615 / MT, rel. Min, Schietti Cruz, j em 31.8.2017).

A par disso, segundo entendimento desta Corte, a representação também não demanda maiores formalidades, sendo necessária tão somente a intenção de instaurar o procedimento penal contra o autor do crime.

Veja-se:

HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. CRIME CONTRA A HONRA. PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA, EM TESE, DO DELITO DE INJÚRIA QUALIFICADA POR PRECONCEITO DE RAÇA E COR. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARGUIDA A ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. ALEGADA AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ATO QUE DISPENSA RIGOR FORMAL. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VÍTIMA MEDIANTE REGISTRO DO BOLETIM DE OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. A manifestação da vítima, nos delitos que se processam mediante ação penal pública condicionada à representação, não exige qualquer rigor formal, entendendo-se que a representação resta formalizada no momento em que o ofendido comunica os fatos à autoridade desejo de ver o agente processado criminalmente. (TJSC, Habeas Corpus n.2014.074451-4, de Anita Garibaldi, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j.11-11- 2014).

Diante disso, não há dúvidas de que os representantes das vítimas pretendiam ver o revisionando responsabilizado penalmente pelas condutas criminosas praticadas, conforme se depreende dos boletins de ocorrência e dos depoimentos prestados na fase inquisitiva.

Nesse sentido:

[...] a representação prescinde de qualquer formalidade. O ofendido pode comparecer à delegacia, registrar a ocorrência e manifestar expressamente, no próprio boletim, por exemplo, o seu desejo de ver o agressor processado. Pode, ainda, ser ouvido em declarações e, mesmo que não diga expressamente o termo representação, é cabível deduzir-se o seu intento no modo como se refere ao caso e ao ofensor.” (Nucci, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 158).

Logo, não há falar em nulidade processual por ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal.

**Do pedido de desclassificação dos crimes de atentado violento ao pudor para a contravenção penal descrita no artigo 65 do Decreto-lei n. 3.688/41**

O revisionando postulou a desclassificação dos crimes de atentado violento ao pudor para a contravenção de perturbação da tranquilidade porque, segundo argumentou, *“o conteúdo das declarações das vítimas são no sentido de que o revisionando tão somente passou a mão nas ofendidas.”*

É sabido, nos crimes contra a dignidade sexual, a apuração da materialidade e autoria delitivas merece especial atenção, tendo em vista que referidos crimes são, em sua maioria, praticados na presença apenas do ofensor e do ofendido.

Daí porque, *“em crimes contra a liberdade sexual, praticados à clandestinidade, a palavra da vítima, sobretudo quando amparada pela prova testemunhal, reveste-se de maior valia em relação ao relato do*

*réu proferido em juízo, a quem compete desconstituir a autoria a ele imputada”* (STF, AI n. 855942 AgR, Min. Luiz Fux, j. 28.05.2013).

Partindo dessas considerações, a pretensão do revisionando não merece guarida, porquanto o conjunto probatório colhido durante a instrução processual evidenciou o acerto da imputação direcionada ao réu.

Sim, as vítimas, ao prestarem seus testemunhos em ambas as etapas procedimentais, descreveram minuciosamente como aconteceram os fatos, cujo teor revelam que os atos perpetrados pelo revisionando superaram o limite da mera perturbação. Veja-se.

Pab. Z, sobrinha do revisionando, com aproximadamente 12 (doze) anos à época dos fatos, quando ouvida pela autoridade policial relatou:

Que há cerca de dois anos atrás a declarante tinha por hábito dormir na casa de sua tia V. S. P., pois gostava muito das filhas dela que são suas primas e, em várias oportunidades, enquanto dormia na sala da residência, seu tio J.L.P, ao chegar em casa vindo do bar, passava as mãos em seu corpo, sobre o corpo, sendo nos seios e vagina; Que isso ocorreu por várias vezes, não sabe precisar quantas vezes; [...] Que, da última vez que seu tio abusou sexualmente de si, foi há cerca de dois anos, quando dormia na sala e este chegou tarde em casa, momento em que a declarante acordou sendo tocada por ele, desta vez por dentro da roupa, na vagina; Que seu tio introduziu o dedo em sua vagina; [...] Que sempre que J.L lhe agredia sexualmente era quando estava domindo na casa dele e acordava com ele mexendo em sua genitália e assustada saía correndo [...]

[...] Que pela segunda vez correu para a casa da avô, saindo da casa da tia V; [...] recorda que sentiu dores na genitália pelo menos por dois dias [...]

Em juízo, confirmou:

que os fatos ocorreram há aproximadamente 03 anos, confirmando que o acusado é seu tio e que sempre frequentavam a casa dele para brincar

com suas primas. Disse que o acusado geralmente chegava bêbado em casa e que em determinado dia a depoente dormia na sala e sentiu uma mão em sua vagina, por debaixo da roupa, e que, vendo tratar-se do acusado, pediu para que o mesmo parasse, momento em que o acusado pediu para que ficasse quieta, senão morreria, sentindo em sua barriga que o acusado tinha algo pontudo consigo. Relatou que passou a evitar de dormir na casa do acusado e que, certa ocasião, suas primas convidaram para dormir lá e, indo para a casa do acusado, evitou pegar no sono, mas acabou dormindo e o acusado, novamente, a constrangeu à prática de atos libidinosos, sendo que nessa ocasião acordou sentindo uma dor muito forte, dizendo que a partir de então não dormiu na casa do acusado e que nunca relatou tais fatos para ninguém. Que o acusado não chegou a inserir o pênis, acreditando que tenha usado o dedo, e que passados alguns anos o acusado passou a ameaçá-la, salientando, ainda, que sua irmã Pal. Z. lhe relatou que o acusado também havia mexido com ela, sem, porém, detalhar as ações. Disse que as ameaças do acusado passaram a ocorrer após os fatos virem à tona, confirmando que o acusado ligava para seu celular, dizendo que estava em frente à sua residência e que era para mudar seu depoimento, senão mataria sua mãe e sua irmã (fl. 213 e mídia de fl. 223).

Dessas palavras sobressai que, no mínimo, em duas oportunidades distintas o revisionando introduziu o dedo na parte íntima da vítima Pab.Z. tanto que pela segunda vez descreveu as fortes dores que sentiu após o ato.

Pal. Z, sobrinha do revisionando e irmã da vítima Pab. Z, com aproximadamente 08 (oito) anos à época os fatos, contou na fase inquisitiva:

[...] que por duas vezes seu tio J. L abusou sexualmente de si; que na primeira vez J.L chegou em cás de madrugada, vindo do bar; quando a declarante estava junto de sua tia na cama dela [...] seu tio se deitou ao seu lado e começou a colocar em seu corpo por dentro da roupa, sendo que introduziu o dedo em sua vagina [...] Que no mesmo dia, pela manhã, não recorda o horário, acordou no colchão do chão com seu tio J.L deitado ao seu lado, com a mão dentro do seus shorts, introduzindo

o dedo em sua genitália [...].

Ao Magistrado, narrou:

[... ] que é sobrinha do acusado e que por ocasião dos fatos tinha 08 ou 09 anos de idade. Narrou que sempre frequentava a casa do acusado, dizendo que quando estava na cama o acusado vinha e passava a mão em si, indagando se a depoente “tinha medo do tio”. Confirmou que o acusado pressionava sua vagina e que já acordou com o acusado mexendo em si, dizendo, ainda, que o acusado realizava tais atos também quando estava acordada. Que tentava esquivarse, aduzindo que o réu a segurava e forçava. Declarou que o acusado apalpava sua vagina, seus seios, por debaixo da roupa, acariciando também sua boca e que já tentou esfregar o pênis em seus seios. Disse que o réu já tirou o short da depoente e que também já realizou atos sem suas calças. Confirmou que o acusado inseriu os dedos em sua vagina e que tais atos ocorreram por várias vezes, sempre que a depoente dormia na casa do réu, aduzindo que dormiam em um colchão ao lado da cama do acusado e da esposa e que, em determinado dia, o acusado estava deitado sobre a depoente. Que o acusado a ameaçava, dizendo que se não deixasse fazer nada pegaria uma faca para matá-la, afirmando que tinha medo e que nunca contou nada a ninguém, relatando apenas para T., filha do réu, pois em certa oportunidade viu que ele também mexia com ela. Declarou que viu o acusado passando a mão em T. e que indagou a ela o que o acusado estava fazendo, sendo que T. respondeu que não queria falar sobre o assunto, pois estava com medo. Relatou que se mudaram de residência, pois o acusado ameaçava sua irmã Pab. Z. e que o acusado mexeu pela última vez com a depoente quando tinha acabado de fazer 09 anos, dizendo que todas as condutas foram efetuadas na casa do réu.

Igualmente, fica evidente que o revisionando, no mínimo em duas oportunidades, praticou atos libidinosos contra a vítima Pal.Z., consistentes em introduzir o dedo na parte íntima da criança.

B.S, sobrinha e afilhada do revisionando, com 6 (seis) anos á época dos fatos, disse ao Delegado de Polícia:

[...] Que estava dormindo e de madrugada seu padrinho Z.

colocou a mão dentro do short de seu pijama e ficou mexendo [...]

Em juízo, confirmou:

que o acusado é seu padrinho e, indagada sobre os fatos, disse que dormia na casa do acusado e que todos dormiam juntos e que acordou com o acusado mexendo em si, relatando que o acusado colocou a mão em sua vagina, por dentro da roupa. Disse que tirava a mão do acusado, mas que ele voltava a inserir a mão em sua vagina, afirmando ter ficado bastante traumatizada e que tinha muita vergonha de contar para sua mãe. Disse que sua prima T. viu tais fatos e que tudo ocorreu na madrugada, dizendo que depois foram dormir no quarto de T. Relatou que sentiu um pouco de dor quando o acusado inseriu a mão.

Por fim, T.P, filha do acusado, com 4 (quatro) anos quando os fatos contra si forma iniciados, contou:

Que há cerca de seis anos seu pai, J.L.P tinha o hábito de passar a mão em sua genitália e introduzir o dedo e ficar mexendo, no que a declarante na época não tinha ideia do que estava acontecendo e até achava que era uma forma de lhe fazer carinho [...] Que isso acontecia constantemente quando a declarante tinha a idade de 4 (quatro) até 7 (sete) anos e depois ele parou por um tempo de fazer isso [...] Que a última vez que seu pai mexeu consigo foi há cerca dois anos, recorda que tinha a idade de 11 anos e estava no quarto de sua mãe e seu pai estava de saída, quando de repente parou na frente de disse “posso passar a mão da tua pomba”, no que respondeu e começou a chorar [...]

Na fase instrutória, a vítima T.P disse:

que em certa ocasião seu pai foi lhe abraçar e começou a passar a mão em si e que em outra oportunidade seu pai mexeu consigo novamente, afirmando que o acusado teria passado a mão por cima da roupa e que na ocasião tinha 7 anos de idade, não se recordando se antes disso o acusado teria feito alguma outra coisa. Disse que quando tinha 12 anos seu pai veio pedir para passar a mão, sendo que a depoente começou a chorar, momento em que o acusado disse que não faria mais nada. Acreditava que seu pai estivesse fazendo carinho, depois que passou a perceber que a conduta de seu pai não era correta, finalizando ao afirmar



que hoje tem medo de seu pai.

É verdade, em juízo a vítima T.P deixou de detalhar, minuciosamente os fatos, como fez na etapa inquisitiva.

Essa particularidade, no entanto, não retira a credibilidade do conjunto probatório que serviu para convencer sobre a autoria delitiva, até porque seria pouco plausível que uma criança tivesse narrado os acontecimentos com tamanha riqueza de detalhes, como fez à autoridade policial.

Ademais, como bem consignou o eminente Relator da apelação, Des. Paulo Roberto Sartorato,

O abuso sexual sofrido por T. P., embora não detalhado perante o juízo, restou mais pormenorizadamente descrito no Relatório Psicológico de fls.101/102, oportunidade que relatou à psicóloga Mariza C. M. Pecoits que *“acho que meu pai abusou da Pab. e da Pal. Porque quando nós era pequena passava a mão em nós, em mim...*

*(onde?) ...Na minha pomba, na minha mamica, mas quando eu era mais pequena, com uns 5, 6 anos... depois passou uns tempos e aí, quando eu tinha 10 anos ele pediu pra passar a mão na minha pomba e eu disse que não e comecei a chorar... ele pediu desculpas e disse que não ia mais fazer, pediu pra eu não contar... (como te sentias?)... Mal, porque meu próprio pai tava passando a mão em mim...”*, declarando mais adiante que *“quando eu descobri que ele estava abusando das minhas primas eu lembrei do que ele fazia comigo”* (fl. 102).

A mencionada psicóloga consignou, ainda, que o relato das vítimas não se apresentou fantasioso ou inverídico, deixando registrado nos Relatórios Psicológicos que *“Pab., Pal., e B. relataram o abuso sexual sofrido onde o modus operandi é semelhantes para todas. A adequação do afeto, a descrição dos fatos e o motivo para terem guardado segredo, assim como o modo como a revelação foi feita, dão credibilidade ao relato das meninas”, consignando ainda, em relação à vítima T. P., que “pelo modo como o pai se conduzia em casa, confirmam a acusação de abuso sexual”* (fls. 98/102).

E mais:

O silêncio das vítimas, por certo, não serve como prova de que o acusado não cometeu os crimes que lhe são imputados. Aliás, se as vítimas permaneceram em silêncio por tanto tempo é porque, de fato, sentiam-se ameaçadas pelo acusado, conforme consta das declarações prestadas durante a instrução processual, medo que também ficou registrado por ocasião da entrevista com a psicóloga Mariza C. M. Pecoits, que firmou os Relatórios Psicológicos de fls. 98/102, dos quais se extrai que J. S., mãe das vítimas Pab. Z e Pal. Z, *“começou a suspeitar que algo não estava certo porque sua filha mais velha, Pab., andava muito agitada, via vultos quando ia tomar banho, tinha pesadelos e queria ficar abraçada com a mãe”, relatando mais adiante que “não sabe se aconteceu mais alguma coisa porque as meninas choram muito e têm muito medo. [...] Isso tudo aconteceu há dois ou três anos atrás, mas só agora é que sua filha contou porque a mãe não aguentava mais vê-la cheia de medos, assustada e forçou-a a falar”* (fl. 98).

Da mesma forma, a instrução deixou claro que as vítimas não relataram os fatos inicialmente, pois, além do medo que sentiam do acusado [...] sentimento que restou evidente nas palavras da vítima Pab. Z., que, ao ser entrevistada pela psicóloga policial, disse *“que não gostaria de ser responsável por colocar o tio, pai das primas tão amigas, na cadeia. Por causa disso, guardou segredo e pediu para a mãe não contar nada para ninguém.”*

Dessas declarações infere-se, portanto, que o revisionando, em diversas oportunidades, aproveitando-se da vulnerabilidade das vítimas, praticou com as crianças atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistentes em tocar suas genitálias, atos que lhes causaram, a par das graves consequências psicológicas, significativo temor, diante das ameaças proferidas pelo agressor.

Por isso a conduta não pode ser classificada como mera molestação ou perturbação da tranquilidade, porque claramente comprovado que o revisionando pretendia satisfazer sua lascívia.

Vale enfatizar que as pequenas contradições nas declarações prestadas são insuficientes para derrubar a veracidade do que revelaram,

ou sejam, os abusos sexuais cometido pelo revisionando, mesmo porque há que se relevar o estado emocional das partes envolvidas.

Nesse sentido:

Eventuais contradições havidas nos depoimentos da vítima, não tem o condão de deslegitimar suas palavras, pois consabido o sentimento vexatório e a desonra que os crimes contra a liberdade sexual causam nas pessoas que sofrem tal humilhação, vindo a provocar insegurança quando da pormenorização dos acontecimentos”. (TJSC - Ap. Crim. n. 2001.023285-5, Rel. Des. Solon d’Eça Neves, j. 26.03.2002) (Apelação Criminal n. 2010.018482-6, de Abelardo Luz, rel. Des. Rui Fortes, j. em 4.10.2010).

Some-se a isso, malgrado o laudo pericial realizado nas vítimas tenha atestado a ausência de conjunção carnal ou vestígios de violência, essas peculiaridades não são suficientes para reconhecer a inexistência do delito.

É que o conjunto probatório não demonstra a existência de conjunção carnal entre o revisionando e as ofendidas, mas, sim, diversas outras condutas que se inserem no conceito de atos libidinosos, os quais certamente não deixariam vestígios nas infantes.

Registra-se que os atos libidinosos diversos da conjunção carnal são caracterizados quando o agente busca, de alguma forma, satisfazer sua lascívia, que vão “*desde os meros toques e tateios até os coitos anormais, [...]*” (Noronha, Magalhães. Direito Penal, vol. 3, 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 91), ou seja, são atos “*análogos à cópula, isto é, os que tendem à satisfação do instinto sexual de um modo análogo ao coito*” (Von Liszt, Franz. Tratado de direito penal alemão. Campinas-SP: Russel, 2003, tomo II, p. 108).

Nesse contexto, salienta-se que “*atos sexuais diversos da conjunção carnal não costumam deixar vestígios, razão pela qual a ausência de lesões atestada por laudo pericial, como prova isolada, não serve como*

*substrato para a absolvição*” (TJSC, ACrim n. 2012.001678-7, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 28-08-2012).

De sorte que *“Pratica o delito de estupro de vulnerável, e não a contravenção penal de perturbação da tranquilidade, o agente que toca lascivamente a vagina de pessoa menor de 14 anos de idade, por baixo da roupa, com as mãos”*. (Revisão Criminal n. 4000945-17.2016.8.24.0000, de São Bento do Sul, rel. Des. Sérgio Rizelo, j em 14.12.2016).

Logo, em que pese o esforço da defesa para demonstrar o oposto, esclarece-se que as provas não deixam dúvidas de que o revisionando pretendia satisfazer sua lascívia nos atos praticados, o que impede a desclassificação do delito para a contravenção prevista no art. 65 do Decreto-lei n. 3.688/1941.

### **Do pedido de reconhecimento dos crimes na modalidade tentada**

Subsidiariamente o revisionando pugnou pelo reconhecimento *“da tentativa de estupro, na modalidade dos atos libidinosos diversos da conjunção carnal sem penetração nas vítimas”*, pedido que não prospera.

Isso porque, como já manifestou esta Corte, para a consumação do delito, *“basta o toque físico eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima, que se expõe sexualmente ao autor do delito, de modo que este busque a obtenção do prazer sexual”* (Guilherme de Souza Nucci). (Apelação Criminal n. 2014.080540-3, de Joinville Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j em 30.6.2015).

Nessa diretriz, ficou comprovado que os crimes foram consumados, conforme se depreende dos depoimentos das vítimas, em suma:

[...] sentiu uma mão em sua vagina, por debaixo da roupa, e que, vendo tratar-se do acusado, pediu para que o mesmo parasse, momento em que o acusado pediu para que ficasse quieta, senão morreria, sentindo em sua barriga que o acusado tinha algo pontudo consigo (Pab. Z).

[...] Confirmou que o acusado pressionava sua vagina e que já acordou com o acusado mexendo em si, dizendo, ainda, que o acusado realizava tais atos também quando estava acordada. Que tentava esquivar-se, aduzindo que o réu a segurava e forçava. Declarou que o acusado apalpava sua vagina, seus seios, por debaixo da roupa, acariciando também sua boca e que já tentou esfregar o pênis em seus seios (Pal Z.)

[...] Acordou com o acusado mexendo em si, relatando que o acusado colocou a mão em sua vagina, por dentro da roupa. Disse que tirava a mão do acusado, mas que ele voltava a inserir a mão em sua vagina, afirmando ter ficado bastante traumatizada (B.S.)

[...] Seu pai foi lhe abraçar e começou a passar a mão em si e que em outra oportunidade seu pai mexeu consigo novamente, afirmando que o acusado teria passado a mão por cima da roupa e que na ocasião tinha 7 anos de idade (T.P.).

Está aí evidenciado que os delitos de atentado violento ao pudor foram consumados no exato instante em que o revisionando tocou a região íntima das vítimas, atingindo assim, seu propósito, qual seja, a satisfação de seu desejo sexual, o que impede, por conseguinte, o reconhecimento dos delitos na modalidade tentada.

### **Do pedido de reconhecimento da continuidade delitiva**

Por fim, o revisionando postulou o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes cometidos contra todas as vítimas, porque “*são da mesma espécie, foram praticados nas mesmas condições de tempo e lugar (na casa do revisionando), bem como a maneira de execução (passar a mão em familiares)*”

Ocorre que a referida questão foi combatida em sede de apelação (n. 2013.010294-0), sendo que a Primeira Câmara Criminal, por meio do relator Des. Paulo Roberto Sartorato, confirmou o entendimento adotado pelo Magistrado a quo, nestes termos:

Deve ser aplicado o concurso material pois o agente, ao direcionar suas ações a vítimas distintas, demonstra que é impulsionado por desejos

autônomos, ou seja, embora todos os crimes sejam motivados pela satisfação da lascívia, o agente dirige especificamente tal desejo a cada vítima, em momentos e contextos distintos.

Assim, em que pese a ocorrência das condutas com idêntico “modus operandi”, o contexto temporal e espacial e o impulso criminoso único, necessários para a configuração da continuidade delitiva, não se mostram presentes.

Conforme bem observou a Togada sentenciante, “impõe-se o reconhecimento de crime material (art. 69, CP), pois o fato do acusado ter perpetrado o crime contra vítimas distintas e, muitas vezes, em contextos diversos, [...] evidenciado resta seus desígnios autônomos” (fl. 264).

Dessa forma, seja porque os delitos não foram cometidos no mesmo contexto de tempo e espaço, seja porque são resultantes de impulsos criminosos diversos, inviável a aplicação da continuidade delitiva prevista no art. 71, parágrafo único, do Código Penal.

Essa decisão não merece reparos. É que o reconhecimento da continuidade delitiva exige o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos, quais seja, aqueles previstos no artigo 71 do Código Penal e, na hipótese, entendeu-se que o contexto temporal não estava caracterizado.

O que desponta, portanto, é a ausência da manifesta contrariedade da decisão capaz de autorizar a desconstituição da coisa julgada.

Em outras palavras, se da condenação proferida pelo juízo de primeiro grau, confirmada por este Tribunal, sobressai o exame pormenorizado da matéria, logicamente decorre o propósito de reanálise do acervo probatório, o que refoge das hipóteses que admitem o ajuizamento da revisão criminal.

Nessa diretriz:

REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO.  
NULIDADE DO JULGAMENTO EM PLENÁRIO. AFRONTA AO  
ART. 478, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DECISÃO

MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS APONTADOS. PRETENSA REDISCUSSÃO DA MATÉRIA JÁ DIRIMIDA EM APELAÇÃO CRIMINAL. DEFICIÊNCIA DE DEFESA. ALEGAÇÃO GENÉRICA. NÃO CONHECIMENTO.

É descabido o manejo da revisão criminal com o objetivo de novamente discutir o acerto do *decisum*, que já foi dirimido em recurso de apelação, mormente quando coincidentes as teses formuladas (Revisão Criminal n. 4013273-76.2016.8.24.0000, rel. Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, j em 02.12.2016).

Aliás, em situação análoga manifestou essa Seção Criminal:

REVISÃO CRIMINAL. CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ARTS. 217-A, CAPUT, E 217-A E 213, § 1º, TODOS DO CÓDIGO PENAL, NA FORMA DO ART. 71 E 69 DO MESMO DIPLOMA LEGAL). PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA EM DETRIMENTO DO CONCURSO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES PRATICADOS CONTRA VÍTIMAS DISTINTAS. MULTIPLICIDADE DE CONDUTAS QUANTO A CADA UMA DAS OFENDIDAS QUE ENSEJOU A APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA E DO CONCURSO MATERIAL. HABITUALIDADE CRIMINOSA AMPLAMENTE CONFIGURADA. TESES ANALISADAS NA SENTENÇA E CONFIRMADAS EM GRAU DE RECURSO. INADMISSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA VIA COMO TERCEIRA INSTÂNCIA. PLEITO QUE NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES DO ART. 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REVISÃO NÃO CONHECIDA. (Revisão Criminal n. 4007619-74.2017.8.24.0000, de Tijucas, rel. Desembargador Norival Acácio Engel, j em 25.10.2017)

Também:

REVISÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE (CP, ART. 217-A, C/C 226, II, POR CINQUENTA VEZES CONTRA UMA VÍTIMA, EM

CONTINUIDADE DELITIVA, E UMA VEZ CONTRA OUTRA OFENDIDA, E LCP, ART. 65). CONCURSO DE CRIMES - PRETENDIDA A INCIDÊNCIA DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE TODAS AS INFRAÇÕES PENAIS - IMPOSSIBILIDADE - REQUISITOS DO ART. 71 DO CP NÃO PREENCHIDOS - HIPÓTESE DE CONCURSO MATERIAL - DECISÃO ACERTADA. “Segundo entendimento desta Corte Superior, o lapso de tempo superior a 30 dias entre o cometimento dos delitos impossibilita o reconhecimento da continuidade delitiva, porquanto descaracteriza o requisito temporal, que impõe a existência de uma certa periodicidade entre as ações sucessivas.” (STJ, Min. Sebastião Reis Júnior). PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO E INDEFERIDO. (TJSC, Revisão Criminal n. 4001811-88.2017.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 29-03-2017).

Diante disso, ausentes os requisitos previstos na legislação processual, a presente ação não deve ser conhecida no ponto.

### **Conclusão**

Nessa compreensão, vota-se pelo conhecimento parcial da revisão e, nessa extensão, pelo seu indeferimento.

É o voto.



**PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL****Apelação Criminal n. 0000789-94.2017.8.24.0119**

Relatora: Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE AMEAÇA E CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE DOLO E INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. TESE RECHAÇADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTO FIRME E COERENTE DA VÍTIMA SOMADA ÀS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. CONDUTAS DELITUOSAS PRATICADAS POR, AO MENOS, 3 (TRÊS) VEZES. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DEFERIDA EM FAVOR DA VÍTIMA POR MOTIVO DE AGRESSÃO ANTERIOR. EVIDÊNCIAS DE QUE O APELANTE JÁ HAVIA PRATICADO AGRESSÃO PSICOLÓGICA, FÍSICA E SEXUAL CONTRA A VÍTIMA ANTERIORMENTE.

CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E DE CUNHO SEXUAL QUE OCORREM, VIA DE REGRA, CLANDESTINAMENTE. VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO PROVA, PRINCIPALMENTE QUANDO CORROBORADA PELAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS, COMO NO CASO EM COMENTO. TESES AVENTADAS PELA DEFESA QUE NÃO DÃO CONTA DE DERRUIR A CONVICÇÃO ADOTADA PELA MAGISTRADA *A QUO*.

DOSIMETRIA. PRETENDIDA ADEQUAÇÃO PELO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CULPABILIDADE DO AGENTE DEVIDAMENTE VALORADA. AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA “F”, DO CÓDIGO PENAL, CORRETAMENTE APLICADA. CONTINUIDADE DELITIVA VERIFICADA.

AUMENTO DE 1/5 (UM QUINTO) DA PENA DE AMBOS OS CRIMES DEVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.

Como é cediço, os crimes contra a dignidade sexual, via de regra, são perpetrados na clandestinidade, sem testemunhas, e a prova pericial nem sempre se mostra conclusiva quanto à autoria delitiva. Por esses motivos, a palavra da vítima, quando firme, coerente e corroborada pelas demais evidências dos autos, adquire especial valor probatório. Precedentes. (AgRg no REsp 1414755/PA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 03/05/2018)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0000789-94.2017.8.24.0119, da comarca Garuva Vara Única em que é Apelante R. S. e Apelado M. P. do E. de S. C.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. De ofício, determina-se ao Juízo do primeiro grau que, após o esgotamento dos recursos cabíveis neste grau de jurisdição, adote as providências necessárias ao imediato cumprimento da pena. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Roberto Sartorato com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Alberto Civinski.

Funcionou como representante do Ministério Público, a Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça Jayne Abdala Bandeira.

*Florianópolis, 21 de junho de 2018.*

Hildemar Meneguzzi de Carvalho  
Relatora

## RELATÓRIO

Denúncia: o M. P. S. C. ofereceu denúncia em face de R. S., dando-o como incurso nas sanções dos arts. 147 e 213, caput, na forma do art. 69, todos do Código Penal, c/c os artigos 5º, inciso III, e 7º, incisos I, II e III da Lei n. 11.340/2006, em razão dos seguintes fatos:

1. Em datas e horários a serem melhor esclarecidos durante a instrução criminal, mas certo que entre os dias 3/10/2017 e 11/10/2017, em três oportunidades em dias distintos, na residência particular localizada (endereço), nesta cidade e Comarca de Garuva, o denunciado R. S., com consciência e vontade, ameaçou de causar mal injusto e grave a sua ex-companheira - com quem conviveu em união estável, a vítima M. L., no âmbito da unidade doméstica e familiar (cfe. boletim de ocorrência às fls. 7/8 e termo de atendimento à fl. 6).

Nas ocasiões, o denunciado R. S., por não aceitar o fim do relacionamento, ameaçou a ofendida M. L. com os seguintes dizeres “não abre a baga não, a qualquer momento te pego no pulo” e “se não me atender é porque está bem acompanhada e se eu te pegar com alguém vou te comer em pedaços viva”, o que gerou fundado temor na vítima.

### Fato 2:

Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, o denunciado R. S., com consciência e vontade, visando satisfazer sua lascívia, constrangeu, mediante violência e grave ameaça, a vítima M. L. a manter consigo conjunção carnal.

Nas oportunidades, em pelo menos três dias distintos, o denunciado se dirigiu até a residência da ofendida e, lá estando, mediante violência, consistente em segurar e torcer os braços da vítima com força e segurar seu pescoço, reduzindo a sua capacidade de resistência, e mediante ameaças consubstanciadas em causar mal injusto e grave aos seus familiares, a forçou a manter relações sexuais, mesmo diante de sua negativa.

Nas três ocasiões, a vítima, amedrontada pelo denunciado, diante de todo o histórico de agressividade deste, se viu forçada a manter relações

sexuais com ele, mesmo contra a sua vontade.

Assim agindo, R. S. praticou os crimes previstos nos artigos 147 e 213, caput, na forma do art. 69, todos do Código Penal, c/c os artigos 5º, inciso III, e 7º, incisos I, II e III da Lei n. 11.340/2006, razão pela qual o Ministério Público oferece a presente denúncia, requerendo:

I - O recebimento da presente (juízo de admissibilidade), para processamento pelo rito comum ordinário (CPP, art. 394, § 1º, inc. I);

II A citação de R. S. para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias;

III - A intimação do denunciado, seu(s) defensor(es), do Representante do Ministério Público e, se for o caso, do assistente, para comparecerem na audiência de instrução e julgamento, no dia e hora designados pelo Juízo;

IV - A oitiva das testemunhas abaixo arroladas, e as testemunhas da defesa, se houver;

V - A comunicação da ofendida, no(s) endereço(s) por ele(a)(s) indicado(s), de todos os atos processuais relativos ao ingresso e à saída do(a)(s) denunciado(a)(s) da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem (CPP, art. 201, §§ 2º e 3º);

VI - O interrogatório e a final condenação do denunciado nos termos das normas penais violadas.

Sentença: A Juíza de Direito Flávia Maéli da Silva Baldissera julgou procedente a denúncia para condenar o acusado à pena privativa de liberdade de 11 (onze) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 1 (um) mês e 25 (vinte e cinco) dias de detenção, em regime inicial fechado e não concedeu o direito de recorrer em liberdade (fls. 256/266).

Trânsito em julgado: a sentença transitou em julgado para o Ministério Público (fl. 304).

Recurso de apelação de R. S.: a defesa interpôs recurso de apelação,

no qual sustentou que não possuía a intenção de praticar o crime de ameaça, estando ausente o dolo específico, requisito essencial para o crime em comento, sendo então atípica a conduta praticada no caso em análise, motivo pelo qual deve ser absolvido.

Alegou que não há provas que comprovem a materialidade e autoria do crime de estupro, sendo que a *condenação* foi baseada somente no depoimento da vítima, de modo que deve ser absolvido por insuficiência de provas.

Apontou que a condenação na esfera penal exige certeza plena e inabalável de autoria do fato.

Asseverou serem infundados e incabíveis os aumentos de pena incidentes (continuidade delitiva e concurso material), porquanto não comprovada a prática de nenhum dos crimes.

Requeru o conhecimento e o provimento do recurso para reformar a sentença, de modo a absolvê-lo das condutas narradas na denúncia, ou, subsidiariamente, a diminuição da dosimetria da pena (fls. 281/296).

Contrarrazões do M. P. S. C.: a acusação impugnou as razões recursais, ao argumento de que o delito de ameaça é incontestado nos autos, tendo sido repetido por três vezes. Afirmou que o depoimento dado pela vítima é firme e coerente.

Ressaltou que a palavra da vítima é corroborada pelos diversos boletins de ocorrência colacionados aos autos. Aduziu ainda que nos crimes de violência sexual a palavra da vítima tem fundamental importância.

Postulou o conhecimento do recurso e a manutenção da sentença condenatória (fls. 307/318).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: a Procuradora de Justiça Heloísa Crescenti Abdalla Freire opinou pelo conhecimento e o desprovimento do recurso (fls. 331/337).

Este é o relatório.

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por R. S. contra a sentença que a ele aplicou a pena de 11 (onze) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 1 (um) mês e 25 (vinte e cinco) dias de detenção, por reconhecer que praticou os crimes descritos nos arts. 147 e 213, caput, na forma do art. 69, todos do Código Penal, c/c os artigos 5º, inciso III, e 7º, incisos I, II e III da Lei n. 11.340/2006.

### 1 – Do juízo de admissibilidade

O recurso preenche os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual é conhecido.

### 2 – Do mérito

A defesa pretende a absolvição do apelante, ou, subsidiariamente, a adequação da dosimetria à pena legal mínima, sob o fundamento, em síntese, de que a autoria e materialidade das condutas não foram comprovadas.

A materialidade do crime está consubstanciada pelo Termo de Atendimento (fl. 11), Boletim de Ocorrência (fls. 12/13), Termo de Declarações (fls. 16/17), Termo de Representação (fl. 59) e o a oitiva da vítima na fase judicial (fl. 176).

A autoria do crime, de igual sorte, foi devidamente demonstrada.

Vê-se às fls. 16/17, no Termo de Declaração acostado, que a vítima vive essa situação há muito mais tempo do que os três crimes de estupro que o apelante responde atualmente, sob ameaça e constante sentimento de medo e ansiedade.

Constata-se ainda, na Consulta a Cadastro no SISP (fls. 54/57), o registro de oito Boletins de Ocorrência por motivo de ameaça e/ou

violência, o que evidencia o comportamento agressivo do apelante.

Ademais, tem-se a informação (fls. 14/15) de que nos autos n. 0003698-95.2016.8.24.0038 foi expedida medida protetiva em favor de vítima, na qual foi determinado ao apelante que mantivesse a distância mínima de 200 (duzentos) metros, bem como se abstinhasse de manter contato com a vítima por qualquer meio de comunicação, o que, por óbvio, foi descumprido. O apelante não só afrontou o limite estabelecido pelo Poder Judiciário, mantendo contato por meio de aparelho de celular, conforme extrai-se das imagens juntadas aos autos, como voltou a ameaçar, agredir e estuprar a ex-companheira.

Do corpo da sentença, por oportuno, colaciona-se (fls. 258/260):

A vítima M., ao ser ouvida em Juízo, relatou: que conviveu com o réu por um ano e dois meses; que neste período, fugiu do réu várias vezes, pois ele era violento; que o réu sempre a achava e sempre era violentada; que conviveu com o réu em Joinville; que fez vários boletins de ocorrência contra o réu e exame de corpo de delito, porém não tinha a resposta adequada da autoridade policial; que, quando terminou o relacionamento com o réu, veio para Garuva; que, quando voltou para Garuva, o réu continuou a atormentando; que o réu continuou com as ameaças depois do fim do relacionamento; que foram deferidas medidas protetivas em favor da declarante, mas o réu não obedecia e continuou lhe ameaçando; que foram vários os episódios de estupros e que não consegue se recordar de todos; que era obrigada a sair de Garuva para se encontrar com o réu em Joinville, pois tinha medo do acusado; que as ameaças eram também direcionadas ao filho da declarante; que o réu falava que sabia o horário em que seu filho saía do trabalho e que iria atrás dele; que o réu falava que daria um jeito de vir até Garuva e que “daria um jeito no neto da vítima”; que o réu a deixou presa, uma noite inteira, em um hotel, onde foi violentada e apanhou; que todo mês era obrigada a ir a Joinville para ter relação sexual com o réu; que, no primeiro dia em que o réu esteve aqui, em outubro, ele lhe ligou dizendo que viria fazer vendas na cidade; que falou para o réu que não gostaria de vê-lo; que o réu lhe falou que se não fosse aceito em casa, a vítima saberia o que iria acontecer; que o réu falou que, se ele chegasse e a visse com alguém, iria lhe comer a orelha e

lhe furar, picar; que ficou com medo do réu e por isso o recebeu em casa; que o réu veio em três dias diferentes, tendo, em todos eles, obrigado a vítima a ter conjunção carnal; que foi agredida pelo réu nesse período, levando soco na boca do estômago, empurrões e puxões de cabelo; que, primeiro, o réu começa delicado e atencioso e, depois, não sabe o que acontece com ele; que o réu também lhe ameaçou por telefone; que há ligações que foram feitas inclusive de dentro da penitenciária; que tinha medo do réu, porque ele era violento e lhe batia; que em uma das ocasiões, não morreu, porque “se fez de morta e ficou quietinha”, com o réu lhe xingando e batendo; que, mesmo depois de preso, o réu entrou em contato com a declarante pelo aplicativo Whatsapp, de dentro da penitenciária; que o réu lhe ameaçava e depois pedia perdão por tudo que tinha feito; que o réu lhe dizia para “desistir desta audiência”; que não gritava para não apanhar; que ficou quieta, foi violentada, saiu de casa e foi para a Delegacia; que as condutas dele resultavam em ação passível de corpo de delito, mas como passou uma semana, o médico informou que não teria como fazer; que comunicava as autoridades por telefone e direto na Delegacia; que a ligação para o 190 foi feita de orelhão; que ligou exatamente no dia em que o réu foi em sua casa; que depois dos termos nunca procurou o réu; que o réu a procurava; que sempre lhe avisaram que o réu era violento; que as agressões começaram três meses depois que foram morar juntos; que o relacionamento iniciou em setembro/outubro de 2015; que foram morar juntos logo no início da relação, pois já se conheciam há tempos; que foi morar em uma quitinete do pai do réu; que o réu lhe procurou para morarem juntos; que o pai do réu e os irmãos lhe avisaram que ele era violento; que ele é violento apenas dentro de casa; que na rua se dá bem com todo mundo; que confirma as ameaças narradas na denúncia; que, de outubro de 2016 a outubro de 2017, teve que ter contato com o réu, pois ele fazia ameaças ao seu filho e neto (fl. 176).

Importa ressaltar que nos crimes de violência doméstica, bem como os de cunho sexual, a palavra da vítima tem especial valor entre as provas, visto que ocorrem, via de regra, afastados dos olhares de terceiros.

Sobre o tema, é entendimento pacífico nesta Corte Estadual de Justiça:



APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO - ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL [ART. 213, § 1º, DO CÓDIGO PENAL]. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELA FALTA DE PROVAS E IN DUBIO PRO REO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ATO LIBIDINOSO QUE PODE SER COMPROVADO POR OUTROS ELEMENTOS, UMA VEZ QUE, PELA SUA NATUREZA, NÃO DEIXA VESTÍGIOS. PALAVRA DA VÍTIMA FIRME, COERENTE E HARMÔNICA, QUE IMPUTOU A CONDUTA AO RÉU SEM SOMBRA DE DÚVIDAS. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA OFENDIDA EM CRIMES DESTA NATUREZA, OS QUAIS SÃO, EM REGRA, PRATICADOS NA CLANDESTINIDADE, AINDA MAIS QUANDO AMPARADA PELO CONJUNTO PROBATÓRIO. “A palavra da vítima, nos crimes sexuais, geralmente cometidos na clandestinidade, assume fundamental importância à elucidação dos fatos e é capaz de embasar a sentença condenatória quando em consonância com as demais provas dos autos. Compete à defesa desconstituir o conjunto probatório produzido pela acusação, que evidencia a prática do crime de estupro de vulnerável, consoante parte inicial do art. 156 do Código de Processo Penal. (TJSC, Apelação Cível n. 0002586- 32.2013.8.24.0027, de Ibirama, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 29-11-2016)”. VERSÃO CORROBORADA PELAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DO ART. 65, DO DECRETOLEI N. 3.688/41. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA PRATICADA PELO RÉU QUE CARACTERIZA ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL, VISTO QUE PRATICADO COM OBJETIVO DE SATISFAZER O PRAZER SEXUAL. ATO QUE PREENCHE AS ELEMENTARES DO TIPO. “A ação do réu em passar a mão nos seios e na vagina da vítima configura atos libidinosos diversos da conjunção carnal, previstos no art. 217-A do Código Penal, e estão em conformidade com a reprimenda prevista para o referido tipo penal. (TJSC, Apelação Criminal n. 2015.007754-0, de Videira, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 25-06-2015).” RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n.

0003057-25.2017.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 26-04-2018).

*No mesmo sentido:*

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO (CP, ARTS. 213, CAPUT, C/C 226, II) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - INSURGÊNCIA DEFENSIVA - PRETENZA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL PREVISTA NO ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/41 - INVIABILIDADE - PALAVRA DA VÍTIMA FIRME E COERENTE EM AMBAS AS ETAPAS DA PERSECUÇÃO CRIMINAL - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE FAZ RECAIR A AUTORIA SOBRE A PESSOA DO RÉU - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0001979-67.2011.8.24.0163, de Capivari de Baixo, rel. Des. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 20-03-2018).

*Ainda:*

APELAÇÃO CRIMINAL - DELITOS DE ESTUPRO (DUAS VEZES), ROUBO CIRCUNSTANCIADO CONSUMADO E TENTADO E FURTO QUALIFICADO (CP, ARTS. 213, 157, § 2º, I, 157, § 2º, I, C/C 14, II E 155, § 4º, I) - SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. CRIMES DE ESTUPRO E ROUBO CONSUMADO - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS (TESE COMUM) - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS - PALAVRA DA OFENDIDA QUE TEM ESPECIAL RELEVÂNCIA NOS CRIMES SEXUAIS - PROVA CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS PRODUZIDOS EM JUÍZO - RECONHECIMENTO PESSOAL VÁLIDO - CONDENAÇÃO MANTIDA. Em crimes sexuais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores autoriza o decreto condenatório com base na palavra da vítima, quando confirmada pelos demais elementos de prova colhidos nos autos (precedentes STF e STJ).

[...]

SEGUNDO CRIME DE ESTUPRO - DESCLASSIFICAÇÃO

PARA PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE - INVIABILIDADE - NÍTIDA INTENÇÃO DE MANTER CONJUNÇÃO CARNAL COM A VÍTIMA, MEDIANTE VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA. “Na contravenção de perturbação da tranquilidade, a ofensa ao pudor resulta em mera impertinência à vítima, situação que não se assemelha ao caso em tela, pois constatou-se que a intenção do apelante não era apenas importunar a infante, mas sim submetê-la à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal e, com isso, satisfazer seus próprios desejos sexuais, fator que ultrapassa os limites da conduta convencional” (TJSC, Des. Nelson Maia Peixoto).

[...]

(TJSC, Apelação Criminal n. 0000282- 30.2017.8.24.0024, de Fraiburgo, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 16-01-2018).

Doutro modo, as declarações da vítima são coerentes e contundentes no sentido de que o apelante proferia ameaças e praticava violência física e sexual durante quase a integridade do tempo que conviveram. Além disso, os boletins de ocorrência anteriores, bem como a medida protetiva conferida a seu favor pelo Poder Judiciário corroboram sua versão.

Logo, conclui-se que nos crimes de violência sexual a palavra da vítima é fundamental para a sua apuração, visto que, em regra geral, ocorre na clandestinidade. Desta forma, tendo em vista o depoimento firme e coerente da vítima, bem como demais documentos que o corroboram, é de se desprover o recurso do apelante, posto que não dá conta de afastar a materialidade e autoria demonstrados nos autos.

Afastadas, portanto, as teses de insuficiência probatória e ausência de dolo aventadas pelo apelante, pois configuradas a materialidade e autoria do crime.

Nessa toada, impõe-se o reconhecimento da continuidade delitiva, bem como o concurso material, vez que, conforme expressado alhures, ficou devidamente comprovado que a agressão verbal e física não ocorreu

uma única vez conta a vítima.

Nos autos examina-se a ocorrência dos crimes de ameaça e estupro em, ao menos, 3 (três) episódios na comarca de Garuva, consoante narrativa da vítima. A sequência é suficiente para constituir a continuidade delitiva, a qual o apelante pretende afastar. Assim sendo, não se vislumbra razão nos argumentos expendidos pela defesa.

No mesmo sentido o concurso material, na forma do art. 69, restou evidenciado, diante da conclusão do cometimento de duas condutas criminosas pelo apelante.

#### 4 . Da dosimetria

Na primeira fase da dosimetria da pena, a Magistrada fixou a pena-base em: i) 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção para o crime de ameaça; ii) 8 (oito) anos de reclusão para o crime de estupro.

Na segunda fase do cálculo incidiu a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea ‘f’, do Código Penal, em relação a ambos os crimes, e foi agravada a pena em: i) 6 (seis) dias de detenção, para o crime de ameaça; ii) 1(um) ano e 4 (quatro) meses, para o crime de estupro.

Tem-se adequada a aplicação da agravante em questão, visto tratar-se de delito cometido pelo ex-companheiro da vítima, que, ainda que não mantenha mais o relacionamento, ainda exerce influência sobre ela. A alínea “f” foi inserida no dispositivo pela Lei n. 11.340/2006 a fim de proteger a mulher da violência doméstica que, conforme leciona Rogério Sanches, entende-se:

[...] toda espécie de agressão (ação ou omissão) dirigida contra a mulher (vítima certa), num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade) baseado no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. (CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronalson Batista. Violência Doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo. 6.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.49)(sem grifo no original)

*Nesse sentido:*

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE PRATICADA COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (ART. 129, § 9º, DO CP). CRIME DE AMEAÇA (ART. 147 DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU. MÉRITO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGADA FRAGILIDADE PROBATÓRIA SOBRE A AUTÓRIA DELITIVA. TESE NÃO ACOLHIDA. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA, ALIADAS AO LAUDO PERICIAL. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA COMPROVAR QUE A VÍTIMA FOI AGREDIDA POR SEU EX-COMPANHEIRO E, SEGUIDAMENTE, AMEAÇADA DE MORTE. PALAVRAS DA OFENDIDA QUE POSSUEM ESPECIAL RELEVÂNCIA EM CRIMES PRATICADOS NO ÂMBITO DOMÉSTICO. DEFENDIDA A ALTERAÇÃO PSÍQUICA EM RAZÃO DO USO DE ÁLCOOL. ARGUMENTO DEFENSIVO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR A IMPUTABILIDADE DO RÉU, PORQUE A EMBRIAGUEZ FOI VOLUNTÁRIA. DOLO EVIDENCIADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. LESÃO CORPORAL. SEGUNDA FASE. PLEITO DE AFASTAMENTO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ARTIGO 61, INCISO II, “F”, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. AGRAVANTE CORRETAMENTE RECONHECIDA PARA MAJORAR APENAS A REPRIMENDA DO DELITO DE AMEAÇA. RECURSO NÃO CONHECIDO NO PONTO. SUPLICA DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O ABERTO. INVIABILIDADE. CRIMES APENADOS COM DETENÇÃO. PENA ARBITRADA ABAIXO DE 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCIDENTE. MANUTENÇÃO DO REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA, DE ACORDO COM A ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA QUE PERMITE O IMEDIATO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0013500-11.2015.8.24.0020, de Criciúma,

rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, j. 17-04-2018).

Por fim, na fase derradeira, não operaram causas de aumento e diminuição.

Reconhecida a continuidade delitiva em relação a ambos os crimes, cada pena é aumentada em 1/5 (um quinto). Concluindo-se as penas em: i) 1 (um) mês e 25 (vinte e cinco) dias de detenção para o crime de ameaça; ii) 11 (onze) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão pelo crime de estupro.

Nos termos do art. 69, Código Penal, em razão do concurso material de infrações, somam-se as penas, totalizando em 11 (onze) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 1 (um) mês e 25 (vinte e cinco) dias de detenção.

Logo, o regime prisional deve permanecer o fechado, em se tratando do quantum fixado, a teor do art. 33 do Código Penal.

Portanto, mantém-se a pena de 11 (onze) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 1 (um) mês e 25 (vinte e cinco) dias de detenção, porquanto se mostra a mais adequada ao denunciado.

#### 4 . Da imediata execução da pena

No julgamento do HC 126.292, o plenário do Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento sobre a possibilidade de se executar provisoriamente a pena confirmada em segundo grau de jurisdição, sem ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência, considerando que eventuais recursos cabíveis às Cortes Superiores não se prestam a discutir fatos e provas, mas tão somente matéria de direito.

Nesse viés, aderindo ao entendimento supracitado, comunique-se o juízo de Primeiro Grau, a fim de que providencie o início da execução provisória da pena de ambos os réus.

Ante o exposto, o voto é pelo conhecimento do recurso e o seu desprovimento. De ofício, determina-se ao Juízo do primeiro grau que, após o esgotamento dos recursos cabíveis neste grau de jurisdição, adote as providências necessárias ao imediato cumprimento da pena.

Este é o voto.

**Apelação Criminal n. 0013161-27.2017.8.24.0038, de Joinville**

Relatora: Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA DE TENRA IDADE – 2 (DOIS) ANOS E 8 (OITO) MESES À ÉPOCA DOS FATOS. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DE CONJUNÇÃO CARNAL COM INFANTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA.

RECURSO DA DEFESA.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO AFASTADA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO NO INTERROGATÓRIO REALIZADO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. PRESCINDIBILIDADE. RÉU CIENTIFICADO DE SEUS DIREITOS CONSTITUCIONAIS. PREFACIAL REJEITADA.

MÉRITO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. TESE RECHAÇADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. IRRELEVÂNCIA. ALTERAÇÃO DO DEPOIMENTO DO ACUSADO ISOLADA DOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DEPOIMENTO FIRME E COERENTE DA GENITORA DA VÍTIMA. RELATO DO IRMÃO DA VÍTIMA, TAMBÉM DE TENRA IDADE, QUE PRESENCIOU OS FATOS. PERÍCIA QUE CONCLUIU PELA PERPETRAÇÃO DE CONJUNÇÃO CARNAL SEM ROMPIMENTO HIMENAL. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. TESES AVENTADAS PELA DEFESA QUE NÃO DÃO CONTA DE DERRUIR A CONVICÇÃO ADOTADA PELA



MAGISTRADA A QUO.

SENTENÇA MANTIDA NA ÍNTEGRA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.

*“Como o inquérito policial é um procedimento administrativo informativo, de natureza inquisitiva, e não observa os princípios do contraditório e ampla defesa, a ausência de advogado no interrogatório policial não acarreta a nulidade do processo”.* (STJ - HC n. 86800/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 18/12/2007).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0013161-27.2017.8.24.0038, da comarca de Joinville 4ª Vara Criminal em que é Apelante R. R. de O e Apelado M. P. do E. de S. C.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. De ofício, determina-se ao Juízo do primeiro grau que, após o esgotamento dos recursos cabíveis neste grau de jurisdição, adote as providências necessárias ao imediato cumprimento da pena. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Roberto Sartorato, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Alberto Civinski.

Funcionou como representante do Ministério Público, o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Rui Arno Richter.

Florianópolis, 28 de junho de 2018.

Hildemar Meneguzzi de Carvalho  
Relatora

## RELATÓRIO

Denúncia: o M. P. S. C. ofereceu denúncia em face de R. R. O., dando-o como incurso nas sanções dos artigos 217-A, caput, c/c 226, inciso II, ambos do Código Penal, em razão dos seguintes fatos:

O denunciado R. R. O. manteve relacionamento afetivo com a tia materna da vítima G. K. M., motivo pelo qual, em decorrência dessa relação de confiança, no dia 13 de agosto de 2017, esta e seu irmão G. H. M. ficaram em sua casa, exclusivamente sob seus cuidados, de forma que o denunciado exercia autoridade sobre as crianças.

Naquele dia, por volta das 20h30min, no interior da residência localizada na (endereço), o denunciado R. R. O., dolosamente e ciente da ilicitude de sua conduta, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com G. K. M., sobrinha de sua namorada, a qual possui apenas 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de idade.

O denunciado aproveitou-se do momento em que a vítima e seu irmão ficaram na sua casa, sob os seus cuidados, e visando satisfazer seu desejo sexual, colocou e esfregou o pênis na boca da menina, bem como manipulou e esfregou o pênis em sua vagina, causando as lesões descritas no incluso laudo pericial de conjunção carnal: “[...] Grandes e pequenos lábios com hiperemia em região de pequenos e grandes lábios com ausência de secreção; região hímene apresentando hímen íntegro, sem sangramento, ausência de secreções e presença de hiperemia clitoriana [...]”.

Agindo assim, o denunciado R. R. O. praticou a conduta definida no artigo 217-A, caput, c/c o artigo 226, inciso II, ambos do Código Penal, razão pela qual o M. P. requer o recebimento da denúncia, a citação do denunciado, a designação de audiência de instrução e julgamento, a intimação das testemunhas abaixo arroladas, até condenação final do réu.

Por fim, com fundamento no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, o M. P. requer seja fixado valor mínimo para reparação dos danos morais causados à vítima pela infração, visto que “em se tratando de violência doméstica e familiar contra a mulher, estamos diante do dano moral *in re ipsa*, o qual dispensa prova para sua configuração”

(STJ, 6ª Turma, REsp 1651518/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 13.06.2017).

Sentença: A Juíza de Direito Renata Pacheco Mendes julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar o acusado à pena privativa de liberdade de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado. Não concedeu o direito de recorrer em liberdade, tendo mantida a prisão preventiva pelos mesmos motivos que a fundamentaram.

Trânsito em julgado: a sentença transitou em julgado para o Ministério Público (fl. 224)

Recurso de apelação de R. R. O.: a defesa interpôs recurso de apelação, no qual sustentou que as provas colhidas são insuficientes para a condenação do apelante.

Apontou que é nula a confissão extrajudicial, pois não confirmada em juízo, bem como porque o interrogatório deu-se sem a presença de um advogado.

Alegou não há nos autos elementos probatórios outros, produzidos na fase judicial do processo, que confirmem os fatos imputados ao apelante. Asseverou que o laudo pericial é inconclusivo em relação ao abuso sexual, vez que concluiu pela existência de hiperemia, que poderia ser resultado de outros fatores, bem como o fato da genitora ter informado não ter notado anormalidade quando retirou a fralda da infante no mesmo dia em que teriam ocorrido os fatos.

Afirmou que o laudo psicológico aponta que o depoimento do irmão da vítima poderia não ser fidedigno diante da tenra idade, motivo pelo qual não seria suficiente para fundamentar a condenação do apelante.

Pleiteou pela aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, defendendo que a condenação exige certeza, e, no caso de sua inexistência, a presunção de inocência deve prosperar.

Requeru o conhecimento e o provimento do recurso para anular o processo *ab initio*, ou subsidiariamente, seja anulada a confissão. Alternativamente requereu a absolvição do apelante (fls. 232/246).

Contrarrrazões do M. P. S. C.: a acusação impugnou as razões recursais, ao argumento de que a condenação do apelante advém de justa e coerente análise do conjunto fático-probatório e a sentença aplicou a reprimenda de acordo com os critérios legais. Asseverou não haver nulidade a ser proclamada no interrogatório do apelante, vez que foram satisfeitas as formalidades legais.

No mérito, apontou que o delito de estupro de vulnerável é incontestado nos autos, estando tanto a materialidade quanto a autoria delitivas devidamente comprovadas.

Ressaltou que a palavra da vítima, bem como o testemunho de seu irmão, apesar das lacunas que naturalmente decorrem da tenra idade, não deixam dúvidas em relação à autoria do apelante. Da mesma forma o depoimento firme e coerente da genitora.

Requeru o conhecimento do recurso e a manutenção da sentença condenatória (fls. 250/259).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: o Procurador de Justiça Raul Schaefer Filho opinou pelo conhecimento e o desprovimento do recurso (fls. 268/272).

Este é o relatório.

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por R. R. O. contra a sentença que o condenou ao cumprimento da pena privativa de liberdade fixada em 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por reconhecer

que praticou os crimes descritos nos artigos 271-A, do Código Penal.

### 1. Do juízo de admissibilidade

O recurso preenche os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual é conhecido.

### 2. Da preliminar de nulidade do processo

Prefacialmente, a defesa suscita a preliminar de nulidade do feito diante da ausência de advogado que acompanhasse o apelante durante o interrogatório extrajudicial. Assevera ter ocorrido a confissão durante a fase de inquérito *“de forma totalmente às avessas dos direitos constitucionais”*.

Ocorre, todavia, que é possível verificar na mídia audiovisual acostada à fl. 30, dos autos originários, que o apelante foi cientificado pela autoridade policial, nos seguintes termos:

Autoridade Policial: “R., sua família está aí fora”

Acusado: “Tá”

Autoridade Policial: “Tá sabendo que a Polícia Militar conduziu o senhor pra cá”

Acusado: “Aham”

Autoridade Policial: “O motivo pelo qual o senhor está aqui é a suspeita de ter abusado sexualmente de uma criança”

Acusado: “Aham”

Autoridade Policial: “De dois anos de idade. O senhor tem advogado para acompanhar o interrogatório?”

Acusado: “Não”

Autoridade Policial: “Não? O senhor tem o direito de permanecer em silêncio e falar somente em juízo”

Não há que afirmar, portanto, que o apelante não foi cientificado

de seus direitos constitucionais, vez que já no início do interrogatório o referido diálogo, ora transcrito, dá conta de esclarecer que lhe foi informado o direito de manifestar-se apenas em juízo.

Observa-se, assim, que foram observadas as garantias constitucionais inerentes ao apelante, restando evidenciado que, após estar ciente das condições que lhe cabiam no momento, confessou por livre espontaneamente os fatos, quando questionado na delegacia.

Além disso, em mídia juntada à fl. 33, dos autos originários, quando da realização da audiência de custódia do apelante, foi novamente informado que não seria obrigado a responder o que lhe fosse perguntado e, quando questionado “Na delegacia você deu um depoimento lá. Deu o depoimento espontaneamente? Não teve nenhuma pressão?”, o acusado responde “*Não, foi conversando normal*”, reforçando a confissão.

Não vigora, portanto, o argumento da defesa de que a confissão do acusado teria sido induzida. Como bem aponta o órgão ministerial em suas contrarrazões:

Também não prospera a alegação de que o apelante teria apenas reproduzido a fala da mãe da vítima. A uma, porque o apelante é um homem adulto capaz de falar por si e não reproduziria a fala acusatória apenas para contentar o Delegado de Polícia que em momento algum o coagiu. A duas, porque é comum ocorrer alguma adição de detalhes nos depoimentos de mães de crianças vítimas de violência sexual, pois com com o passar do tempo, com conversas no conforto do ambiente familiar, já passado o impacto inicial da violência, a criança acrescenta informações que no primeiro momento não havia revelado, por vezes até porque também não tinham sido objeto de questionamento. Essa dinâmica não denota nenhuma inconsistência nos depoimentos, tampouco é reveladora de qualquer anomalia na confissão do réu.

De fato, o apelante é um homem adulto, com plenas faculdades mentais, capaz de falar por si e de relatar seus atos. Não é cabível, portanto, o argumento genérico de que “um levantamento feito pelo

Projeto Inocência, dos EUA, revelou que há uma variedade de fatores que pode contribuir para uma confissão falsa”, pois que nada de aponta de concreto para o caso em análise, sendo apenas uma tese lançada a esmo na tentativa de reverter a confissão espontânea levada a efeito pelo acusado.

Todavia, arrependimento não é motivo de nulidade.

Logo, após ser claramente cientificado de suas garantias constitucionais e ter respondido os questionamentos de forma espontânea, tendo, inclusive, confirmado o depoimento posteriormente, afastada está a preliminar aventada.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTÚPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO CONTRA VÍTIMA DETENTORA DE DEBILIDADE MENTAL (ART. 217-A, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO. AUSÊNCIA DE DEFENSOR NO INTERROGATÓRIO REALIZADO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. PRESCINDIBILIDADE. RÉU CIENTIFICADO DE SEUS DIREITOS CONSTITUCIONAIS. ADEMAIS, PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA QUE NÃO VIGEM NA FASE INDICIÁRIA. PREFACIAL REJEITADA. MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO ANTE A INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INSUBSISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RELATOS FIRMES E COERENTES DAS TESTEMUNHAS QUE ENCONTRAM RESPALDO NOS DE MAIS ELEMENTOS DE PROVA. DECRETO CONDENATÓRIO INARREDÁVEL. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA AS CONTRAVENÇÕES PENAIS DOS ARTIGOS 61 OU 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/41 IGUALMENTE INVIÁVEL. AGENTE QUE OBJETIVAVA A SATISFAÇÃO DA SUA LASCÍVIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. “Como o inquérito policial é um procedimento administrativo informativo, de natureza inquisitiva, e não observa os

princípios do contraditório e ampla defesa, a ausência de advogado no interrogatório policial não acarreta a nulidade do processo”. (STJ - HC n. 86800/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 18/12/2007)..

2. Se do conjunto probatório emergem incontestes quer a materialidade, quer a autoria delitiva, revela-se correta a decisão que condenou o réu pela prática do crime previsto no art. 217-A, § 1º, do Código Penal.

3. “Os limites da conduta contravencional são ultrapassados quando a intenção do apelante não é importunar a vítima, mas sim submetê-la ao ato libidinoso para satisfazer sua própria ânsia sexual”. (TJSC - Apelação Criminal n. 2012.069767-3, de Ponte Serrada, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 25/02/2014). (TJSC, Apelação Criminal n. 0000840- 89.2017.8.24.0189, de Santa Rosa do Sul, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 26-04-2018).

### 3. Do mérito

A defesa pretende a absolvição do apelante, sob o fundamento, em síntese, de que a autoria e materialidade das condutas não foram comprovadas. Alega, para tanto, que não há elementos probatórios que demonstrem a prática do delito por parte do acusado, vez que a única prova que fundamentou a sentença condenatória recorrida teria sido a confissão extrajudicial, que afirma ser nula e inverídica.

Ao apelante é imputado o crime de estupro de vulnerável por ter praticado ato libidinoso diverso de conjunção carnal com a infante G. K. M., de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses à época dos fatos, em frente ao seu irmão G. H. M., também de tenra idade, quando estavam sob seus cuidados, em sua residência.

Conforme extrai-se da denúncia (fl. 42), o recorrente “colocou e esfregou o pênis na boca da menina, bem como manipulou e esfregou o pênis em sua vagina, causando as lesões descritas no incluso laudo pericial de conjunção carnal”.

A materialidade do crime está consubstanciada pelo Boletim



de Ocorrência (fls. 20/21), depoimento do policial condutor (fl. 30 – autos originários), depoimentos da genitora ((fls. 30 e 129/130 – autos originários), confissão do apelante (fl. 30 – autos originários), testemunhos de agente policial que atendeu a ocorrência (fls. 30 e 129/130 – autos originários), laudo pericial de conjunção carnal (fl. 44), certidão de nascimento da vítima (fl. 64) e Ofício n. 1282/2017 emitido pelo Perito Médico Legista (fl. 154).

Perlustrando os autos, verifica-se que a autoria do crime, de igual sorte, foi devidamente demonstrada.

Em que pese os argumentos levantados pela defesa do apelante, de que não há elementos probatórios produzidos que demonstrem a conduta apontada, tem-se que, além de genéricos, não merecem acolhimento.

Salienta-se que em todos os momentos em que foi oportunizado à genitora da vítima se manifestar, esta relatou que fez perguntas despreziosas à vítima, porquanto jamais imaginou que algo do tipo poderia ter acontecido, bem como foi tomada pelo choque quando a menina respondeu informando do abuso sexual, de modo que as respostas foram espontâneas por parte da infante. Os depoimentos da genitora da vítima (fl. 30 e 129/130), que mantém coerência com os fatos narrados durante toda a instrução processual.

A profissional de psicologia Cristina Maria Weber, em seu Relatório Psicológico n. 36/2017, com base no domínio que possui sobre a matéria, esclarece às fls. 89/90:

Importante apontar que não foi observada conduta coercitiva por parte da mãe ou utilização de questionamento sugestivo no momento da revelação, que poderiam causar indução/contaminação de relato, havendo indícios de que tenha ocorrido de maneira espontânea, a partir de uma pergunta aberta, não diretiva. López & Berga (2010) consideram ainda que crianças raramente mentem quando explicam o abuso espontaneamente a alguém de confiança.

Ademais, o laudo pericial de conjunção carnal (fl. 44) é conclusivo ao apontar a ocorrência de conjunção carnal com vestígios de violência e descreve: “Grandes e pequenos lábios com hiperemia em região de pequenos e grandes lábios com ausência de secreção região himenal apresentando hímen íntegro, sem sangramento, ausência de secreções e presença de hiperemia clitoriana”.

Quando questionado pela defesa se a hiperemi poderia ocorrer em decorrência de outro fator que não o abuso sexual, o Perito Médico Legista responde, de forma conclusiva, à fl. 154, em Ofício n. 1282/2017:

Cumprimentando-a cordialmente, em resposta ao Manifesto Judicial (item A) referente aos autos n. 0013161- 27.2017.8.24.0038, datado de 20/10/2017, temos a informar:

Hiperemia significa área avermelhada em tecido celular subcutâneo e/ou mucosa, e que, no caso em questão, trata-se de mucosa vaginal da examinada, sendo causada por ato sexual, ou por manuseio (dedos) ou mesmo por contato peniano, sem, entretanto, haver ruptura himenal, e que no caso em questão, quando diagnosticamos hímen íntegro, não havendo, portanto, ruptura do húmen. Salientamos: Houve conjunção carnal sem ruptura himenal.”

No caso em análise, embora não se possa tomar o depoimento da vítima, diante da sua tenra idade (dois anos e oito meses à época dos fatos), prova de importante relevância na apuração dos delitos dessa natureza, tem-se que o depoimento da genitora da vítima, sua responsável e pessoa próxima e de confiança da infante, em ambas as fases do processo, são detalhados, firmes e coerentes. Além disso, vai ao encontro da confissão extrajudicial do apelante, de modo a não restar dúvidas quanto aos fatos ocorridos.

Sobre os depoimentos da genitora, do corpo da sentença, por oportuno, colaciona-se (fls. 198/207):

Em seu interrogatório judicial, o réu R. R. O. negou a acusação. Relatou que as crianças ficaram em sua casa por no máximo 5 minutos e

que nem sabe explicar o motivo pelo qual teve que ficar com elas. Disse que foi pressionado na casa de sua mãe e na delegacia e que, por isso, prestou relato diverso na fase anterior.

Todavia, extrajudicialmente, conforme se extrai do áudio de p. 30, o réu confessou a prática delituosa, dizendo que Deu alguma coisa na minha cabeça naquela hora para eu fazer aquilo lá. Aquilo não era nem pra mim ter feito, né”. Disse que sua ex-namorada deixou as crianças consigo. Afirmou que colocou a coisa na boca da menina, mas não durou nem um minuto. Alegou que G. estava na sala e não percebeu que ele viu.

É justamente esse depoimento que vai ao encontro das demais provas produzidas nestes autos.

Em juízo, C. C. C., mãe da vítima, relatou que, no sábado, faria sua mudança e pela manhã levou seus filhos até a casa de sua mãe. R., inclusive, a ajudou na mudança sábado à tarde. Nesta noite, R. dormiu lá, pois a namorada dele também morava no local. Já no domingo, pediu para R. levar as roupas para as crianças, pois sua irmã voltaria de ônibus com os menores, mas choveu e eles acabaram pegando carona com J., seu primeiro marido. Tendo em vista que não queria que J. soubesse seu novo endereço, pediu para que ficassem na esquina, mas como acabou a bateria do seu celular e chovia muito, as crianças foram para a casa de R., que ficava uma rua depois da sua. Já era noite quando R. apareceu com as crianças. Mais tarde, quando perguntou para elas como foi ter ficado na casa do réu, a menina logo disse que o ‘tio R. tinha colocado o pinto na boca dela’ e movimentava a cabeça de um lado para o outro. Ela, também, contou que R. beijou e mordeu sua vagina. Então, olhou a vagina da menor e não percebeu nada anormal, razão pela qual perguntou para seu filho G. se percebeu algo e ele contou que, ao escutar a irmã chorar, foi até o quarto e viu o réu com o pinto na boca da criança. Não quis tocar no assunto novamente com a menina, mas em uma oportunidade viu ela beijando e passando a língua nas nádegas de um manequim com o qual brincava e, ao repreendê-la, ela alegou que aprendeu isso com o tio R.. Tinham uma boa relação de amizade com R. e a mãe dele, pois inclusive frequentavam a mesma igreja. R. namorou com sua irmã e, na época, estavam tentando reatar. Acredita que o réu nunca exerceu autoridade de tio sobre as crianças, apenas uma vez pegou a menina na creche, aliás,

pediu para que ele ou a mãe dele ficasse com a menina, pois ele mora com a mãe. Indagada, destacou que a vítima não disse, em nenhum momento, que o réu colocou o pênis em sua vagina, mas somente na boca. Seu namorado, A., foi tirar satisfação com R., pois ele estava na sua casa e também conhecia o réu. Em princípio, R. negou e voltaram para casa, mas como estava confusa, acabou ligando para a polícia para perguntar o que deveria fazer e se era preciso levá-la para o médico, mas a policial pediu para aguardar a polícia chegar em sua casa. R. e sua irmã eram amigos de longa data mas namoraram apenas poucos meses.

Em idêntico sentido foi seu relato na fase anterior. Conforme se infere da mídia audiovisual de p. 30, C. relatou, no calor dos fatos, com firmeza e riqueza de detalhes, o motivo pelo qual seus filhos ficaram sob os cuidados do acusado e a forma como o fato narrado na denúncia chegou ao seu conhecimento, quando fez as perguntas de costume aos filhos, indagando como foi na casa do tio R.. Disse que, a tal pergunta, a menina afirmou “O tio R. mostrou o pinto”. Perguntou a ela “Como que ele fez?” e ela disse que ele “tirou a calça, mostrou o pinto e botou o pinto na minha boca”. Disse que perguntou novamente, pra ver se ela falaria a mesma coisa. E ela falou a mesma coisa. Perguntou a ela, apontando para a vagina, se ele havia mexido ali, e ela disse que sim.

Os depoimentos da mãe da vítima, em ambas as fases da persecução penal, além de plenamente confortados pelo laudo pericial, foram firmes e harmônicos e coerentes com as demais provas. Destaco que a versão da vítima ganha especial relevância nos crimes praticados na clandestinidade e, apesar da pouca idade da infante, ela já apresenta condições de discernir um ato fora da normalidade.

Ademais, embora não possa dar seu depoimento em juízo, é de se repisar que a vítima relatou os fatos ocorridos de forma precisa, inclusive gesticulando, para sua genitora ao ser questionada de forma aberta e rotineira como havia sido na casa do apelante.

Quanto ao seu irmão, que presenciou os fatos, em que pese a tentativa da defesa de afastar seu depoimento (não prestado em juízo, apenas à genitora e às psicólogas que atuaram no processo) diante da

idade, ainda em formação de cognição e por apresentar relato confuso, tem-se que destacar que em todos os momentos o infante manteve a coerência sobre um único fator: o de que o apelante colocou o pênis na boca de sua irmã.

Conforme já extraído do Relatório Psicológico elaborado na fase de inquérito, *“crianças raramente mentem quando explicam o abuso espontaneamente a alguém de confiança”*. O menino relatou que estava na sala e ouviu sua irmã chorar e por isso foi até o quarto, e, quando lá chegou, viu o apelante com o pênis na boca de sua irmã. Relato que condiz com a queixa da vítima.

Ainda que tenha havido alterações no relato do menino quando de sua entrevista com a Psicóloga Márcia Valéria Gonzales Fernandes, esta concluiu que: *“Assim, não é possível credibilizar totalmente o relato do G. Sabe-se que algo aconteceu relacionado ao R., sua irmã G., e ele, de natureza sexual, mas não necessariamente conforme ele contou. Tal elucidação é o que basta, vez que não há desfecho saudável que envolta os três agentes e “algo de natureza sexual”*. Logo, ainda que o depoimento do infante não será municiosamente preciso, é o bastante para se concluir que ele presenciou o delito.

Em relação ao depoimento do acusado em juízo, quando negou as condutas, alega o apelante ter confessado os fatos por estar sob pressão do policial ali presente. Todavia, quando questionado em audiência de custódia (mídia audiovisual – fl. 33, autos originários) se teria dado o depoimento espontaneamente e se houve alguma pressão, o acusado responde *“Não, foi conversando normal”*. Imperioso apontar que consta nos autos laudo pericial de lesão corporal do acusado (fl. 49), no qual é possível verificar que não houve qualquer ofensa à sua integridade corporal.

Ademais, quando a confissão extrajudicial encontra respaldo nas demais provas carreadas aos autos, a retratação judicial isolada de todos

os elementos probatórios colhidos não dá conta de afastar a condenação.

Sobre o tema:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ARTIGO 217-A, CAPUT, C/C O ARTIGO 226, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. (I) JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA NARRADA NA DENÚNCIA QUE ESTÃO DESACOMPANHADOS DA DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. (II) PEDIDO PRELIMINAR DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INVIABILIDADE. PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA SEGURANÇA DA VÍTIMA. ADEMAIS, AGENTE QUE RESPONDEU À AÇÃO PENAL RECLUSO. PREDICADOS SUBJETIVOS INSUFICIENTES À REVOGAÇÃO DA PRISÃO. (III) MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO PAUTADO NA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS PELA PROVA PRODUZIDA. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. DELITO QUE NÃO NECESSARIAMENTE DEIXA VESTÍGIOS. PERÍCIA PRESCINDÍVEL. PALAVRAS FIRMES DA VÍTIMA, CORROBORADAS PELAS DECLARAÇÕES DE SUA GENITORA, DA POLICIAL QUE ATENDEU A OCORRÊNCIA E DA CONSELHEIRA TUTELAR, BEM COMO PELA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO APELANTE. RETRATAÇÃO JUDICIAL ISOLADA NOS AUTOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. (IV) DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL. DESCABIMENTO. PENA DEVIDAMENTE DOSADA NA SENTENÇA. (V) REGIME DE PENA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. DESCABIMENTO. REGIME FIXADO COM BASE NO QUANTUM DA PENA APLICADA

(ARTIGO 33, §2º, ALÍNEA 'A', DO CÓDIGO PENAL) REGIME FECHADO MANTIDO. SENTENÇA MANTIDA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA POR ESTE TRIBUNAL. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. REEXAME SOBRE A MATÉRIA FÁTICA E ELEMENTOS DE PROVA ESGOTADO. CASO QUE SE AMOLDA À NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 126.292/SP), RATIFICADA POR OCASIÃO DO INDEFERIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES OBJETO DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44. - Pelo princípio da dialeticidade recursal, segundo o qual o efeito devolutivo da apelação criminal encontra limites nas razões expostas pela defesa, não se pode conhecer dos pedidos genéricos de desclassificação da conduta, sobretudo se o apelante não apresenta nenhum fundamento idôneo para ensejar a alteração da sentença nesse ponto. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. - O acusado que permaneceu segregado durante todo o processo e não logrou êxito em demonstrar que ocorreram modificações em sua situação de fato e de direito que pudessem autorizar a revogação da prisão preventiva por ocasião da prolação da sentença condenatória não faz jus ao direito de recorrer em liberdade. - O crime de estupro de vulnerável cometido mediante ato libidinoso diverso da conjunção carnal normalmente não deixa vestígios, portanto, a palavra da vítima assume fundamental importância à elucidação dos fatos e é capaz de embasar sentença condenatória quando em consonância com as demais provas dos autos. - O condenado à pena superior a 8 (oito) anos deve começar a cumpri-la em regime fechado, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal. - Confirmada ou decretada a condenação neste Juízo ad quem, admite-se a execução provisória da pena, tendo em vista o esgotamento do revolvimento da matéria fática e dos elementos de prova, à luz do princípio do duplo grau de jurisdição, sem que se possa falar em afronta ao princípio da presunção de inocência, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 126.292/SP, ratificado quando do indeferimento das medidas cautelares objeto das ADCs 43 e 44. - Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e o desprovimento do recurso. - Recurso conhecido parcialmente e desprovido. (TJSC, Apelação Criminal n. 0002773-62.2017.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira

Câmara Criminal, j. 22-02-2018).

CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. (ART. 217-A C/C ART. 226, II, E ART. 71, TODOS DO CP). AMEAÇA. (ART. 147, DO MESMO DIPLOMA LEGAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA SOMENTE PELO CRIME DE ESTUPRO. RECURSO DEFENSIVO. 1. PLEITO ABSOLUTÓRIO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE. INVIABILIDADE. CRIME PRATICADO PELO GENITOR DA VÍTIMA. OFENDIDA QUE CONTAVA COM 13 (TREZE) ANOS À ÉPOCA DOS FATOS. LAUDO PERICIAL QUE NÃO APONTOU VESTÍGIOS DE LESÃO. ATO LIBIDINOSO QUE PODE SER COMPROVADO POR OUTROS ELEMENTOS, UMA VEZ QUE, PELA SUA NATUREZA, NÃO DEIXA VESTÍGIOS. PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES SEXUAIS QUE TEM ESPECIAL RELEVÂNCIA PORQUE COMETIDOS NA CLANDESTINIDADE. DEPOIMENTOS FIRMES E COERENTES PRESTADOS EM AMBAS AS FASES PROCESSUAIS, EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DESCRIÇÃO DOS ACONTECIMENTOS TAMBÉM PELA GENITORA DA OFENDIDA E PELO CONSELHEIRO TUTELAR. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO RÉU. RETRATAÇÃO POSTERIOR EM JUÍZO. IRRELEVÂNCIA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. Se a prova dos autos indica, com segurança, ter o réu praticado ato libidinoso diverso de conjunção carnal, visando à satisfação de sua própria lascívia, imperiosa a condenação pelo crime tipificado no artigo 217-A, do Código Penal. Ademais, a palavra da vítima, nos crimes sexuais, possui especial relevância diante da natureza do delito, que geralmente é cometido às ocultas, ou em ambientes domésticos, sem a presença de testemunhas. “A palavra da vítima, nos crimes sexuais, geralmente cometidos na clandestinidade, assume fundamental importância à elucidação dos fatos e é capaz de embasar a sentença condenatória quando em consonância com as demais provas dos autos. Compete à defesa desconstituir o conjunto probatório produzido pela acusação, que evidencia a prática



do crime de estupro de vulnerável, consoante parte inicial do art. 156 do Código de Processo Penal. (TJSC, Apelação Cível n. 0002586-32.2013.8.24.0027, de Ibirama, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 29-11-2016)” 2. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO NA SENTENÇA. ACRÉSCIMO POR FORÇA DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. POSSIBILIDADE ANTE A DISPOSIÇÃO DO ART. 85, § 11º, DO NOVO CPC. 4. DETRAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO SATISFAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. RECURSO DESPROVIDO. ADEQUAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000122-07.2017.8.24.0088, de Lebon Régis, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, Quinta Câmara Criminal, j. 30-11-2017).

Desta forma, tendo em vista o depoimento detalhado e coerente da genitora da vítima, bem como demais documentos que o corroboram, é de se desprover o recurso do apelante, posto que não dá conta de afastar a materialidade e autoria demonstrados nos autos.

#### 4. Da dosimetria

Na primeira fase da dosimetria da pena, a Magistrada, diante uma circunstância desfavorável ao apelante, por ter perpetrado o crime enquanto cuidava de outra criança, irmão da vítima, à época com 4 (quatro) anos, assumindo o risco de que ele presenciasse atos libidinosos, “*o que, de fato, ocorreu, quando o menino ouviu sua irmã gritar e foi até ela*”; fixou a pena-base em 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Na segunda fase do cálculo, a magistrada discorreu que:

[...] milita contra o réu a agravante de o réu ter se prevaletido da relação de hospitalidade para perpetrar o crime. “Relações de hospitalidade referem-se à estada de alguém em casa alheia, sem a durabilidade da coabitação, não sendo necessário intimidade, por exemplo, visita para

uma refeição, um drinque, etc.” (BITENCOURT, Cezar Roberto, Código Penal Comentado, 7ª.ed., São Paulo: Saraiva, 2012, epub). De outro lado, incide em seu favor a atenuante da confissão espontânea, tendo em vista a confissão na fase embrionária, utilizada para a formação da convicção judicial, embora retratada em Juízo (Súmula 545 do STJ). Assim compenso a agravante com a atenuante e mantenho a pena inalterada, nesta fase.

Mantida nesta fase, portanto, a pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. No que se refere a aplicação da atenuante da confissão pelo Juízo *a quo*, mesmo que tendo se retratado em juízo, tem-se adequado, pois que é entendimento nesta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL COMETIDO PELA MÃE E PELO PADRASTO, DE FORMA OMISSIVA IMPRÓPRIA (CP, ART. 217-A, CAPUT, C/C O 226, II, E 13, § 2º, “A”). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. 1. PROVA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA, DO GENITOR, DA MADRASTA E DE TESTEMUNHAS. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. 2. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. FUNDAMENTO DA CONDENAÇÃO. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. ATENUANTE (CP, ART. 65, III, “D”). 1. As declarações da vítima, de que a mãe e o padrasto dela permitiram que o corréu mantivesse conjunção carnal com ela em troca de três pedras de crack, corroboradas pelas confissões extrajudiciais dos agentes, narrando que tinham ciência de que suas condutas eram ilícitas, pelas palavras do genitor e da madraستا da adolescente, pelos depoimentos de três Policiais Civis e da Conselheira Tutelar, secundadas pelo teor do laudo pericial atestatório de que a ofendida não é mais virgem, são elementos de convicção suficientes à comprovação da materialidade e da autoria do crime de estupro de vulnerável, ainda que confrontadas pela negativa do acusado. 2. Deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea quando a admissão extrajudicial dos acusados é utilizada como fundamento da condenação, ainda que tenha ocorrido retratação em Juízo. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DE OFÍCIO, RECONHECIDA A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARA OS APELANTES. (TJSC, Apelação Criminal n.

0000696-80.2017.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 20-02-2018).

Por fim, na fase derradeira, por não haver causas de aumento ou diminuição, fixou-se como definitiva a pena em 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Mantém-se a pena fixada, porquanto se mostra a mais adequada ao apelante. Ainda, o regime prisional deve permanecer o fechado, em se tratando do *quantum* fixado, a teor do art. 33 do Código Penal.

#### 5. Da imediata execução da pena

No julgamento do HC 126.292, o plenário do Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento sobre a possibilidade de se executar provisoriamente a pena confirmada em segundo grau de jurisdição, sem ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência, considerando que eventuais recursos cabíveis às Cortes Superiores não se prestam a discutir fatos e provas, mas tão somente matéria de direito.

Nesse viés, aderindo ao entendimento supracitado, comunique-se o juízo de Primeiro Grau, a fim de que providencie o início da execução provisória da pena do réu.

Ante o exposto, o voto é pelo conhecimento do recurso e o seu desprovimento. De ofício, determina-se ao Juízo do primeiro grau que, após o esgotamento dos recursos cabíveis neste grau de jurisdição, adote as providências necessárias ao imediato cumprimento da pena.

Este é o voto.

**Apelação Criminal n. 0004099-90.2017.8.24.0125, de Itapema**  
Relatora: Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

1. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA DETRAÇÃO, DIMINUIÇÃO DO VALOR DA PENA DE MULTA E AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHO EXTERNO. INVIABILIDADE. MATÉRIAS AFETAS AO JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL. PONTOS NÃO CONHECIDOS.

2. MÉRITO. PEDIDO ABSOLUTÓRIO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. TESE RECURSAL RECHAÇADA. VERSÃO DEFENSIVA ISOLADA E CARENTE DE COMPROVAÇÃO. TESTEMUNHAS DA DEFESA QUE NÃO PRESENCIARAM O FATO E TAMPOUCO SABIAM QUE O AGENTE ERA USUÁRIO DE DROGAS (FATO CONFESSADO PELO PRÓPRIO APELANTE). PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS QUE NÃO AMPARAM A NARRATIVA DE QUE A SUBSTÂNCIA ERA DESTINADA AO CONSUMO PRÓPRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE EVIDENCIADAS. APELANTE PRESO EM FLAGRANTE DURANTE ABORDAGEM POLICIAL. BUSCA REALIZADA NO VEÍCULO DE PROPRIEDADE DA NAMORADA DO AGENTE. APREENSÃO DE QUANTIDADE EXPRESSIVA DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES: 120 GRAMAS DE COCAÍNA, EM INVÓLUCRO PLÁSTICO; 2 GRAMAS DE MACONHA; ALÉM DE APARELHOS CELULARES E VALORES EM ESPÉCIE. SENTENÇA BEM FUNDAMENTADA. EFICÁCIA PROBATÓRIA DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS MILITARES NÃO DERRUÍDA. AUSÊNCIA

DE CONTRADITA (ART. 214 DO CPP). PRESUNÇÃO DE ATUAÇÃO PROBA DOS AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA.

**3. PEDIDO SUBSIDIÁRIO. INSURGÊNCIA PELO RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NA FORMA PRIVILEGIADA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE DIVERSOS REGISTROS INFRACIONAIS CONTRA O AGENTE, POR HOMICÍDIO E TRÁFICO. REGISTROS QUE DEMONSTRAM A DEDICAÇÃO DO APELANTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. REQUISITOS CUMULATIVOS DO DISPOSITIVO LEGAL NÃO PREENCHIDOS. INAPLICABILIDADE DO BENEFÍCIO.**

**4. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. VIABILIDADE. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL.**

**5. PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECLAMO.**

**CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0004099-90.2017.8.24.0125, da comarca de Itapema Vara Criminal em que é Apelante Elton Felipe da Silva e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, na extensão conhecida, negar-lhe o provimento. De ofício, determina-se ao Juízo do primeiro grau que, após o esgotamento dos recursos cabíveis neste grau de jurisdição, adote as

providências necessárias ao imediato cumprimento da pena. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Roberto Sartorato, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Alberto Civinski.

Funcionou como representante do Ministério Público, o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Rui Arno Richter.

Florianópolis, 28 de junho de 2018.

Hildemar Meneguzzi de Carvalho  
Relatora

## RELATÓRIO

Denúncia: o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia em face de Elton Felipe da Silva e Erick Medeiros dando-os como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, c/c art. 29, *caput*, do CP, em razão dos seguintes fatos:

[...] No dia 20.10.2017, por volta das 22 horas e 30 minutos, nesta cidade e comarca de Itapema, os denunciados foram flagrados guardando/trazendo consigo entorpecentes, os quais eram destinados à narcotraficância, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (Termo de Exibição e Apreensão da fl. 17 e Auto de Constatação Provisório da fl. 18).

Extraí-se do caderno indiciário que policiais militares receberam denúncias de que o denunciado Elton estaria praticando o tráfico de drogas em boate de sua propriedade, localizada na Rua 462, no bairro Morretes, nesta cidade de Itapema/SC.

Diante disso, no dia 20.10.2017, enquanto os policiais observavam Elton em sua residência, onde também fica localizada a boate, perceberam que ele deixou a sua casa na condução de um veículo. Mais tarde, no mesmo dia, os policiais avistaram o denunciado conduzindo seu veículo pela Rua 406-H, no bairro Morretes, na companhia de outro masculino, razão pela qual, tendo em vista as denúncias de tráfico, realizaram a abordagem.

Em buscas pelo veículo, os policiais encontraram um invólucro plástico contendo, aproximadamente, 120 gramas de substâncias semelhante à cocaína, escondidos sob a manopla do carro, e, no console, 1 bucha de substância semelhante à maconha (pesando cerca de dois gramas).

Considerando as circunstâncias da apreensão da droga (denúncia pretérita e quantidade de droga apreendida), tem-se que os denunciados traziam/guardavam os entorpecentes para o fim de praticar o crime de tráfico de drogas. Assim agindo, os denunciados Elton Felipe da Silva e Erick Medeiros incidiram nas sanções dos artigos 33, caput, da Lei n. 11.343/06, c/c art. 29, caput, do Código Penal, [...] (fls. 37-39).

Sentença: O Juiz de Direito Marcelo Trevisan Tambosi julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia, nos seguintes termos:

[...] Em face do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a Denúncia para o fim de:

A) CONDENAR o réu Elton Felipe da Silva (primário) nas sanções do art. 33, caput, da Lei 11.343/06 (crime hediondo), à pena privativa de liberdade de 5 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, e à pena de multa de 500 dias multa que arbitro em 1/30 do salário mínimo vigente na data dos fatos;

B) ABSOLVER o réu Erick Medeiros das sanções previstas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, com fulcro no art. 386, IV, do Código de Processo Penal.

Sobre o direito de recorrer em liberdade, considerando que o réu Elton, respondeu ao processo preso preventivamente, de modo que ainda não deixaram de existir os motivos que justificaram essa prisão, ainda

mais porque foi fixado regime prisional diferente do aberto para início do resgate do cumprimento da pena, não terá o direito de recorrer em liberdade, devendo ser mantido no cárcere. [...] (fls. 148-161).

Trânsito em julgado: embora não certificado pelo Juízo *a quo*, verifica-se que a sentença transitou em julgado para o Ministério Público (fl. 167).

Recurso de apelação de Elton Felipe da Silva: a defesa interpôs recurso de apelação, no qual sustentou, em síntese, que o conjunto probatório é insuficiente para condenação do apelante, pelo crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Afirmou que a condenação se baseou unicamente nas alegações apresentadas pelas testemunhas de acusação, as quais são diminutas. Aduziu que é usuário de drogas e que a substância apreendida foi adquirida para uso próprio. Salientou que foi internado em clínica médica para tratamento de desintoxicação. Argumentou que é cabível a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, e que registros infracionais não podem ser considerados para indeferimento do benefício.

Ao final, pugnou pelo conhecimento e o provimento do recurso para reformar a sentença, de modo a absolvê-lo da conduta narrada na denúncia. Subsidiariamente, requereu a reforma da sentença para diminuição da pena, em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado, bem como a detração penal decorrente do novo regime da reprimenda, nos termos da Lei n. 12.736/2012. Ainda, postulou pela readequação da multa, a fim de que ela guarde consonância com a pena privativa de liberdade fixada em definitivo (fls. 184-190).

Contrarrazões do Ministério Público: a acusação impugnou as razões recursais. Aduziu que ficou comprovada a narcotraficância praticada pelo apelante; que restou inquestionável a vasta quantidade de droga apreendida, assim como as diversas denúncias recebidas pelos policiais militares anteriormente, acerca do tráfico praticado pelo acusado;



que é descabida a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, diante dos registros infracionais do apelante; que não é possível reduzir a pena de multa, tendo em vista que já foi fixada no valor mínimo, com observância dos critérios legais para sua aplicação.

Ao final, pugnou pelo conhecimento do recurso e a manutenção da sentença condenatória (fls. 202-209).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: o Procurador de Justiça Humberto Francisco Scharf Vieira ressaltou que os pedidos de reconhecimento da detração e redução da pena de multa não merecem conhecimento, porquanto as matérias são afetas ao Juízo da Execução, com observância da Lei de Execuções Penais.

Por fim, opinou pelo parcial conhecimento do recurso e, na parte conhecida, o seu desprovimento (fls. 222-228).

Pedido de trabalho externo: o apelante apresentou petição com pedido de autorização para trabalhar externamente na empresa Chef Burguer, na função de auxiliar de cozinha, em Itapema-SC, de segunda-feira à sexta-feira, das 8:00 às 18:00 horas. Para tanto, acostou aos autos a respectiva carta de emprego (fls. 176-177).

Este é o relatório.

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Elton Felipe da Silva, contra sentença que o condenou pela prática do delito de tráfico de drogas, inserto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.

O apelante restou condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida no

regime inicialmente semiaberto, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor individual de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Ao acusado, foi negado o direito de recorrer em liberdade.

1 – Das matérias afetas à execução:

De pronto, o recurso merece parcial conhecimento.

O apelante postula pelo reconhecimento da detração na sentença condenatória, nos termos da Lei n. 12.736/2012. Além disso, pugna pela redução do valor da multa imposta, sob o argumento de que não possui condições econômicas para efetuar o seu pagamento, bem como pela autorização para exercer trabalho externo.

Os pedidos, todavia, não podem ser conhecidos, uma vez que as matérias são afetas ao Juízo da Execução Penal.

Como bem observado pelo Procurador de Justiça:

[...] as matérias devem ser analisadas pelo Juízo de Execução, ao qual compete verificar o período em que o acusado permaneceu preso preventivamente, além do cumprimento dos requisitos subjetivos exigido pela Lei de Execuções Penais e, ainda, as reais condições financeiras do réu. (trecho do parecer de fls. 222-229).

No que diz respeito à detração, o Código Penal ensina, no seu art. 42: “Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.”. Em complemento, observa-se o disposto no art. 66, III, “c”, da Lei de Execução Penal: “Art. 66. Compete ao Juiz da execução: [...] III - decidir sobre: [...] c) detração e remição da pena”.

O Supremo Tribunal Federal entende dessa forma: “A detração, cômputo do tempo em que o réu esteve sujeito à prisão cautelar considerado para os fins e efeitos do cumprimento da sanção penal, deve

ser analisada no juízo das execuções penais” (RT 752/510).

No mesmo sentido, os precedentes catarinenses:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR. INÉPCIA DA DENÚNCIA PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PREFACIAL AFASTADA. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR FALTA DE PROVAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RÉU SURPREENDIDO NA POSSE DE CERTA QUANTIDADE DE MACONHA ALIADO AOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE PROCEDERAM O FLAGRANTE E DEPOIMENTO TESTEMUNHAL CARREADO AOS AUTOS. DOSIMETRIA DA PENA. SEGUNDA FASE. PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE SOBRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. ATENUANTE RECONHECIDA EQUIVOCADAMENTE. PENA MANTIDA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE TÓXICOS EM SEU GRAU MÁXIMO. INEXEQUIBILIDADE. RÉU REINCENTE E DEDICADO À PRÁTICA DE ATIVIDADES CRIMINOSAS. DETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 111, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA. AFASTAMENTO. RÉU REINCENTE. IMPEDIMENTO DE CONCESSÃO DE REGIME QUE NÃO SEJA O INICIALMENTE FECHADO. REQUERIDA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 44, INCISO I DO CÓDIGO PENAL. REPRIMENDA QUE RESTOU FIXADA ACIMA DOS QUATRO ANOS. PLEITO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA PENA APÓS O JULGAMENTO DO RECURSO EM SEGUNDO GRAU. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PREJUDICADO NO PONTO. “Diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, adotado no julgamento

do Habeas Corpus n. 126.292/SP, permitindo o início da execução da pena quando a condenação foi submetida ao crivo do tribunal de justiça, fica prejudicado o pleito de concessão do benefício de recorrer em liberdade formulado no recurso de apelação.” (TJSC, Apelação Criminal n. 0009817-69.2015.8.24.0018, de Chapecó, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 16-03-2017). RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000783-33.2017.8.24.0040, de Laguna, rel. Des. José Everaldo Silva, Quarta Câmara Criminal, j. 10-05-2018, grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU PRESO. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344 DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA TÃO SOMENTE EM RELAÇÃO AO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA FIXADO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. I - Sendo o réu reincidente e ostentando maus antecedentes, adequada é a fixação do regime inicial semiaberto para resgate de sua reprimenda, ainda que o quantum seja inferior a quatro anos. II - Segundo o entendimento consolidado por esta Primeira Câmara Criminal, não se conhece do pedido de detração com objetivo de progressão do regime de cumprimento da pena, visto que sua apreciação é de competência do Juízo da Execução. (TJSC, Apelação Criminal n. 0002219-67.2016.8.24.0135, de Navegantes, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Primeira Câmara Criminal, j. 03-05-2018, grifou-se).

Concernente à questão da multa, a Lei de Execução Penal possui capítulo próprio para tratar do seu pagamento, cobrança e parcelamento (arts. 164 ao 170). Infere-se do art. 69, *caput* e § 1º:

Art. 169. Até o término do prazo a que se refere o artigo 164 desta Lei, poderá o condenado requerer ao Juiz o pagamento da multa em prestações mensais, iguais e sucessivas.

§ 1º O Juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações.

Logo, é do Juízo da Execução Penal a competência para apreciar a tese de insuficiência financeira para o pagamento da reprimenda.

No mesmo viés, o julgado:

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06, E ART. 12 DA LEI N. 10.826/03). RECURSOS DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APELO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INSUBSISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DECLARAÇÕES DAS TESTEMUNHAS POLICIAIS APRESENTADAS DE FORMA HARMÔNICA E COERENTE, ALIADAS ÀS DEMAIS PROVAS CONSTANTES NOS AUTOS. VERSÃO DA RÉ DESPROVIDA DE AMPARO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE COMPROVA A PRÁTICA ILÍCITA DE TRÁFICO DE DROGAS, BEM COMO DE POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO. CONDENAÇÃO MANTIDA INCÓLUME. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PRETENDIDO O NÃO RECONHECIMENTO DA CULPABILIDADE E CONDUTA SOCIAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NÃO CONSIDERADAS SENTENCIALMENTE. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. TERCEIRA FASE. INAPLICABILIDADE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. NO MAIS, PRETENDIDA A ISENÇÃO DO VALOR DA PENA DE MULTA. ALEGADA FALTA DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS PARA SATISFAZÊ-LA. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. [...] 4. Questões relativas à multa decorrente do tipo penal são afetas ao juízo da execução, que tem melhores elementos para aferir as condições financeiras da acusada. [...]. (TJSC, Apelação Criminal n. 0007504-90.2012.8.24.0067, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 01-03-2018, grifou-se).

No tocante ao pedido de autorização para o trabalho externo, o entendimento não destoa:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. CRIME CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO COMETIDO MEDIANTE PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA, OU POR OUTRO MOTIVO TORPE E PARA ASSEGURAR A EXECUÇÃO, A OCULTAÇÃO, A IMPUNIDADE OU VANTAGEM DE OUTRO CRIME, NA FORMA TENTADA (ARTIGO 121, §2º, I E V C/C ARTIGO 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ARTIGO 344 DO CÓDIGO PENAL). (1) CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE REALIZAÇÃO DE TRABALHO EXTERNO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL. NÃO CONHECIMENTO. (2) PRETENSÃO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO EM FACE DO CRIME DE COAÇÃO. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 243 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRIMES PRATICADOS EM CONCURSO MATERIAL QUE TÊM SUAS PENAS SOMADAS EM VALOR ACIMA DE UM ANO, NÃO PERMITINDO A SUSPENSÃO PRETENDIDA. (3) APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO DA PENA NA METADE EM VIRTUDE DA TENTATIVA. ACUSADO QUE PERCORREU QUASE TODO O ITER CRIMINIS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE FIXOU A REDUÇÃO NO PATAMAR DE 1/3. (4) MODIFICAÇÃO DO REGIME PARA CUMPRIMENTO DA PENA DO FECHADO PARA O SEMIABERTO EM RAZÃO DO TOTAL DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PRÁTICA DE CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. DISPOSIÇÕES DA LEI N. 8.072/1990, ARTIGO 2º, § 1º. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.059731-1, de São José, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 27-07-2010, grifou-se).

## 2 – Do juízo de admissibilidade:

No mais, o recurso preenche os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual é conhecido.

### 3 – Do mérito

#### 3.1 – Do pleito absolutório:

Sem preliminares suscitadas, passo à análise meritória.

A defesa pretende a absolvição do apelante, sob o fundamento, em síntese, de que o conjunto probatório é insuficiente para condenação pelo crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), *in verbis*:

Art. 33 - Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

De pronto, mister tecer algumas considerações acerca do delito em comento.

O tráfico de drogas é crime de ação múltipla ou conteúdo variado, com formas distintas de violação da mesma proibição. Nos termos da doutrina especializada: *“para a ocorrência de adequação típica o sujeito deverá praticar qualquer uma das condutas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”* (SILVA, César Dário Mariano. Lei de Drogas Comentada. 2ª ed. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016, p. 77).

No caso dos autos, o apelante foi denunciado por *“guardar”* e *“trazer consigo”* drogas ilícitas. Quanto às ações nucleares do tipo, a doutrina leciona que guardar *“é o mesmo que manter sob guarda e responsabilidade”*, *ao passo que trazer consigo significa “portar; trazer a droga junto ao corpo, ainda que acondicionada em qualquer*

*compartimento que esteja ao alcance imediato do agente” (MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 96-97).*

Em que pese a tese de defesa, fundada especialmente na fragilidade probatória acerca do delito, o cotejo das provas produzidas nos autos permite que se atribua ao apelante, com segurança jurídica, as ações narradas na denúncia.

A materialidade e a autoria do crime estão consubstanciadas pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 1-2), Boletim de Ocorrência (fls. 3-4), Termo de Exibição e Apreensão (fl. 17), Auto de Constatação Provisório (fl. 18), Laudo Pericial (fls. 70-73) e prova oral produzida (fls. 4-5 e 139).

Por oportuno, é imperioso consignar o teor do Termo de Exibição e Apreensão, Auto de Constatação Provisório e Laudo Pericial, todos acostados aos autos.

No Termo de Exibição e Apreensão, consta que foram apreendidos os seguintes objetos: cerca de 120 gramas de substância semelhante à cocaína, embalada em invólucro de plástico; cerca de 2 gramas de substância semelhante à maconha, na forma de uma bucha; dois aparelhos celulares; e R\$ 97,00 (noventa e sete reais) em espécie (fl. 17).

O Auto de Constatação Provisório confirmou a natureza e a quantidade da droga apreendida: 120 gramas de cocaína e 2 gramas de maconha (fl. 18). Tal informação foi ratificada no Laudo Pericial definitivo n. 9205.17.2675 (fls. 70-73).

Além das informações constantes nos documentos mencionados acima, é preciso apreciar os fatos narrados nos depoimentos do apelante, das testemunhas da defesa e dos Policiais Militares responsáveis pela ocorrência.

Pois bem.



Durante as investigações, na fase indiciária, o apelante exerceu o direito constitucional de permanecer em silêncio (mídia de fl. 28 dos autos originários).

Sob o crivo do contraditório, entretanto, o apelante foi interrogado e deu sua versão a respeito dos fatos expostos na denúncia, negando a traficância. O conteúdo do interrogatório foi transcrito de forma fidedigna na sentença atacada (trecho de fls. 154-155):

“[...] que a droga é do interrogando; que é usuário; que já fez tratamento para o uso de drogas; que nesse dia Mara ligou e pedido para levá-la ao banco para receber um dinheiro; que saiu às 19h da casa de Andressa; que ficou na casa de sua mãe; que combinou com alguns amigos de assar uma carne na casa de Andressa; que faz uns 4 meses que teve uma recaída; que estava comprando droga tudo em peteca, pelo valor de R\$ 50,00; que como recebeu um dinheiro da rescisão do Posto Santa Catarina resolveu comprar essas 120 ou 130 gramas de droga; que comprou por R\$ 1.500,00; que desconhece essas acusações de tráfico; que tem boa índole perante a sociedade; que estava tentando se regenerar; que as acusações são falsas; que não falou nada para os policiais na hora da abordagem pois isso seria usado contra o interrogando; que antes desses fatos os policiais já o abordaram várias vezes; que onde o interrogando estivesse o fariam passar vergonha; que no bar de sua namorando era uma ‘biqueira’ antigamente; que tinha 120 gramas de cocaína e um cigarro de maconha; que usuário não queria estar descendo para comprar fracionado; que a droga estava escondida na marcha do carro; que comprou a droga há uns 15 dias; que como recebeu seu fundo de garantia usou o dinheiro para comprar a droga; que antes de trabalhar de montador de móveis, trabalhava com pintura; que desse pacote que comprou de cocaína já havia consumido; que não sabe preço de droga; que comprou por esse valor pois a droga não era de qualidade; que naquele dia pegou Erick para ir no churrasco na casa de Andressa; que Erick não sabia de nada; que os policiais o abordaram era por volta das 21 horas; que o policial chegou a falar ao réu que o prendeu pois estava em alta velocidade; que no primeiro momento os policiais iriam lhe soltar; que o interrogando não tem carteira de motorista; que o encontraram na 406-H; que não tinha hábito de passar por ali; que ‘biqueira’ é onde se faz o tráfico de

droga; que os policiais que diziam que o bar era uma ‘biqueira’; que às vezes Andressa dormia em sua casa e o interrogando dormia na casa dela; que tem boa convivência com seu padrasto; que essas 120 gramas comprou para usar entre Natal e Ano Novo; que Andressa não sabia que o interrogando usava drogas; que sua mãe sabia que usava drogas; que os policiais foram até a casa de sua mãe mas não revistaram; que nem chegaram a entrar dentro de casa; [...]” (mídia p. 139).

Neste ponto, é preciso ressaltar que a versão da defesa não é amparada, ainda que minimamente, pelos elementos de prova contidos nos autos.

O Juízo de primeiro grau ponderou os fatos narrados pelo apelante. Quanto à afirmativa de que adquiriu a droga com o valor percebido a título de rescisão, o Juiz consignou: *“aduziu que os R\$ 1.500,00 utilizados para comprar drogas seriam fruto de seu trabalho e rescisão do Posto Santa Catarina, mas em nenhum momento comprovou o seu alibi, nem sequer mostrando o recibo de saque do FGTS, como alegou.”* (trecho de fl. 156).

De fato, além de não comprovar a origem da importância utilizada para aquisição da substância ilícita, o apelante também não explicou, de modo razoável, o motivo pelo qual transportava toda droga comprada (de quantidade expressiva) no carro da namorada Andressa – se a ideia era servir-se do entorpecente de forma fracionada, nas festividades de final de ano.

A tese de uso também é rechaçada quando se tem conhecimento da quantidade média de cocaína ingerida por dia pelos usuários. O fundamento da sentença, sobre o assunto, merece ser reproduzido:

[...] Ademais, o réu aduziu que comprou a droga para consumir entre Natal e Ano Novo, para não precisa ‘descer’ e comprar mais. Ocorre que 120 gramas de cocaína, ainda que consumidas em 20 dias, exigiriam o consumo de 6 gramas por dia, o que se mostra extremamente excessivo para uma pessoa só. Com base em estudos da Secretaria

Nacional Antidrogas (Senad), do Ministério da Justiça, da Santa Casa de Misericórdia de Curitiba e da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), um usuário de cocaína pode consumir, por dia, em média, de 0,2 a 3,8 gramas<sup>1</sup>, e ainda que a droga seja de má qualidade, seria praticamente impossível o réu consumir, mais de 4 gramas por dia.<sup>2</sup> (trecho de fl. 155).

Observando o processo, de modo sistêmico, não há como considerar que a droga apreendida era destinada ao uso do apelante.

Por oportuno, destaca-se:

[...] para a configuração do crime de tráfico é irrelevante a ausência do estado flagrantial no tocante a venda de tóxico a terceiros, pois trata-se de crime permanente, onde só a detenção pelo agente da substância proibida, para fins de comércio, basta ao reconhecimento da conduta incriminada no art. 33 da Lei 11.343/2006 (MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 159).

As testemunhas arroladas pela defesa, meramente abonatórias, nada acrescentaram à apuração dos fatos narrados na denúncia, porquanto nenhuma delas presenciou a ocorrência.

A testemunha Lucimara Aparecida Machado por exemplo, aduziu em seu depoimento que não sabia que o apelante possuía envolvimento com drogas, apesar do próprio agente ter admitido no seu interrogatório que é usuário e já foi internado em razão do vício.

Seu depoimento foi transcrito na sentença (trecho de fl. 153):

“[...] que conhece Elton há muito tempo; que no seu bairro todo mundo conhece todo mundo; que nunca soube que Elton vende drogas; que não sabe se Elton tem envolvimento com droga; que soube da prisão dele pois a companheira dele ligou para depoente; que naquela tarde a depoente pediu para ele leva-la até o banco; que Elton passou em sua

2 O estudo mencionado pelo magistrado a quo pode ser lido na íntegra no endereço virtual: <https://oglobo.globo.com/sociedade/estudo-em-cinco-estadosmostra-diferenca-na-quantidade-de-drogas-para-ser-classificadocomo-trafico-17229185>. Acesso em 15/6/2018.

residência e disse que era muito tarde e não poderiam ir, pois já eram 21 horas; que Elton saiu de sua casa e foi para casa dele; que depois de um tempo policiais foram até sua casa; que sua companheira ligou informando que policiais iriam entrar em sua residência pois Elton teria dito que a droga estava escondida lá; que teriam dito que Elton saiu com a droga da casa da depoente; que acha que a policia foi até sua residência uma semana depois da prisão de Elton; que trabalha na empresa Água de Itapema; que sua companheira se chama Viviana; que Elton estava de carro naquele dia; que não sabe se o carro era da companheira de Elton; que era um carro prata; que os policiais revistaram a sua casa; que revistaram seu guarda-roupa e nada foi achada na sua casa; que não apresentaram mandado de busca e apreensão; que mora na rua geral do Sertão do Trombudo; que acha que os policiais ligaram a depoente a Elton pois teria mandado mensagem para ele; que o nome da namorada de Elton é Andressa; [...]" (mídia p. 139).

A testemunha Cleiton Renato Conceição, no mesmo sentido, afirmou que o apelante não é usuário, mas sabe-se que isso não é verdade, porquanto confessado pelo próprio agente.

Vejamos seu depoimento:

"[...] que não presenciou a prisão dos acusados; que Elton trabalhava montando móveis em Tijucas; que Elton morava junto com a mãe dele; que Elton estava sempre na casa de Andressa pois ele estava grávida; que Elton não usa droga; que pode ir até o bairro que vão dizer que ele é trabalhador; que Elton não tem carro; que a namorada de Elton tinha; que não sabe se Elton tem carro que conhece ele andando sempre a pé ou de bicicleta [...]" (mídia p. 139). (trecho da sentença, fl. 153).

Por fim, a testemunha Andressa Sonaglio, namorada do apelante:

"[...] que a boate da rua 462 era da depoente; que não é boate é um bar; que o bar tem Alvará; que o Alvará está no nome do antigo dono; que Elton frequentava a sua casa por a depoente ficou grávida; que estavam namorando há 7 meses; que a Polícia Militar sempre paravam a depoente quando estava de carro; que sempre faziam abordagem no bar; que antigamente tinha problemas no bar; que depois que a depoente assumiu a policia faz abordagens mas nunca encontraram nada de ilícito;

que a depoente tem um Fiat Idea; que tinha há uns 5 meses; que estava no nome do antigo dono, mas a depoente tinha procuração; que quem usava o carro era a depoente e Elton; que Elton trabalha em Tijucas; que no dia que Elton foi preso a policia não esteve no bar; que soube da prisão pela mãe de Elton; que o carro estava com Elton pois ele pediu emprestado para ir até o Sertão tomar um banho; que a depoente pediu para Elton ficar no final de semana com ela; que Mara ligou para Elton levá-la ao banco para receber a pensão da criança; que na segunda-feira tirou o carro e a policia já abordou a depoente; que nunca prenderam ninguém no bar; que fechava o bar às 22 horas; que morava na casa dos fundos; que nem a depoente nem Elton vendiam drogas; que do dia da prisão já tinha o veículo há 5 meses; que já abordaram a depoente em um sábado vindo da igreja; [...]” (mídia p. 139). (trecho da sentença, fl. 154).

Como ressaltado pelo magistrado *a quo*:

[...] as testemunhas apresentadas pelo réu informaram que não sabiam sobre o problema de drogas que ele apresentava. Ocorre que em seu interrogatório ele afirmou ser usuário há um bom tempo, que até já esteve fazendo tratamento em clínicas para dependentes químicos. É no mínimo inusitado que nenhuma dela sabia do uso de drogas pelo réu. (trecho da sentença, fl. 156).

Assim, as testemunhas de defesa não foram capazes de amparar a tese do recurso de apelação, de que o apelante é mero usuário e de que a droga não era destinada à comercialização. Especialmente porque nem sabiam que o acusado é dependente químico.

As testemunhas de acusação, por outro lado, prestaram depoimentos coerentes, em total sinergia com as declarações prestadas na fase policial, senão vejamos.

O Policial Militar Jeferson de Figueiredo, atuante na abordagem do apelante, ratificou em Juízo o depoimento prestado na fase indiciária. Questionado sobre como se deu a ocorrência tratada nesses autos, o agente de segurança pública respondeu:

[...] que Elton tinha uma boate na rua 462; que Elton residia neste

local; que a guarnição recebeu informação de que naquele local estava ocorrendo o tráfico ilícito de entorpecentes, bem como de que o réu Elton entregava a droga de carro; que o réu recebia as encomendas por telefone e combinava um local para entrega; que as informações que tinham é de que a droga não ficava na boate mas no bairro Sertão do Trombudo; que no dia da abordagem de Elton receberam novas informações sobre o tráfico ilícito de drogas; que o depoente ficou de campana; que teve que sair da campana devido a outra ocorrência; que quando passaram novamente pela boate o veículo não se encontrava mais no local; que se deslocaram até o bairro Sertão do Trombudo, rua 406-H; que é uma rua mais escondida; que ficaram de campana ali para tentar abordar o réu Elton; [...] que depois de uns 30 ou 40 minutos visualizaram o veículo e o acompanharam por um certo período; que Elton estava conduzindo o veículo; que abordaram Elton e Erick; que na primeira vistoria nada de ilícito foi encontrado; que encontraram apenas um pouco de maconha; que após uma busca mais detalhada encontraram no câmbio de marcha veículo um pacote de cocaína; que cada grama de cocaína vale R\$ 50,00; que teria mais R\$ 5.000,00 de droga naquele carro; que Erick ficou surpreso e disse que a droga não era sua; que nunca traficou; que só pegou uma carona com Elton; que o carro era de Elton e sua esposa; que as denúncias eram relativas a Elton; que queriam fazer o monitoramento a Elton para saber qual residência no bairro Sertão a droga ficava escondida; que a mãe de Elton morava no Sertão; que se deslocaram até aquela residência e a mãe de Elton autorizou a entrada dos policiais; que devido ao nervosismo da mãe de Elton não revistaram a casa; que não conhecia Erick; que nunca viu Erick com Elton antes; que Elton aduziu que tinha comprado o carro há pouco tempo; que alegou que a droga não era sua; que posteriormente a prisão de Elton se deslocaram até a casa da mãe de Elton; que sua mãe informou que Elton não residia mais com ela; que em outras ocasiões já fizeram abordagem na boate de Elton; que nesse dia não fizeram; que a boate não tinha Alvará; que contra o antigo proprietário já lavraram Termo Circunstanciado; que acredita que Elton não tenha regularizado a situação do Alvará; que com Elton nunca foi encontrado droga; que já prendeu o réu Elton quando ele era menor de idade; que sempre tiveram notícias de Elton era traficante; que sabe que Elton morava na boate; que as buscas foram feitas no mesmo local na rua 406-H; que as campanas eram realizadas próximas a boate; que ficou em

campana com carro descaracterizado próximo a boate; que o veículo Fiat Ideia estava no local; que visualizou o veículo saindo e o acompanhou; que o carro saiu em direção a rua 450; que deu a entender que o réu iria pegar a rua do Sertão do Trombudo; que como o réu passou por um caminho conhecido como ponto de drogas o depoente optou por não segui-lo, já que estava com carro descaracterizado, mas algumas pessoas naquela região já o conheciam; que recebeu chamado para colaborar com uma ocorrência de maior gravidade; que foi atender a ocorrência; que na volta passou novamente pela boate e viu que o carro não estava mais; que se deslocaram até o Sertão; que estava uniformizado em um Carro. (trecho da sentença, fl. 151).

Chama atenção a passagem em que o Policial Militar afirma que cada grama de cocaína custa em média R\$ 50,00 (cinquenta reais). Ora, isso significa que os 120 gramas encontrados na posse do apelante valem cerca de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), o que vai de encontro com a afirmativa do réu, de que a droga teria sido adquirida por apenas R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Salienta-se que os agentes de segurança pública, por atenderem diversas ocorrências semelhantes diariamente, possuem conhecimento básico acerca dos valores das substâncias ilícitas comercializadas.

No mesmo sentido foi o depoimento do Policial Militar Rafael Tridapalli, o qual foi prestado sob o crivo do contraditório e transcrito de maneira fiel pelo magistrado *a quo*:

“[...] que não estava com o policial Jeferson quando ele realizou a campana; que só estava presente na apreensão da droga; que a guarnição recebeu informações de que Elton realizava o tráfico de droga no final da rua 462, onde tinha uma boate; que Elton alugou o local e estava vendendo drogas, cocaína; que as informações eram de que o réu não ficava com a droga na boate; que buscava no Sertão do Trombudo; que nessa data foi realizado um breve monitoramento em que o policial visualizou que o carro de Elton saiu em direção ao bairro Sertão do Trombudo; que o policial que estava monitorando teve que atender outra ocorrência; que depois voltaram para a rua da Sermep; que logo depois

passou o Fiat Idea; que realizaram a abordagem mas não encontraram nada no primeiro momento; que realizaram outra vistoria e encontraram a droga no câmbio de marcha; que naquele momento Elton ficou bem surpreso e até tentou fugir; que no primeiro momento Elton negou a posse da droga; que aquele carro era Elton que utilizava; que a droga vale em média R\$ 6.000,00; que acreditam que Elton estava levando a droga para alguém; que nunca viu Erick; que Erick foi conduzido pois estava junto com Elton; que já prendeu Elton por um homicídio; que recebiam várias denúncias sobre o tráfico com relação a Elton; que não sabe se a boate está aberta; que não sabe quanto tempo tinham a informação de quanto tempo Elton estava como carro; que no mesmo dia se deslocaram até a casa da mãe de Elton; que não conhece Mara; que a Polícia Militar não chegou a passar para Polícia Civil sobre o tráfico naquela rua; [...] que já realizaram a abordagem no bar; que não encontrou droga no bar; que se tivesse encontrado drogas no bar já teria prendido Elton; [...]” (mídia p. 139).

Logo, a versão das testemunhas de acusação dá conta de que a droga apreendida na operação em comento era de propriedade do apelante e destinada à comercialização. Não há fragilidade probatória, no caso.

Salienta-se que os depoimentos prestados pelos Policiais Militares responsáveis pela abordagem são suficientes para sustentar o decreto condenatório, porquanto suas alegações, além de estarem em consonância com as demais provas dos autos, são dotadas de presunção de veracidade e legitimidade:

O testemunho policial goza de presunção de credibilidade. Para restar destituído de valor probante é necessária a demonstração de motivo sério e concreto, não sendo suficiente a mera alegação desacompanhada de elementos de convicção. Não havendo comprovação do ânimo de incriminar o réu, é perfeitamente válido o acréscimo oriundo da prova resultante de depoimentos prestados por agentes policiais. Há presunção *juris tantum* de que agem escorreitamente no exercício de suas funções. (MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 160).



Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS CABALMENTE COMPROVADAS. DECLARAÇÕES DAS TESTEMUNHAS POLICIAIS APRESENTADAS DE FORMA HARMÔNICA E COERENTE. EFICÁCIA PROBATÓRIA QUE SÓ RESTA COMPROMETIDA EM CASO DE MÁ-FÉ. VERSÃO DO RÉU SEM RESPALDO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE COMPROVA A DESTINAÇÃO COMERCIAL DA SUBSTÂNCIA ILÍCITA. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação do réu pela prática de tráfico de drogas. 2. O depoimento prestado por agente policial não pode ser desconsiderado ou desacreditado unicamente por conta de sua condição funcional, porquanto revestido de evidente eficácia probatória; somente quando constatada a má-fé ou suspeita daquele, pois, é que seu valor como elemento de convicção estará comprometido. (Apelação Criminal 2015.045478-0, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 11-8-2015, v.u.).

A Primeira Câmara Criminal desse Tribunal recentemente assim decidiu:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 LEI 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. APELANTE PRESO EM FLAGRANTE APÓS DENÚNCIA ANÔNIMA INDICANDO A PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS QUE INDICAVA A RESIDÊNCIA E AS CARACTERÍSTICAS DO TRAFICANTE. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ OU DE CONTRADITA (ART. 214, CPP). VERSÃO DEFENSIVA CONTRADITÓRIA E ISOLADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...]. Não há falar em absolvição quando o édito condenatório

está baseado na fala coerente dos agentes públicos responsáveis pela diligência, aos quais não foi atribuída má-fé ou oferecida contradita (art. 214, CPP), mormente se os depoimentos judiciais vão ao encontro das demais provas. [...]. Parecer da PGJ pelo conhecimento e desprovimento do recurso. - Recurso conhecido e desprovido. (TJSC, Apelação Criminal n. 0020986-22.2017.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 17-05-2018).

É o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos [...] (STF, HC n. 73.518, Min. Celso de Mello).

Assevera-se, por fim, que a defesa não ofereceu contradita durante a audiência (art. 214 do CPP), bem como não apresentou provas que enfraqueçam a atuação proba dos agentes de segurança pública envolvidos na ocorrência.

Diante do todo exposto, não há falar em insuficiência probatória quanto ao crime de tráfico de drogas, razão pela qual o pleito absolutório não merece prosperar.

### 3.2 – Do pleito pelo reconhecimento do tráfico privilegiado:

O apelante visa, em pedido subsidiário, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O dispositivo acima transcrito é conhecido como “*tráfico privilegiado*”, sobre o qual a doutrina leciona:

[...] O § 4º do artigo 33 prevê a redução da pena dos crimes previstos no seu *caput* e § 1º quando o agente for primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. Faltando qualquer um destes requisitos, a diminuição da pena, que pode ser de um sexto a dois terços, não deverá ser aplicada. Cuida-se de dispositivo que visa beneficiar o pequeno e eventual traficante. O profissional do tráfico e o que teima em delinquir não merece atenuação da pena. [...] Para o Supremo Tribunal Federal a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas, que obstam a aplicação do redutor da pena (RHC nº 94.806/PR, 1ª T., rel. Min. Carmen Lúcia, v.u., j. 03/03/2010). (SILVA, César Dário Mariano. Lei de Drogas Comentada. 2ª ed. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016, p. 103).

Pois bem.

Tendo em vista o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a tese recursal não prospera.

Cotejando os autos, infere-se que a dosimetria da pena realizada pelo magistrado *a quo* não merece qualquer alteração.

O apelante defende que a causa de diminuição deve ser aplicada, porquanto é réu primário, possui bons antecedentes, não se dedica à atividade criminosa e não integra organização criminosa.

De fato, o agente é primário, possui bons antecedentes e não integra organização criminosa. O mesmo não se pode afirmar, todavia,

quanto à dedicação para atividades criminosas, uma vez que é necessário considerar os inquéritos policiais e registros infracionais existentes.

Das certidões de fls. 130-132 depreende-se que o apelante já respondeu pela prática de diversos atos infracionais, inclusive por homicídio. Nos autos n. 0003031-47.2013.8.24.0125, o apelante foi condenado pelo crime de homicídio qualificado, ao cumprimento de medida socioeducativa de internação pelo prazo de até três anos, cuja sentença transitou em julgado após ser confirmada em recurso de apelação (informações à fl. 130). Nos autos n. 0008664-10.2011.8.24.0125, igualmente, o apelante foi condenado pela prática de homicídio simples, ao cumprimento de medida socioeducativa de internação, cuja sentença também transitou em julgado após ser confirmada em recurso de apelação (informação à fl. 130).

Logo, tem razão o magistrado *a quo* na sentença, assim como o Ministério Público nas contrarrazões e o Procurador de Justiça no parecer, de que tais informações levam a crer que o apelante se dedica aos ilícitos penais.

Quanto ao significado da dedicação às atividades criminosas, tem-se a lição de César Dário Mariano da Silva:

Dedicar-se a atividades criminosas pressupõe reiteração de condutas tipificadas como crime, ou seja, habitualidade no cometimento de delitos. Tal circunstância poderá ser demonstrada por meio de folhas de antecedentes criminais, certidões cartorárias, cópias de outros processos, testemunhas, ou seja, qualquer meio hábil a provar a vida criminosa do acusado ou condenado. Como a norma não diz qual espécie de atividade criminosa, poderá ser qualquer uma, desde que, obviamente, não se trate de delitos culposos, que pressupõem ausência de vontade. A norma visa a impedir a redução da pena para aquele que de forma habitual e deliberada pratica qualquer espécie de crime. Com efeito, aquele que faz da vida criminosa seu modo de vida não é merecedor do redutor. (*Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 70, grifou-se).

Assevera-se que a causa especial de redução de pena do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas visa individualizar a reprimenda do agente que “*se inicia no mundo do crime*” (MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: Lei de Drogas*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 145), o que não parece ser o caso do apelante.

É consabido que inquéritos policiais, atos infracionais e ações penais em curso não podem ser utilizados como maus antecedentes na avaliação das circunstâncias judiciais, na primeira fase da dosimetria da pena, nos termos da súmula n. 444 do STJ. Não obstante, perfilha-se do entendimento de que tais fatos podem servir como fundamento para o afastamento do benefício legal em comento.

O autor Gabriel Habib ensina que “*inquéritos policiais e/ou ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a aplicação do privilégio.*” (*Leis Penais Especiais*. Vol. Único. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 696).

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (STJ. 33 Seção. EREsp 1.431.091 -SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 14/12/2016 - Info 596).

E no mesmo viés, a corte catarinense assim decidiu:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS COM ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO EM CONCURSO MATERIAL (LEI 11.343/2006, ART. 33 CUMULADO COM ART. 40, VI, E ART. 35, NA FORMA DO ART. 69 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DAS DEFESAS. [...]. DOSIMETRIA. [...]. TERCEIRA FASE. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART.

40, VI, DA LEI 11.343/2006. INVIÁVEL. COMPROVADO O ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE NA PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS. MENORIDADE CONHECIDA DO AGENTE. ALEGAÇÃO DE ERRO DESPIDA DE PROVAS (CPP, ART. 156). CONCESSÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA DEMONSTRADA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. EXISTÊNCIA DE OUTROS PROCESSOS PELO COMETIMENTO DO COMÉRCIO ESPÚRIO. AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PARA O PATAMAR MÁXIMO AO AGENTE QUE TEVE CONCEDIDO O BENEFÍCIO. NÃO ACOLHIMENTO. FRAÇÃO DE 1/2 (METADE) APLICADA COM BASE NA NATUREZA DA DROGA, NÃO UTILIZADA PARA INCREMENTAR A PENA-BASE. REDUÇÃO PROPORCIONAL E ADEQUADA. [...]. SENTENÇA MANTIDA. [...] - Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “mantida a condenação do agravante pelo crime de associação para o tráfico, fica inviabilizado o pedido de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.” (REsp 1501855/PR, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 16-5-2017, d. m.). - A existência de ação penal em curso pela prática do mesmo crime de tráfico de drogas rechaça a possibilidade de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, porque constitui elemento a evidenciar a dedicação criminosa. - Não há falar em aplicação do patamar de 2/3 para redução da pena por força da concessão da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, quando a utilização da fração de 1/2 (metade) tem fundamento válido na natureza da droga, à luz da sua nocividade, revelando-se adequada e proporcional ao caso concreto. [...]. (TJSC, Apelação Criminal n. 0003116-98.2016.8.24.0037, de Joaçaba, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 19-04-2018, grifou-se).

Portanto, mantem-se incólume a pena imposta no decreto condenatório.

#### 4 – Da imediata execução da pena:

No julgamento do HC 126.292, o plenário do Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento sobre a possibilidade de se executar provisoriamente a pena confirmada em segundo grau de jurisdição, sem ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência, considerando que eventuais recursos cabíveis às Cortes Superiores não se prestam a discutir fatos e provas, mas tão somente matéria de direito.

Nesse viés, aderindo ao entendimento supracitado, comunique-se o juízo de Primeiro Grau, a fim de que providencie o início da execução provisória da pena do apelante.

#### 5 – Do voto:

Ante o exposto, vota-se pelo parcial conhecimento do recurso e, na extensão conhecida, o seu desprovimento. De ofício, determina-se ao Juízo do primeiro grau que, após o esgotamento dos recursos cabíveis neste grau de jurisdição, adote as providências necessárias ao imediato cumprimento da pena.

Este é o voto.

## SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

### Apelação Criminal n. 0004452-71.2015.8.24.0135, de Navegantes

Relator: Des. Sérgio Rizelo

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, I, III E IV) E ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO SEM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE (CP, ART. 125). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO.

1. PROVAS A SEREM EXIBIDAS EM PLENÁRIO (CPP, ART. 479). NULIDADE. 1.1. PRAZO PROCESSUAL (CPP, ART. 798, § 1º). INTIMAÇÃO DA PARTE ADVERSA. CONTAGEM. ABSTENÇÃO DA PRÁTICA DE ATO PROCESSUAL. 1.2. PREJUÍZO. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO JULGAMENTO. CONDENAÇÃO NO SEGUNDO. 2. EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE DA CAUSA. TRIBUNAL DO JÚRI. POSSIBILIDADE DE TÉRMINO DO PROCEDIMENTO EM DATA PRÓXIMA.

1.1. Só podem ser exibidas, durante o julgamento perante o Tribunal do Júri, provas a respeito da qual a parte adversa teve conhecimento com antecedência mínima de três dias úteis, devendo tal prazo ser contado do dia do julgamento (excluído do cômputo) para trás, e é preciso que o ato seja praticado antes desse lapso. Assim, se o julgamento ocorreu na segunda-feira e na sexta-feira antecedente não houve expediente forense, só podem ser utilizados os elementos de prova a respeito dos quais o litigante adverso foi intimado até a segunda-feira anterior ao plenário.

1.2. Constata-se a ocorrência de prejuízo, necessário à anulação do julgamento, se na primeira vez em que o denunciado é julgado pelo Tribunal do Júri ele é absolvido de uma das acusações e, na segunda, com a utilização de elementos probatórios juntados aos autos a destempo e exibidos aos jurados,



ele é condenado.

2. O fato de que o procedimento observado ser relativo a crime de competência do Tribunal do Júri e a complexidade da causa (revelada pelo número de laudos periciais confeccionados) são fatores que tornam razoável a demora na prestação jurisdicional e evitam a configuração de excesso de prazo para formação da culpa se transcorridos cerca de 2 anos e 4 meses desde o início da custódia preventiva, e se existe possibilidade de que o julgamento será realizado em data próxima.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. n. 0004452-71.2015.8.24.0135, da Comarca de Navegantes (Vara Criminal), em que é Apelante R. S. A. e Apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, a fim de reconhecer a nulidade do procedimento e determinar que o Apelante seja submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 15 de maio de 2018, os Excelentíssimos Desembargadores Volnei Celso Tomazini e Norival Acácio Engel. Atuou pelo Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça Paulo de Tarso Brandão.

Florianópolis, 16 de maio de 2018.

Sérgio Rizelo  
PRESIDENTE E RELATOR

## RELATÓRIO

Na Comarca de Navegantes, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra R. S. A., imputando-lhe a prática dos crimes previstos nos arts. 121, § 2º, I, III e IV, e 125, ambos do Código Penal, nos seguintes termos:

Consta dos autos que o denunciado R. S. A. relacionou-se amorosamente com a ofendida F. S. de O. entre os anos de 2014 e 2015, tendo ela descoberto a gravidez de aproximadamente 23,5 semanas no dia 20 de novembro de 2015 (fl. 86), cuja paternidade atribuía ao denunciado.

1. No dia 29 de novembro de 2015, por volta das 21h30min, na Rua Eurico Adam, s/n., Centro, em Itajaí, próximo ao Supermercado Angeloni, o denunciado R. S. A., mediante dissimulação consistente na afirmação que pretendia mostrar algo à ofendida F. S. de O. e à traição da confiança que ela lhe depositava, convenceu a vítima a encontrá-lo no local, ocasião em que ambos embarcaram no automóvel Fiat/Punto Essence, placas MLN-1116, conduzido pelo denunciado, com destino a cidade de Navegantes. Nesta cidade, o denunciado R. S. A. agrediu e asfixiou a vítima F. S. de O., conforme laudo pericial cadavérico de fls. 121/127, causando-lhe a morte e posteriormente abandonando seu corpo na praia, em frente a Avenida Prefeito Cirino Adolfo Cabral, Bairro Meia Praia, Navegantes/SC.

Registre-se, que o crime se deu por motivo torpe, uma vez que o denunciado não aceitava a paternidade e a ofendida se negou a realizar o aborto por ele pretendido.

2. Ao praticar o homicídio, o denunciado R. S. A., agindo com desígnio autônomo porquanto ciente da gravidez da ofendida e mediante a dissimulação, traição e motivo torpe acima descritos, provocou o aborto do feto que era gerado por F. S. de O. sem o consentimento dela, causando o pericimento do feto do sexo masculino, que já alcançava aproximadamente seis meses de gestação (fls. 222-223).

Foi admitida a habilitação de Assistente de Acusação (fl. 300).

Concluída a instrução preliminar, o Doutor Juiz de Direito pronunciou R. S. A. por infração ao disposto nos arts. 121, § 2º, I, III e IV, e 125, ambos do Código Penal (fls. 1.051-1.062).

Com a submissão do Denunciado a julgamento pelo Tribunal Popular, o Magistrado de Primeiro Grau, com fulcro nas respostas dos Senhores Jurados, julgou parcialmente procedente a acusação inicial e condenou R. S. A. a 23 anos e 4 meses de reclusão, inicialmente em regime fechado, pela prática do crime de homicídio qualificado pelo motivo torpe, pela asfixia e pela dissimulação, absolvendo-o da imputação referente ao de aborto provocado por terceiro (fls. 1.653-1.658).

Insatisfeito, R. S. A. deflagrou recurso de apelação. O reclamo foi analisado por esta Câmara em 22.8.17, que decidiu, à unanimidade, provê-lo, a fim de reconhecer a nulidade do procedimento em razão da contradição nas respostas dos jurados e determinar a realização de novo julgamento perante o Tribunal do Júri (deste relator, fls. 1.816-1.826). Tomaram parte na decisão os Excelentíssimos Desembargadores Getúlio Corrêa e Volnei Celso Tomazini.

R. S. A. foi novamente submetido a julgamento pelo Tribunal Popular e o Magistrado de Primeiro Grau, amparado nas respostas dos Senhores Jurados, julgou procedente a acusação inicial e condenou R. S. A. a 30 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado, pela prática dos crimes de homicídio qualificado pelo motivo torpe, pela asfixia e pela dissimulação, e de aborto provocado por terceiro (fls. 2.302-2.309).

Insatisfeito, R. S. A. deflagrou novo recurso de apelação.

Aduz, preliminarmente, que o material juntado pelo Ministério Público antes da sessão de julgamento é extemporâneo, por não ter sido observado o prazo do art. 479 do Código de Processo Penal.

Sustenta, ainda, que a oitiva de L. F. P. e M. L. de A. foi irregular, pois tais pessoas teriam sido arroladas pelo Assistente de Acusação,

personagem processual que, em razão da renúncia ao mandato feita por seu patrono, acabou sem capacidade postulatória. Acrescentou, ainda, que a determinação da oitiva de tais testigos como “testemunhas do Juízo” seria ilegal, porque não foi fundamentada.

Quanto ao mérito, afirma que a decisão foi contrária à prova dos autos, tanto no atinente ao reconhecimento de sua responsabilidade (como autor dos delitos) quanto no tocante às qualificadoras e, sob tal argumento, requer a anulação do julgamento, para que seja novamente submetido ao Tribunal Popular.

Assevera, também, a ocorrência de *reformatio in pejus* indireta, porque a pena do segundo julgamento (cuja realização deveu-se ao provimento de recurso exclusivo da Defesa) foi maior do que aquela imposta na primeira sentença, e insurge-se contra a estipulação da pena-base de ambos os delitos em patamar superior ao mínimo legal.

Protesta, por fim, contra o reconhecimento das agravantes do art. 61, II, “f” e “h”, do Código Penal porque elas não foram suscitadas nos debates orais, e requer, na hipótese de manutenção da condenação, a utilização da fração de 1/12, em detrimento daquela usualmente determinada por esta Corte, para cada circunstância legal ou judicial que incidir no cômputo dosimétrico (fls. 2.334-2.382).

O Ministério Público ofereceu contrarrazões pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (fls. 2.388-2.419).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Genivaldo da Silva, posicionou-se pelo conhecimento e parcial provimento do apelo, apenas no que diz respeito à limitação da reprimenda àquela estabelecida no primeiro julgamento (fls. 2.424-2.448).

Este é o relatório.

## VOTO

O recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

1. E, quanto ao mérito, é digno de provimento, porque a documentação juntada pelo Ministério Público na oportunidade mencionada no art. 479 do Código de Processo Penal não foi apresentada tempestivamente.

1.1. A norma dispõe que “durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte”.

Ainda que o texto mencione que o ato processual a ser executado antes do tríduo é a *juntada* dos documentos, a orientação do Superior Tribunal de Justiça é distinta:

2. O art. 479 do Código de Processo Penal determina que, durante o julgamento, só será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que tenham sido juntados aos autos com a antecedência mínima de 3 dias úteis e com a ciência da outra parte. Este prazo de 3 dias úteis se refere também à ciência da outra parte, ou seja, tanto a juntada aos autos do documento ou objeto a ser exibido quando do julgamento, bem como a ciência desta juntada à parte contrária, devem ocorrer no prazo de 3 dias úteis previsto no art. 479 do Código de Processo Penal (REsp 1.637.288, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 8.8.17).

O fundamento é óbvio: a existência do dispositivo serve para garantir que nenhum litigante seja “surpreendido por ocasião da sessão de julgamento com a apresentação ou leitura de documento cujo teor e autenticidade eram por ela ignorados, impedindo, assim, a pronta e imediata reação” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1.230). A norma, porém, seria inútil se a parte adversa não precisasse ser cientificada a respeito

da documentação, pois a possibilidade de ser surpreendida durante o julgamento remanesceria.

O entendimento é compartilhado por Guilherme de Souza Nucci (*Código de Processo Penal comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 951) e por Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, que afirmam:

Fácil visualizar que há, no caso, exceção à regra geral prevista no art. 231, CPP (“Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo”). Exatamente por isso é que há de se compreender que não só a *juntada*, mas também a cientificação da parte contrária deverá ser realizada dentro do tríduo mínimo previsto em lei. De nada adiantaria haver previsão legal de juntada de documentos no prazo de três dias úteis se a intimação se desse, por exemplo, no dia imediatamente anterior ao julgamento (*Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 963).

É certo que a parte que solicita a juntada não tem ingerência sobre a efetivação da intimação. Se os funcionários do cartório não providenciarem os atos de cientificação do adverso, de nada adianta o protocolo com dez dias de antecedência. Mas a nulidade não é decorrência da *culpa* do litigante que apresenta os elementos probatórios. Ela é consequência do *desbalanço* causado pelo fato de uma parte ignorar prova que deve ser utilizada em Plenário, e do evidente comprometimento ao contraditório daí oriundo. Afinal, ainda menos culpado é o litigante que *não foi informado* a respeito da documentação cujo conteúdo deveria estar preparado para impugnar.

Assim, não basta que a juntada dos documentos seja tempestiva: é necessário que a parte adversa seja cientificada dentro do limite temporal do art. 479 da Lei Adjetiva.

Quanto à contagem do prazo, há certa controvérsia. Guilherme de Souza Nucci diz que se “computa o dia do julgamento” (id., p. 950), Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer afirmam que tal dia deve

ser descartado da contagem (id., p. 963), e Renato Brasileiro de Lima sustenta que “esse prazo de 3 (três) dias úteis deve ser computado a partir da data do julgamento voltando-se no tempo e valendo-se do critério do art. 798 do CPP” (id., p. 1.230).

Apesar das explicações sutilmente divergentes, Guilherme de Souza Nucci e Renato Brasileiro de Lima, ao exemplificar, demonstram que concordam no que concerne ao cômputo: o primeiro assevera que “se [o julgamento] estiver designado para o dia 20, pode o documento ser apresentado, para ciência, à parte contrária até o dia 17” (id., p. 950); e o segundo, que “se o julgamento estiver marcado para o dia 15 (quarta-feira), o documento pode ser juntado aos autos até o dia 10 (sexta-feira)” (id., p. 1.230).

Ambos, porém, parecem considerar adequada a existência de apenas *dois* dias úteis entre a data da apresentação da documentação e a da realização da solenidade.

Não parece ser este o método de contagem mais adequado.

Seguramente, deve ser seguida a orientação do art. 798, § 1º, do Código de Processo Penal (trata-se, afinal, de prazo processual). Mas com duas ressalvas: o *dies a quo*, o início de contagem do prazo, é a *data do julgamento* (apesar de ser evento posterior, cronologicamente falando). Como dia de início da contagem do lapso, ele não pode ser incluído no cálculo.

A outra particularidade é que, diferentemente do usual (em que o prazo é a janela de tempo em que determinado ato processual deve ser *praticado*), o período mencionado no art. 479 do Código Penal indica o lapso em que o ato *não pode* ser efetivado. A norma trata da *antecedência* da apresentação de elementos probatórios, de modo que *entre o ato* e o dia de julgamento é que o tríduo deve estar compreendido.

Esse, inclusive, foi o método de contagem utilizado pelo Superior

## Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.307.166:

3. O prazo estabelecido no art. 479 do Código de Processo Penal (“Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.”) difere bastante dos demais prazos processuais, a começar pelo fato de a contagem ser feita para trás. Além disso, ainda há a peculiaridade de ser contado apenas em “dias úteis”. Outrossim, a parte contrária deve ser imediatamente intimada, de modo a garantir-se-lhe a paridade de armas para o exercício do contraditório. E o mais importante: a regra geral do § 1º do art. 798 (“Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.”) é mitigada, na medida em que o prazo para juntada de documento ou objeto a ser utilizado em julgamento no Plenário do Júri estabelece “antecedência mínima” a ser observada. Concluiu-se, pois, que o prazo em tela estabelece um interstício mínimo entre a juntada de documento ou objeto e a respectiva sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri. Assim, se o julgamento está aprazado para segunda-feira (como no caso), o material deve ser juntado pela parte até a terça-feira da semana anterior, termo final do prazo, de modo a respeitar o interstício mínimo de três dias úteis entre esse ato e o julgamento. Ausência de contrariedade do art. 479 do Código de Processo Penal (Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, j. 27.8.13).

Desta forma, utilizando-se do método de contagem adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.307.166, e considerando-se que o Tribunal do Júri havia sido designado para o dia 11.12.17 (segunda-feira) e que a sexta-feira anterior não é considerada dia útil (8 de dezembro é o Dia da Justiça e não há expediente forense: Lei 1.408/51, art. 5º), o tríduo que deveria anteceder a apresentação dos elementos probatórios (quinta-feira, 7.12.17; quarta-feira, 6.12.17; e terça-feira, 5.12.17) impõe que os documentos, objetos e arquivos multimídia fossem levados ao conhecimento da Defesa no dia 4.12.17, segunda-feira.

Não foi, porém, o que aconteceu. A petição da fl. 1.968, que



acompanhou a entrega, em cartório, dos elementos probatórios que o Ministério Público pretendia utilizar durante o julgamento, foi protocolada apenas em 5.12.17, e ainda que parte dos documentos já tenham sido liberados nos autos na mesma ocasião (fls. 1.969-1.975), o restante (fls. 1.985-2.241) apenas o foi no dia 6.12.17.

Mesmo que se considere que a Defesa teve ciência no *exato momento* em que os documentos foram liberados nos autos, o lapso já havia sido desrespeitado, de forma que entre o conhecimento dos elementos probatórios e a realização do julgamento transcorreu apenas um dia útil (7.12.17, quinta-feira).

A violação ao disposto no art. 479 do Código de Processo Penal, portanto, ocorreu.

1.2. É possível constatar prejuízo a ponto de justificar, pela segunda vez, a determinação de refazimento dos atos.

A aferição da ocorrência de prejuízo não é prescindível. Ainda que se considere que a nulidade é absoluta, a demonstração de reflexo danoso ao acusado é necessária para a anulação do feito (STF, AgRg no ARE 868.516, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 26.5.15; AgRg no RHC 123.890 AgR, Relª. Minª. Cármen Lúcia, j. 5.5.15; STJ, REsp 1.413.215, Rel. Min. Og Fernandes, j. 22.9.15; e HC 261.664, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 15.9.15).

Neste caso, não se pode negar a ocorrência desse malefício.

Destaca-se, inicialmente, que a Defesa insurgiu-se contra a juntada dos documentos *antes* do julgamento (fls. 2.261-2.264) e enquanto a solenidade era realizada, como foi consignado na ata (fl. 2.289). Na ata também foi registrada a utilização da documentação:

Durante a fala da acusação, foram exibidas fotografias e documentos juntados aos autos (fls. 2047 a 2049, 1969, 1971 a 1973), tendo a defesa requerido que esta informação constasse em ata, uma

vez que, ao início da sessão, manifestou-se contrária à juntada de tais documentos, por entender que não houve tempo hábil para sua intimação acerca dos mesmos. [...] Durante a explanação da acusação, foi exibido o vídeo constante à fl. 1980 (20171201\_2000110), o que foi consignado nesta a pedido da defesa, conforme fundamentos do protesto inicial (fls. 2.290-2.291).

Posteriormente, em atendimento a solicitação da Defesa (que havia protestado pela inclusão de tal circunstância na ata, fl. 2.314) e a determinação do Juízo (fl. 2.319), também foi certificada a utilização, durante o julgamento, de um objeto:

Em atendimento à decisão de fl. 2319, certifico que foi utilizada pelo representante do Ministério Público, no plenário da sessão do Tribunal do Júri do dia 11/12/2017, uma boneca representativa do feto da vítima F. S. de O. (fl. 2.327).

A boneca é o objeto trazido aos autos pela Acusação em 5.12.17 (conforme se vê no relatório de carga da fl. 1.986).

Ou seja: não há dúvida acerca da utilização dos documentos pelo Ministério Público, tampouco há incerteza da ocorrência de protestos por parte da Defesa.

De outro norte, como são desconhecidos os elementos que motivaram cada Jurado, individualmente, a decidir sobre a procedência da imputação inicial, não se pode ter certeza a respeito de *qual* prova (ou qual conjunto delas), especificamente, fez com que cada membro do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri pendesse ou contra ele, pois as razões de convencimento dos Jurados não são expostas.

Deve-se, por isso, reputar que os elementos probatórios apresentados ao Conselho de Sentença tiveram, em maior ou menor escala, influência na decisão tomada.

Partindo dessas premissas, é inegável que o Apelante suportou prejuízo. R. S. A. já havia sido submetido a julgamento perante o Tribunal

Popular, e naquela ocasião foi absolvido (ainda que paradoxalmente) da imputação referente ao delito de aborto (fls. 1.653-1.658).

*Desta vez*, o Ministério Público fez uso de fotografias da Vítima enquanto viva (aparentemente, enquanto ainda bebê: fl. 1.969), de um vídeo que retrata as cercanias do local onde o delito foi cometido (arquivo 20171201\_200011, fl. 1.980) e de uma boneca para retratar o feto vitimado em 29.11.15. E, ao final do julgamento, R. S. A. foi condenado pela prática do crime previsto no art. 125 do Código Penal.

Como dito, não se pode aferir, com exatidão, a influência que os documentos tiveram na modificação da decisão. O que se pode ver é que, quando o Recorrente foi julgado e os elementos probatórios não foram utilizados, ele foi *absolvido* de uma das imputações, ao passo que, quando eles foram apresentados ao Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, R. S. A. suportou veredito mais rigoroso. O prejuízo, portanto, é certo.

Ademais, esta Corte já reconheceu a nulidade do julgamento no qual foi utilizada documentação apresentada em desrespeito ao art. 479 do Código de Processo Penal, e isso quando nem existia julgamento anterior para que se traçasse um paralelo a respeito da influência de tais elementos probatórios no júri:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. CÓDIGO PENAL, ART. 121, § 2.º, I E IV, C/C ART. 14, II. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. LEI N. 10.826/03, ART. 12. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR. NULIDADE DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. EXIBIÇÃO, PELO ÓRGÃO ACUSATÓRIO, DE DOCUMENTO AOS JURADOS. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 479 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DOCUMENTO JUNTADO AOS AUTOS DOIS DIAS ANTES DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA ÀS PARTES. CONDENAÇÃO. PREJUÍZO EVIDENCIADO. JULGAMENTO ANULADO. A regra contida no art. 479 do Código de Processo Penal impede a leitura ou exibição de

documento ou objeto que a outra parte não tenha tido ciência por pelo menos 3 dias úteis antes do julgamento pelo Tribunal do Júri. Nesse contexto, há evidente prejuízo ao acusado condenado pelo Conselho de Sentença quando permitida a exibição de documento utilizado para reforçar a tese de autoria delitiva, pelo representante do órgão ministerial, que não obedeceu a essa formalidade, por causar prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, além de ferir a lealdade processual, o que leva à anulação do julgamento realizado (Ap. Crim. 2014.069347-5, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 12.3.15).

A preliminar, portanto, deve ser acolhida, para determinar que R. S. A. seja submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri.

2. Não obstante (e mais uma vez), destaca-se que não há justificativa para a revogação da sua prisão preventiva por excesso de prazo.

R. S. A. está preso desde 8.1.16 (fl. 216). Há mais de 2 anos e 4 meses, portanto. Ainda que, com o resultado do presente julgamento, não haja previsão de *quando* novo julgamento em Plenário ocorrerá, não se cogita que ele deve tardar muito, pois entre a data em que o Juízo de Primeiro Grau recebeu os autos após a apreciação do primeiro apelo (em 1º.11.17, fl. 1.834) e o segundo julgamento em Primeira Instância transcorreu tempo consideravelmente breve, pois a solenidade, como já dito, foi realizada em 11.12.17.

A complexidade do feito também não pode ser ignorada. Trata-se de processo seguramente convoluto, como a própria instrução revela (o laudo cadavérico foi complementado duas vezes; foram realizadas perícias no local do crime, no veículo do Recorrente, em trajes dele e da Vítima, além de exame técnico para procurar a existência de esperma, relatório de dados obtidos nos aparelhos telefônicos dele e em diálogos mantidos pela Ofendida por meio do *Whatsapp*, e cinco exames de comparação de material genético).

Assim, ainda que certos trâmites sejam necessários antes do retorno dos autos ao Juízo de Primeiro Grau, não se vê motivo para, neste momento, reconhecer a ocorrência de constrangimento ilegal.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento do recurso e por seu provimento, a fim de reconhecer a nulidade do procedimento em razão da inobservância do disposto no art. 479 do Código de Processo Penal e determinar que o Apelante R. S. A. seja submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri.

**Apelação Criminal n. 0009679-62.2016.8.24.0020, de Criciúma**

Relator: Desembargador Volnei Celso Tomazini

APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO (ART. 157, §3º, PARTE FINAL DO CP). OCULTAÇÃO DE CADÁVER (ART. 211 DO CP). CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B DO ECA). DANO QUALIFICADO (ART. 163, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DEFENSIVOS.

PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO NA FRAGILIDADE PROBATÓRIA. TESE NÃO ACOLHIDA. RÉUS E ADOLESCENTE QUE, COM O INTUITO DE SUBTRAIR O AUTOMÓVEL DA VÍTIMA, EM COMUNHÃO DE ESFORÇOS E UNIÃO DE DESÍGNIOS, AJUSTARAM A PRÁTICA DO DELITO DE LATROCÍNIO. NA DATA ACORDADA, ATRAÍRAM A VÍTIMA, DESFERIRAM GOLPES COM GARRAFAS NA SUA CABEÇA E, COM O USO DE UMA FACA, DEGOLARAM-NÁ, CAUSANDO-LHE A MORTE. SEGUIDAMENTE, OCULTARAM O CADÁVER, COM O PROPÓSITO DE ASSEGURAR A IMPUNIDADE DO DELITO. VERSÕES DOS CORRÉUS CONTRADITÓRIAS E DISSOCIADAS DOS DEMAIS TESTEMUNHOS COLHIDOS, ESPECIALMENTE DOS POLICIAIS CIVIS RESPONSÁVEIS PELAS INVESTIGAÇÕES E DA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DE UM DOS RÉUS, CONSIDERADO O MENTOR INTELECTUAL DA AÇÃO DELITIVA. ADEMAIS, DECLARAÇÕES UNÍSSONAS DA ADOLESCENTE, EM AMBAS AS ETAPAS PROCEDIMENTAIS, CUJO CONTEÚDO EVIDENCIA A RESPONSABILIDADE DE TODOS OS ACUSADOS NA EXECUÇÃO DA EMPREITADA CRIMINOSA. PROVAS SUFICIENTES PARA CONVENCER SOBRE A AUTORIA DELITIVA. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL QUE DISPENSA A COMPROVAÇÃO

DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO ADOLESCENTE.  
CONDENAÇÕES MANTIDAS.

PLEITO SUBSIDIÁRIO. REQUERIDO O RECONHECIMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA (ART. 29, §1º, DO CÓDIGO PENAL). INVIABILIDADE. ATUAÇÃO DECISIVA NO CRIME. ADESÃO AO PLANO CRIMINOSO, CONTRIBUIÇÃO NA ABORDAGEM E NA POSSE DO OBJETO QUE SERVIU PARA GOLPEAR A VÍTIMA. RELEVÂNCIA DA CONDUTA PARA O ÊXITO DO EVENTO CRIMINOSO.

DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. RECONHECIMENTO DAS AGRAVANTES DE EMBOSCADA E DE SE TRATAR UM DOS RÉUS DE MENTOR INTELECTUAL. APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 1/6 (UM) SEXTO PARA CADA VETOR DE AUMENTO. ALEGADO DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. FRAÇÃO UTILIZADA QUE ESTÁ EM CONSONÂNCIA COM AQUELA COMUMENTE ADOTADA NOS JULGADOS DESTA CORTE. MANUTENÇÃO DA REPRIMENDA QUE SE IMPÕE.

DANO QUALIFICADO. SÚPLICA DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DO DOLO. UM DOS RÉUS QUE ADQUIRIU O VEÍCULO DA VÍTIMA, SEM CIÊNCIA DA ORIGEM ILÍCITA E, AO DESCOBRIR QUE SE TRATAVA DE PRODUTO DE CRIME, ATEOU FOGO NO BEM. APELANTE QUE FOI ABSOLVIDO DA PRÁTICA DO CRIME DE RECEPÇÃO SIMPLES. PARTICULARIDADE QUE REFORÇA A CONDIÇÃO DE LEGÍTIMO PROPRIETÁRIO DO AUTOMÓVEL. RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA, PORQUE O DANO FOI CAUSADO EM BEM PRÓPRIO. RECURSO DO CORRÉU PROVIDO, PARA DECRETAR A ABSOLVIÇÃO, NOS MOLDES DO ARTIGO 386, INCISO III, DO CPP.

RECEPTAÇÃO SIMPLES. ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO NA AUSÊNCIA DE PROVAS (ART. 386, INCISO VII, DO CPP). REQUERIDA A DECLARAÇÃO DE QUE O FATO NÃO CONSTITUIU INFRAÇÃO PENAL, NOS TERMOS DO ART. 386, INCISO III, DO CPP. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PROVAS QUE EVIDENCIAM A TRANSAÇÃO DE COMPRA E VENDA DO AUTOMÓVEL. CONDUTA TÍPICA. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO NÃO CONHECIDO NO PONTO.

POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA, DE ACORDO COM A ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA QUE PERMITE O IMEDIATO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0009679-62.2016.8.24.0020, da comarca Criciúma 2ª Vara Criminal em que são Apelantes Juliano Ronchi Ribeiro e outros e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer e desprover o recurso interposto por Juliano Ronchi Ribeiro, Thatyene Cardoso Rocha e Matheus Euzébio Rocha; conhecer parcialmente do recurso interposto por Maicon Moro de Bona e, nessa extensão, prover parcialmente para, no tocante ao delito de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, inciso II, do CP), decretar a absolvição, com fundamento no artigo 386, inciso III, do CPP. De ofício, encaminhar cópia deste acórdão à comarca de origem, para que se expeçam os documentos necessários à execução da pena imposta aos acusados, se tal providência ainda não houver sido tomada. Custas legais.



Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Rizelo (Presidente) e Des. Salete Silva Sommariva. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto Speck.

Florianópolis, 10 de abril de 2018.

Desembargador Volnei Celso Tomazini  
Relator

## RELATÓRIO

O representante do Ministério Público, no uso de suas atribuições legais, ofereceu denúncia contra Thatyene Cardoso Rocha, Matheus Euzébio Rocha e Juliano Ronchi Ribeiro, pela prática, em tese, dos crimes descritos no art. 157, § 3º, *in fine*, art. 211 e art. 347, todos do Código Penal, e do crime descrito no art. 244-B, da Lei n. 8.069/90; contra Henrique Ramos Frigo, pela prática, em tese, do crime descrito no art. 180, § 1º, do Código Penal; e contra Maicon Moro de Bona, pela prática, em tese dos crimes descritos no art. 180, *caput*, e art. 163, parágrafo único, inciso II, todos do Código Penal, em razão dos seguintes fatos:

### 1º Fato – Latrocínio.

Consta do caderno indiciário que em meados do mês de outubro deste ano, os denunciados Juliano Ronchi Ribeiro, Matheus Euzébio Rocha e Thatyene Cardoso Rocha, juntamente com a adolescente S.N.M., alugaram uma residência localizada na Rua Itaiópolis, n. 135, Bairro Nossa Senhora da Salete, Criciúma/SC, local este onde todos passaram a morar, sendo que nenhum dos quatro moradores possuía

emprego ou mesmo outra fonte de renda para custear as despesas.

Deste modo, visando conseguir dinheiro, lograram os denunciados citados e a adolescente, todos em comunhão de esforços e vontades com finalidade única, tramar contra a vítima Edes Teodoro dos Santos, pessoa com quem a adolescente S.N.M. mantinha contato há certo tempo, sabedores que eram que Edes possuía um automóvel VW/Parati.

Dando início ao plano para atrair Edes até a morada com a finalidade de roubar-lhe o automóvel e qualquer outro bem ou dinheiro que levasse consigo, no dia 10 de novembro de 2016, a adolescente S.N.M. entrou em contato via telefone com Edes, chamando-o para sair, o fazendo em razão da determinação de Juliano e contando com a aquiescência de Matheus e Thatyene, tendo Edes respondido que retornaria à cidade de Criciúma cerca de três dias depois.

Frisa-se, ademais, que Matheus e Thatyene, além de S.N.M., eram sabedores da intenção de Juliano em matar Edes para que não fossem reconhecidos pelo roubo que pretendiam, tendo todos aderido de forma irrestrita ao latrocínio planejado por Juliano, cada um dos denunciados citados exercendo uma função no ataque latrocida.

Assim é que no dia 13 de novembro de 2016, por volta das 22h, Edes foi ao encontro de S., tendo chegado na residência localizada na Rua Itaiópolis, n. 135, Bairro Nossa Senhora da Salete, Criciúma/SC, conduzindo seu automóvel VW/Parati Surf, placas IOS 9060.

Lá chegando, enquanto Juliano, Matheus e Thatyene aguardavam, escondidos, fora da residência, S.N.M. pediu que Edes entrasse e a aguardasse, visto que estaria em seu quarto vestindo uma calça.

Ato contínuo, Thatyene também entrou no quarto e ali manteve-se trancada com a adolescente, enquanto Juliano e Matheus, ambos na posse de uma garrafa de vidro cada um, entraram e abordaram Edes na sala da residência.

Sem que a vítima pudesse esboçar qualquer movimento, Juliano desferiu um golpe com a garrafa que segurava contra a cabeça de Edes, tendo em seguida desferido outro golpe com a garrafa que Matheus segurava. Após breve reação de Edes, Juliano dominou-o com um golpe

“chave de braço”, tendo pego uma faca e cortado o pescoço de Edes, ferimento que foi causa eficiente de sua morte, tal como atesta o laudo pericial – exame cadavérico de fls. 268-270.

Enquanto Juliano executava diretamente as ações que culminaram com a morte de Edes, Matheus observava e dava a devida guarida para que nada saísse errado, mesma função executada por Thatyene.

Toda a ação descrita, praticada mediante extrema violência contra a vítima e que resultou em sua morte, teve como finalidade assegurar a subtração do automóvel VW/Parati placas IOS 9060, um telefone celular marca Samsung e o valor de R\$ 30,00 (trinta reais).

No decorrer das investigações, a faca utilizada para o crime foi apreendida na residência onde o crime ocorreu, assim como o telefone celular, apreendido em poder da adolescente (termo de apreensão de fls. 225).

Já o veículo VW/Parati foi localizado, incendiado, em data de 24 de novembro, na cidade de Meleiro (boletim de ocorrência de fls. 272-282), sendo, então, apreendido (termo de apreensão de fls. 283).

#### 2º Fato – Ocultação de Cadáver.

Momentos após a consumação do latrocínio, os denunciados Juliano Ronchi Ribeiro, Matheus Euzébio Rocha e Thatyene Cardoso Rocha, juntamente com a adolescente S.N.M., acharam por bem livrar-se do corpo da vítima Edes Teodoro dos Santos.

Assim é que os denunciados citados, ajustados e em comunhão de esforços, enrolaram o corpo da vítima em um cobertor e depositaram-no no porta-malas do veículo VW/Parati, saindo os quatro nominados na busca de um local onde pudessem “desovar” a vítima, o que lograram fazer ao ocultar o corpo de Edes em local de pouco acesso, localizado próximo ao prédio da CASAN, na Avenida Aristides Bolan, Bairro Napolini, Criciúma/SC, sendo o corpo descoberto apenas em razão da indicação da adolescente S.N.M. em data de 19 de novembro de 2016 (boletim de ocorrência de fls. 47-49).

#### 3º Fato – Fraude processual.

Não obstante, após a ocultação do corpo da vítima, os denunciados Juliano Ronchi Ribeiro, Matheus Euzébio Rocha e Thatyene Cardoso Rocha, juntamente com a adolescente S.N.M., inovaram artificialmente o estado de lugar com a finalidade de induzir a erro o perito, consistente também em produzir efeito em processo penal, ainda que não tivesse sido iniciado.

Para tanto, os quatro nominados promoveram verdadeira faxina no local onde Edes foi morto, visando extrair toda e qualquer marca de sangue ou menção que tenha por ali passado, inclusive escondendo as roupas manchadas de sangue que usavam e cacos das garrafas utilizadas para golpear a vítima em sacos, que foram posteriormente localizados no forro de uma edícula nos fundos da residência (termo de apreensão às fls. 275).

#### 4º Fato – Corrupção de Menores.

Por fim, os denunciados Juliano Ronchi Ribeiro, Matheus Euzébio Rocha e Thatyene Cardoso Rocha corromperam a adolescente S.N.M. a com eles praticar as infrações penais descritas nos itens 1, 2 e 3.

#### 5º Fato – Receptação Qualificada.

Na posse do automóvel VW/Parati subtraído, o denunciado Juliano Ronchi Ribeiro passou a tentar vender o bem.

Deste modo, no dia 17 de novembro de 2016, por volta das 21 horas, o denunciado Juliano, possivelmente acompanhado do denunciado Matheus, dirigiu-se até as proximidades do Hotel Bormon, na cidade de Nova Veneza, local onde encontraram-se com o denunciado Henrique Ramos Frigo.

No local, o denunciado Henrique, sabedor que era da origem ilícita do bem, adquiriu o automóvel em proveito próprio, no exercício de atividade comercial, vez que proprietário de uma revenda de automóveis, pela ínfima quantia de R\$ 800,00 (oitocentos reais), embora o automóvel estivesse avaliado em R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais – termo de avaliação de fls. 284)

#### 6º Fato – Receptação.

Não obstante, na mesma noite, na cidade de Nova Veneza, em local não indicado, o denunciante Maicon Moro de Bona, também sabedor que era da origem ilícita do bem, adquiriu o automóvel VW/Parati de Henrique em proveito próprio, desta vez pela quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), embora o automóvel estivesse avaliado em R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais – termo de avaliação de fls. 284).

#### 7º Fato – Dano Qualificado.

Por fim, após tomar conhecimento via internet que o automóvel que havia receitado pertencia a uma vítima de latrocínio, o denunciado Maicon Moro de Bona, achou por bem livrar-se do veículo.

Assim é que, em data de 23 de novembro de 2016, durante a madrugada, Maicon conduziu o automóvel até uma estrada rural em local conhecido como Morro do Bodoque, na cidade de Meleiro/SC, local onde utilizou-se de substância inflamável (gasolina) para atear fogo no veículo, inutilizando o bem (boletim de ocorrência de fls. 276-282).

Recebida a denúncia (fls. 321/322), citados, os réus apresentaram respostas às acusações (fls. 428/429, 437/440, 458/465 e 469/470). O processo foi devidamente instruído, com a inquirição de testemunhas e o interrogatórios dos réus (audiovisual - fls. 552/553, 640-641 e 741).

Apresentadas as alegações finais, a Magistrada julgou parcialmente procedente a denúncia, para:

I – Dar o acusado JULIANO RONCHI RIBEIRO como incurso nas sanções do artigo 157, § 3º, última parte, do Código Penal, CONDENANDO-O ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente atualizado; como incurso nas sanções do artigo 211 do CP, CONDENANDO-O ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 01 (um) ano de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente atualizado; como incurso nas sanções do artigo 244-B do ECA, CONDENANDO-O ao cumprimento de pena de 01 (um) ano de

reclusão, em regime semiaberto.

II – Dar o acusado MATHEUS EUZEBIO ROCHA como incurso nas sanções do artigo 157, § 3º, última parte, do Código Penal, CONDENANDO-O ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 20 (vinte) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente atualizado; como incurso nas sanções do art. 211 do CP, CONDENANDO-O ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 01 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente atualizado; como incurso nas sanções do artigo 244-B do ECA, CONDENANDO-O ao cumprimento de pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto.

III – Dar a acusada THATYENE CARDOSO ROCHA como incurso nas sanções do artigo 157, § 3º, última parte, c/c art. 29, § 1º, ambos do Código Penal, CONDENANDO-A ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 13 (treze) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 06 (seis) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente atualizado; como incurso nas sanções do art. 211 do CP, CONDENANDO-A ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 01 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário vigente à época dos fatos, devidamente atualizado; como incurso nas sanções do artigo 244-B do ECA, CONDENANDO-A ao cumprimento de pena de 01 (um) ano de reclusão, em regime aberto.

IV – Dar o acusado MAICON MORO DE BONA como incurso nas sanções do artigo 163, parágrafo único, inc. II, do Código Penal, CONDENANDO-O à pena de 06 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo unitário. A pena corporal é substituída por 10 (dez) dias-multa, totalizando a reprimenda 20 (vinte) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na época dos fatos, devidamente atualizado.

V – ABSOLVER os acusados Juliano Ronchi Ribeiro, Matheus Euzébio Rocha e Thatyene Cardoso Rocha, da imputação da prática do

crime previsto no art. 347 do Código Penal, com fulcro no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal;

VI – ABSOLVER o acusado MAICON MORO DE BONA da imputação da prática do crime previsto no art. 180, caput, do Código Penal, com fulcro no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal.

VII - ABSOLVER o acusado HENRIQUE RAMOS FRIGO, da imputação da prática do crime previsto no art. 180, § 1º, do Código Penal, com fulcro no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal. (fls. 950-952).

Inconformados, os réus interpuseram recurso de apelação.

Thatyene e Matheus alegaram, em síntese, inexistência de provas sobre a adesão à conduta de Juliano, tampouco sobre a contribuição para a realização do intento criminoso. Subsidiariamente, Matheus postulou o reconhecimento da participação de menor importância, com a consequente diminuição da reprimenda, nos moldes do artigo 29, § 1º, do Código Penal.

Relativamente ao crime de latrocínio, Juliano pugnou pela redução do *quantum* de aumento referente às agravantes de ‘emboscada’ e da condição de ‘mentor intelectual’, porque a fração de 1/6 (um sexto) para cada uma delas, revela-se desproporcional (fls. 1022-1034).

Por sua vez, Maicon requereu a absolvição do crime de dano qualificado, sob o argumento de que *“não teve vontade e consciência - dolo - em danificar completamente o veículo. Buscava, por medo e angústia, isentar qualquer responsabilização de seus familiares, destruindo impressões digitais, ao descobrir o grave crime praticado que estava relacionado ao carro que teria adquirido licitamente”*. Suplicou, ainda, que a absolvição do delito de receptação simples seja declarada por fundamento diverso, qual seja, *“que o fato não constitui infração penal”*. (fls. 1006-1018).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 1038-1065), os autos ascenderam

a esta Corte e, com vista, a Procuradoria de Justiça Criminal, por meio do Procurador de Justiça Raul Schaefer Filho, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, somente para prover o apelo do réu Maicon Moro de Bona (fls. 1093-1107).

É o relatório.

## VOTO

Conforme consta na denúncia, em suma, no mês de outubro de 2016, Juliano Ronchi Ribeiro, Matheus Euzébio Rocha e Thatyene Cardoso Rosa (réus – apelantes), em companhia da adolescente S. N. M, alugaram um imóvel para moradia, apesar de nenhum dos indivíduos possuir emprego fixo ou fonte de renda para custear as despesas da casa.

Sendo assim, visando obter dinheiro, os réus e a adolescente atraíram a vítima Edes Teodoro dos Santos - pessoa com quem S.N.M. mantinha contato a certo tempo -, sabedores de que Edes era proprietário do automóvel VW/Parati.

Para tanto, após a adolescente convidar Edes para um encontro (contato realizado por meio de telefone), no dia 13 de novembro de 2016, a vítima se deslocou até a residência.

No local, enquanto a adolescente e Thatyene permaneceram trancadas no quarto, Juliano e Matheus, cada qual na posse de uma garrafa de vidro, abordaram a vítima na sala do imóvel.

Sem que Edes pudesse esboçar qualquer reação, Juliano desferiu um golpe com a garrafa contra a cabeça da vítima, tendo logo em seguida desferido outro golpe com a garrafa que Matheus segurava.

Após breve reação de Edes, Juliano, munido de uma faca, cortou o pescoço da vítima, ferimento que foi a causa da morte, conforme atestou



o laudo pericial cadavérico de pp. 268/270.

De acordo com a denúncia, enquanto Juliano executava as ações, ao réu Matheus competia garantir o sucesso da empreitada criminosa, mesma função de Thatyene.

Seguidamente, Juliano, Matheus, Thatyene e S.N.M ocultaram o corpo da vítima em local de pouco acesso, que somente foi localizado após indicação da adolescente, na fase investigativa.

Por tais fatos, os réus Juliano e Matheus foram condenados pela prática do crime de latrocínio (art. 157, § 3º, última parte, do Código Penal) e a ré Thatyene pela prática do crime de latrocínio com participação de menor importância (art. 157, § 3º, última parte, c/c art. 29, § 1º, ambos do Código Penal). Os réus Juliano, Matheus e Thatyene também foram condenados pela prática dos crimes de ocultação de cadáver (art 211, do Código Penal) e corrupção de menores (art. 244-B do ECA).

O réu Maicon foi condenado pela prática do delito de dano qualificado pelo emprego de substância inflamável (art. 163, parágrafo único, inciso II, do Código Penal).

Irresignados, os réus interpuseram recursos de apelação, cujos pleitos serão analisados separadamente.

Pedido de absolvição formulado pelos réus Matheus Euzebio Rocha e Thatyene Cardoso Rocha e reconhecimento da participação de menor importância.

Os réus Matheus e Thatyene alegaram ausência de provas para embasar a condenação. A defesa sustentou, em resumo, que *“o crime ocorreria - e ocorreu - sem a intervenção deles, mesmo porque, conforme exaustivamente comprovado no processo, foram Juliano e S. que seduziram a vítima, ainda que disso soubessem Thatyene e Matheus”* (fl. 1030).

Em que pese os argumentos defensivos, as provas produzidas demonstram que os réus praticaram os crimes que lhes foram imputados. Explica-se.

A ré Thatyene Cardoso Rocha negou sua colaboração no planejamento ou na execução do delito e, à autoridade policial, contou:

Que a interroganda é amiga de JULIANO desde o mês de março do corrente ano, enquanto S.N.M. conhece há aproximadamente um ano e MATHEUS a pouco tempo, aproximadamente dois meses; QUE pelo que sabe EDES dava em cima de S.N.M. há bastante tempo; QUE lembra-se que no dia dos fatos, isto é, no dia 13.11.2016, estava em um parque, juntamente com S.N.M., na parte da tarde; QUE por volta das 21h, chegou em casa com S.N.M., sendo que JULIANO pediu a S.N.M. que ligasse para EDES; QUE JULIANO disse para S.N.M. “liga para EDES, convida ele a vir aqui, diz que tu tá sozinha”; QUE dias antes dos fatos JULIANO disse “eu não quero duques (pessoas que dão em cima de mulheres), em casa”; QUE JULIANO também disse “eu vou dar uma lição nesse cara”, referindo-se a EDES; Que na noite dos fatos, S.N.M. ficou na casa da frente, enquanto a interroganda, JULIANO e MATHEUS ficaram na casa dos fundos; QUE quando EDES chegou na casa da frente e foi conversar com S.N.M., a interroganda entrou e ficou no quarto com S.N.M.; Que naquele momento entraram na casa da frente também JULIANO e MATHEUS, sendo que JULIANO golpeou EDES com duas garrafas e depois com uma faca, que foi passada no pescoço da vítima; QUE EDES morreu em consequência dos golpes, no local dos fatos; QUE logo em seguida, utilizando-se do veículo de EDES, o grupo levou ele até o morro da TV, local onde o corpo foi desovado; QUE não pretendia matar a vítima e nem participou da execução, foi somente JULIANO quem matou; QUE sobre o veículo e peças comercializadas, nada sabe. (fls. 34 e 35 – grifou-se)

Na fase instrutória, apresentou a seguinte versão dos fatos:

Que na época morava com Matheus e Juliano na casa. Que considerava Juliano como um pai. Que Matheus era seu amigo. Que S.N.M. também morava na casa. Que foi morar com eles dois meses antes dos fatos. Que nenhum morador tinha emprego fixo. Que a acusação não

é verdadeira. Que estava no Parque das Nações na companhia de S.N.M. e de uma amiga. Que o chip de celular que utilizava estava no aparelho celular desta amiga. Que Juliano ligou e pediu para irem para a casa porque um amigo dele estava indo para a residência. Que não sabia quem era o tal amigo. Que ao chegar em casa Juliano pediu para a interroganda e Matheus irem para atrás da edificação. Que como tinha Juliano como pai, obedeceu. Que quando o “cara” chegou na casa S.N.M. abriu a porta para ele. Que então Juliano abriu a porta de trás da casa. Que não sabia que era EDES que estava para chegar. Que foi Juliano que falou com EDES pelo celular coletivo que usavam na casa. Que Juliano sabia que EDES “dava em cima” de S.N.M. Que S.N.M. também não sabia que EDES chegaria. Que antes disso estavam no Parque das Nações. Que assim que a porta foi aberta, entrou na casa com Juliano e Matheus, mas permaneceu trancada dentro do quarto com S.N.M. Que Juliano em nenhum momento disse que daria um susto em EDES. Que foi “jogada dentro do quarto pelo Juliano”. Que nesse momento S.N.M. estava dentro do quarto trocando de roupa. Que ficaram trancadas no quarto. Que a partir daí não sabe mais nada do que aconteceu. Que foi chaveada dentro do quarto com S.N.M. Que as janelas do cômodo estavam trancadas. Que ouviu gritos e barulho de socos. Que Matheus ficou fora do quarto com Juliano. Que não sabe se ambos foram ao encontro de EDES, pois não viu. Que ouviu barulho de uma garrafa. Que depois ouviu o barulho de um carro saindo. Que então Matheus falou que Juliano havia saído sem informar seu destino. Que depois de uma hora e meia Juliano apareceu e abriu a porta do quarto. Que até então Matheus não havia contado nada para a interroganda e S.N. Que Matheus disse que não poderia contar nada porque tinha sido ameaçado. Que não tinham medo de Juliano. Que até a chegada de Juliano Matheus também não conseguia sair de dentro da casa, pois estava fechada. Que Matheus ficou meia hora falando com a interroganda e S.N.M. pela porta do quarto. Que após Juliano abrir a porta a interroganda viu o sangue espalhado pela sala e perguntou o que tinha acontecido. Que Juliano falou que tinha matado o cara “porque ele dava em cima da de menor e daí ele queria proteger”. Que segundo Juliano, “ele não ia matar o cara na hora, ele falou pra mim depois que não ia matar, ia dar só um susto, só porque o cara veio pra cima e ele pegou a faca sem querer e começou a esfaquear o cara.” Que depois, como moravam na casa, foram obrigados por Juliano a limpar o

local. Que caso não limpassem, não teriam mais onde morar. Que quem limpou a cena foi a interroganda, S.N.M. e Matheus. Que não tinha medo de Juliano, mas obedecia ele porque o considerava como um pai. Que Juliano voltou a pé. Que não sabe como Juliano voltou para casa. Que após limparem o local “a vida seguiu normal”. Que continuaram a fazer festas. Que ninguém se abalou pelo com o acontecido [...] Que estava a todo momento trancada no quarto. Que não ajudou a carregar o corpo da vítima porque estava trancada no quarto [...]” (transcrito da sentença – fls. 914-915 – grifou-se).

O réu Matheus Euzébio Rocha, por sua vez, na etapa policial negou a prática delitiva, nestes termos:

QUE o interrogando é amigo de JULIANO há aproximadamente três meses; QUE S.N.M. conhece há mais tempo e THATYENE também conhece a pouco tempo; QUE é filho da proprietária do imóvel, locado por JULIANO, sendo que morava naquele local com ele S.N.M. e THATYENE; QUE não conhecia a vítima antes dos fatos; QUE sobre os fatos, tem a dizer que sabe que S.N.M. foi quem ligou para EDES, para ir até o local dos fatos; QUE JULIANO foi quem pediu para S.N.M. ligar, dizendo “vou fazer um latrocínio contra esse cara”; QUE quando EDES chegou na casa, por volta das 21h, do dia 13.11.2016, S.N.M. estava na casa, sendo que o interrogando, THATYENE e JULIANO, estavam em outra casa nos fundos do mesmo terreno; QUE assim que EDES entrou na casa o grupo que estava na casa dos fundos foi até a casa da frente; QUE JULIANO, sem conversar com EDES, golpeou ele com uma garrafada na cabeça; QUE o interrogando estava com outra garrafa na mão, com o objetivo de também golpear EDES, porém não teve coragem; QUE então JULIANO pegou a garrafa de mão do interrogando e golpeou EDES; QUE EDES tentou reagir, tendo tanto ele quanto JULIANO caído ao chão; QUE nesse momento JULIANO deu uma chave de pescoço na vítima, sendo que logo em seguida o interrogando, JULIANO, S.N.M. e THATYENE, utilizando-se do veículo de EDES, o transportaram até uma rua que dá acesso ao morro da TV, local onde “desovaram o corpo”; QUE retornaram para casa com o veículo da vítima, tendo JULIANO pedido ao interrogando que levasse o veículo até um posto de combustível abandonado, localizado no bairro Próspera; QUE então o interrogando

levou o veículo até aquele local, sendo que quando chegou em casa notou que JULIANO, THATYENE E S.N.M. já haviam lavado o chão, local onde a vítima foi golpeada, que estava sujo de sangue; QUE não participou da venda das peças do veículo subtraído, foi JULIANO quem fez tudo isso; QUE na data de hoje, por volta das 14h, JULIANO saiu de casa, dizendo “se vier alguém aí não reage”; QUE JULIANO não disse para onde ia; QUE ainda na data de hoje, quando policiais civis estiveram em sua casa, mostrou o local onde a vítima foi morta; QUE não pretendia matar EDES, a iniciativa da morte foi de JULIANO, unicamente; QUE quando JULIANO pediu para S.N.M. ligar para EDES, o convidando a ir até a casa, disse que “pretendia fazer um latrocínio com ele”; QUE naquele momento em que JULIANO disse aquilo, estavam presentes na casa tanto o interrogando, quanto THATYENE e S.N.M.; QUE nunca foi preso ou processado criminalmente; QUE S.N.M. e THATYENE, no momento em que a vítima foi atacada ficaram no quarto da casa; QUE além do veículo foi subtraído dinheiro de EDES, que estava no bolso dele e um celular; QUE esclarece que não ficou com nenhum dos pertences da vítima; QUE havia uma caixa de som no veículo da vítima, também vendida por JULIANO, dois dias após os fatos; QUE no momento da venda o interrogando, THATYENE e S.N.M. permaneceram trancados em casa, no quarto, enquanto JULIANO, que estava na casa dos fundos, fez a entrega da caixa à uma pessoa que o interrogando não viu. (fls. 36-37 – grifou-se).

Na fase judicial, igualmente negou o cometimento do delito, atribuindo ao réu Juliano a ação delitiva:

Que estava morando com Juliano, Thatyene e S.N.M. Que não confirma os fatos narrados na denúncia. Que no dia do ocorrido estava em casa dormindo, enquanto que S.N.M. e Thatyene não estavam no local. Que foi Juliano quem chamou EDES se passando por S.N.M. Que o interrogando não sabia de nada. Que quando já era noite Juliano ligou para as meninas e pediu para que elas voltassem para casa. Que S.N.M. havia reclamado que EDES estava lhe assediando. Que todos consideravam Juliano como um pai. Que depois, quando as meninas já estavam em casa, EDES chegou. Que quem abriu a porta para EDES foi S.N.M. Que nesse momento, por ordem de Juliano, o interrogando e

Thatyene já estavam na parte de trás da casa. Que Juliano também estava na parte de trás da casa. Que EDES entrou e S.N.M. foi em direção ao quarto. Que então Juliano entrou na casa e mandou Thatyene e irem para o quarto. Que ele trancou as duas no quarto. Que viu ele trancando elas e ficando com a chave. Que o interrogando ficou parado do lado de fora do quarto. Que viu Juliano e EDES “entrando em conflito”. Que Juliano foi para cima de EDES. Que Juliano daria “só um susto nele”, pois ele estava dando em cima de S.N.M. Que naquele mesmo dia Juliano tinha contado que daria um susto em EDES. Que o interrogando não daria o susto em EDES junto com Juliano. Que não confirma que pegou uma garrafa na mão. Que Juliano pegou uma garrafa. Que ele deu uma garrafada em EDES. Que EDES se desesperou e foi para cima dele. Que eles entraram em conflito. Que EDES não estava armado. Que “no caso, acho que o Juliano se desesperou, e pegou a faca e passou nele”, no pescoço. Que o interrogando ficou olhando tudo e ficou sem reação. Que não sabe porque Juliano se desesperou. Que não se recorda do tamanho de EDES. Que não se recorda se Juliano é mais alto que EDES. Que viu quando a vítima levou uma facada no pescoço. Que depois disso perguntou para Juliano “o que a gente vai fazer”. Que Juliano respondeu que era para deixar com ele que ele daria um jeito. Que Juliano enrolou o corpo numa coberta e botou dentro da Parati da vítima, no porta-malas. Que então Juliano saiu sozinho. Que não sabe onde Juliano foi. Que quando Juliano saiu as meninas ouviram o barulho do carro e começaram a bater e perguntar o que tinha acontecido. Que então o interrogando, sem entrar no quarto, pois a porta estava chaveada, disse que Juliano havia mandado todos aguardarem seu retorno. Que ficou conversando com as meninas pela porta. Que depois de uns quarenta e cinco minutos Juliano voltou sozinho e a pé. Que o interrogando não perguntou nada, pois tinha Juliano como um pai e confiava nele. Que não temia Juliano. Que Juliano limpou o sangue da casa sozinho. Que não sabe se Juliano obrigou as meninas a limpar a casa. Que nesse momento o interrogando foi tomar banho, permanecendo no chuveiro por cerca de meia hora, já que estava “tenso”. Que esperou Juliano voltar para tomar banho. Que depois Juliano limpar a casa a “vida seguiu normal”. Que continuaram as festas. Que numa quarta-feira ou quinta-feira, de noite, Juliano ligou e disse para o interrogando conseguir uma carona para ele. Que Juliano contou que havia dado um jeito no carro de EDES. Que mesmo

chateado com o ocorrido continuou na casa e continuou fazendo festas. Que não sabe para quem ou por quanto Juliano vendeu o carro. Que não se recorda o que falou na delegacia. Que a casa não tem grades. Que não foi comentado sobre as meninas saírem pela janela, pois Juliano havia ordenado que todos permanecessem no local. Que na delegacia foi muito “oprimido”. Que confirmou o que lhe perguntaram [...]. (transcrito na sentença – fls. 912-913).

Ressalta-se que algumas contradições sobressaem dessas versões defensivas. Veja-se.

Primeiro, na delegacia de polícia, Thatyene contou que estava no Parque das Nações com a adolescente e, quando retornaram, Juliano pediu à S.N.M. que ligasse para a vítima, (“liga para EDES, convida ele a vir aqui, diz que tu tá sozinha”). Porém, na fase judicial, relatou que estava no Parque das Nações, acompanhada de S.N.M, quando Juliano ligou e pediu que retornasse, porque um amigo dele estava indo para a residência. Matheus, por sua vez, no interrogatório extrajudicial, admitiu que portava uma garrafa de vidro para golpear a vítima, mas em juízo negou essa particularidade.

Segundo, Thatyene afirmou na fase instrutória que limpou a cena do crime, com a colaboração de S.N.M. No entanto, Matheus relatou à Magistrada que Juliano foi o responsável pela faxina do lugar onde a morte ocorreu.

Some-se a isso, quando interrogado pela autoridade policial, Juliano confessou os fatos, cuja narrativa incluiu a participação dos demais acusados no evento delitivo.

Veja-se:

Que mais ou menos um mês e meio atrás o interrogando foi residir em uma casa alugada juntamente com THATYENE CARDOSO ROCHA, MATHEUS EUZEBIO ROCHA e a adolescente S.N.M.; Que através de S.N.M. ficou sabendo que ela tinha um amigo de nome EDES TEODORO DOS SANTOS, vulgo ROBERTO, que oferecia dinheiro

para sair com S.N.M. ; Que S. comentou que EDES era motorista de caminhão e quando retornava de viagem recebia dinheiro da empresa; Que EDES tinha retornado de viagem no domingo, dia 13, e então combinou com S.N.M. de chamar EDES para a casa onde residiam e roubar o dinheiro dele; Que o roubo foi acordado entre o interrogando, THATYENE, MATHEUS e S.N.M., mas somente S.N.M. sabia que o interrogando pretendia matar EDES; que decidiu matar EDES para evitar ser identificado pela polícia como autor do roubo; Que S.N.M. chamou EDES até a casa e o interrogando e MATHEUS permaneceram numa garagem, nos fundos da casa, aguardando a chegada dele; Que o interrogando e MATHEUS pegaram garrafa de cachaça catuaba para golpear a cabeça de EDES; Que assim que EDES chegou, o interrogando e MATHEUS entraram na casa; Que ao entrar na casa, o interrogando atacou EDES e desferiu a garrafada na cabeça dele; Que depois de dar a garrafada, deu uma chave de braço no pescoço de EDES e pegou a garrafa de MATHEUS, pois MATHEUS ficou com medo de desferir o golpe, e então golpeou mais uma vez a vítima com uma garrafada na cabeça; Que logo na sequência, pegou uma faca grande na pia da cozinha e realizou dois cortes no pescoço da vítima, matando EDES; Que S.N.M. e THATYENE estavam no outro quarto, mas presenciaram o homicídio; Que enrolaram o corpo em uma coberta alaranjada e colocaram o cadáver no porta-mala do veículo Parati, que pertencia à vítima; Que rumaram pela cidade procurando um lugar para jogar o corpo e resolveram desovar o cadáver na descida do Morro da TV; Que retornaram para a casa, no bairro Nossa Senhora da Salete, e limparam a casa; Que o celular da vítima foi entregue para S.N.M. e o interrogando ficou com o dinheiro que ele possuía, cerca de R\$ 30,00; Que a vítima possuía apenas uma corrente de prata que permaneceu no corpo; Que o carro da vítima foi deixado em um Posto abandonado, na frente do residencial Hulha Cap, onde reside a mãe de MATHEUS [...]; Que MATHEUS e THATYENE tinham plena ciência que o roubo seria praticado contra EDES, mas não sabiam que o interrogando planejava matá-lo; Que os demais atos após o homicídio foram praticados por livre vontade de MATHEUS, THATYENE e S.N.M. (fls. 257-259).

Na segunda oportunidade em que foi interrogado extrajudicialmente, Juliano contou que a negociação para venda do veículo foi auxiliada por



Matheus:

Que apresentada a fotografia de HENRIQUE RAMOS FRIGO, o interrogando afirma ter sido esse o homem para quem vendeu o veículo Parati da vítima; Que a negociação foi feita na revendedora de veículos de HENRIQUE, que fica na entrada do município de Nova Veneza; Que MATHEUS EUZEBIO ROCHA estava junto com o interrogando no momento da negociação; Que o interrogando foi até o local da negociação dirigindo a Parati e MATHEUS foi ao local com um veículo emprestado de um amigo; Que depois de negociar o veículo com HENRIQUE, o interrogando voltou de carona com MATHEUS; Que no momento da negociação apenas MATHEUS e HENRIQUE estavam presentes [...]. (fl. 300) (grifou-se).

Todavia, perante o Juízo *a quo* excluiu a responsabilização dos comparsas na empreitada criminosa, deste modo:

Que a acusação é em parte verdadeira. Que no dia 12 de novembro esteve numa festa com Matheus, THATYENE e S.N.M.. Que beberam “além da conta”. Que fazia dez dias que EDES estava ligando para S.N.M. e “dando em cima dela”. Que tinha S.N.M., assim como algumas outras meninas que frequentavam sua casa, como filha. Que “cuidava delas como um pai”. Que viu que EDES ligava para S.N.M. e oferecia a ela dinheiro. Que achou isso errado. Que no dia 13 de novembro S.N.M. e Thatyene foram ao Parque das Nações por volta das 14:00 horas. Que ficou em casa com o celular o qual continha o número de EDES. Que pensou “vou chama-lo aqui para dar um susto nele”. Que partiria para a briga de socos com EDES, se necessário, mas “nada além disso”, para “ele ver que isso é errado”. Que no seu entender, caso EDES quisesse ele poderia contratar uma garota de programa, “mas com elas não”. Que pegou o número de EDES e começou a trocar mensagens com ele se passando por S.N.M.. Que por volta das 22 horas EDES enviou uma mensagem dizendo que estava indo para o local combinado, qual seja, a casa em que o interrogando e os demais moravam, no bairro Nossa Senhora da Salete. Que passou o endereço para EDES. Que o interrogando firmou contrato de aluguel da casa com a mãe do réu Matheus, sendo que o valor mensal do aluguel era de trezentos reais. Que moravam na casa o interrogando, Matheus, Thatyene e S.N.M. Que ligou para Thatyene, que estava no

Parque das Nações, e disse para ela “vem embora que a gente precisa falar sério”. Que então Thatyene voltou para casa juntamente com S.N.M. Que Matheus estava em casa dormindo. Que o interrogando acordou Matheus e contou para ele que “a gente iria dar um susto no EDES e “nada além do que um susto”. Que quando EDES chegou na casa S.N.M. estava no interior da residência, enquanto que o interrogando, Matheus e Thatyene estavam na parte de trás. Que assim que EDES entrou na casa pela parte da frente o interrogando entrou na morada pela parte de trás, já na posse de uma garrafa de vidro. Que desferiu um golpe na cabeça de EDES, próximo da nuca. Que a garrafa não quebrou. Que desferiu novo golpe, agora na face de EDES, perto “da vista”, vindo a garrafa a quebrar. Que nisso EDES se virou e “veio para cima de mim”. Que entraram em luta corporal. Que a situação ficou incontrolável, e “no que eu fui esticar o braço para trás tinha uma faca”, a qual foi usada para matar a vítima”. Que pegou a faca e cortou o pescoço da vítima. Que a vítima estava desarmada. Que estacionou o carro de EDES atrás da casa e enrolou o corpo dele em um lençol ou pano. Que “juntei o corpo dele, joguei no carro, comecei a dar voltas pela cidade pensando onde eu ia jogar o corpo”. Que nesse instante estavam sozinho no carro. Que Matheus “estava atônito, perplexo, sem saber o que fazer”. Que durante o crime Thatyene e S.N.M. ficaram o tempo todo trancadas num dos quartos da residência. Que assim que entrou na casa empurrou as duas para o quarto e trancou as duas pelo lado de fora. Que elas ouviram apenas os berros. Que o interrogando gritava para elas “calem a boca, calem a boca”. Que pegou o corpo e botou no carro. Que Matheus questionou aonde o interrogando iria, ao que respondeu “eu vou e já volto, fica em casa”. Que Matheus chegou a entrar na casa com uma garrafa na mão, a qual o interrogando pegou para si. Que foram usadas três garrafas no crime, duas da bebida catuaba e uma da vodka Natasha. Que todas as garrafas foram usadas pelo interrogando. Que não deixou Matheus atingir a vítima. Que “na realidade a gente entrou na casa com as garrafas na mão para dar um susto”. Que as garrafas estavam vazias, sendo oriundas de uma festa ocorrida no dia anterior. Que começou a rodar pela cidade de carro sozinho. Que as meninas estavam ainda trancadas no quarto, pois o interrogando estava com a chave. Que Matheus ficou em casa “sem saber o que fazer”. Que encostou o carro perto de uma casa velha e jogou o corpo, que rolou. Que saiu dali com o carro e o deixou perto do mercado

Manentti, no bairro Próspera. Que foi embora a pé. Que destrancou o quarto, tirou as meninas, e contou o ocorrido. Que disse que não tinha mais o que fazer, e que “se existe um culpado nessa história sou eu”. Que exigiu deles que ajudassem a limpar a casa, pois havia sangue no sofá, parede, na pia, em várias partes da casa. Que quando tirou a faca do pescoço da vítima o sangue jorrou. Que eles ajudaram a limpar a casa. Que havia um paiol atrás da casa, onde o interrogando jogou as roupas que acabaram sujas na limpeza do local do crime [...] Que deu uma facada no pescoço da vítima porque “a gente entrou numa briga de corpo”. Que “numa briga de corpo a gente perde a noção”. Que Matheus assistiu toda a briga e também a morte e não interveio em nenhum momento. Que Matheus não sabia o que fazer. Que quando exigiu que todos limpassem a cena do crime eles acharam errado e não quiseram limpar. Que como o interrogando ameaçou despejá-los, eles ajudaram na tarefa. [...] Que como já sabia que tinham achado o corpo, que Matheus havia sido preso, e que havia ordem prisional contra si, resolveu assumir a autoria. Que a versão apresentada na delegacia de que planejou o crime é falsa. [...] Que os demais não sabiam de sua intenção em dar um “susto” em EDES. [...] (transcrito da sentença – fls. 898-901) (grifou-se).

Contudo, a tese apresentada por Matheus em juízo não merece credibilidade, mesmo porque, quando em cotejo com os demais interrogatórios, novamente revelam-se incongruências.

A saber, Juliano afirmou que ao ligar para Thatyene (quando esta estava no parque com a adolescente) disse: “*vem embora que a gente precisa conversar sério*”. Porém, outra foi a narrativa de Thatyane, conforme anteriormente citado. Está também contou à Magistrada que Matheus entrou em casa com uma garrafa na mão; Matheus relatou o oposto.

Daí impossível dar respaldo ao interrogatório judicial de Juliano sem abordar as circunstâncias do caso. É preciso relevar que:

[...] a prova extrajudicial, para ser utilmente oposta ao acusado, deve reproduzir-se em juízo, cercada dos demais princípios constitucionais que informam o processo penal. Não se deve, entretanto, desconsiderar os

elementos amalhados no inquérito policial, que apesar de insuficientes, por si só, para sustentar a condenação, mostram-se hábeis na formação do convencimento do Magistrado. O vocabulário exclusivamente, utilizado pelo legislador, possui esse alcance: a prova extrajudicial, isoladamente considerada, não se revela apta a fundamentar uma decisão. Não deve, contudo, ser totalmente ignorada, podendo se agregar à prova produzida em juízo, servindo como mais um elemento na formação da convicção do julgador, sobretudo porque colhida, via de regra, de forma imediata, logo após a prática delituosa. (Cunha, Rogério Sanches. Pinto, Ronaldo Batista. *Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 380).

Dito de outro modo, as provas indiciárias, isoladamente, não podem conduzir à condenação, sob pena de ofensa ao contraditório e à ampla defesa, princípios que a Constituição da República erigiu como fundamentais. Todavia, aliadas àquelas produzidas na fase de instrução processual, podem influir no livre convencimento motivado do julgador.

Bem por isso foram outros os elementos que, somados à confissão extrajudicial de Juliano, embasaram o decreto condenatório, mormente os demais testemunhos colhidos no curso do processo judicial, os quais estão harmonizados com a tese acusatória.

Nessa diretriz, tem-se as declarações da adolescente S.N.M. que, quando questionada pela autoridade policial, afirmou:

[...] tem como amigos JULIANO RIBEIRO, THATYENE e MATEUS, todos residentes na mesma casa em que a declarante reside. Que alugaram a casa, que fica localizada no Bairro Nossa Senhora de Salete, em Criciúma, conjuntamente. Que nenhuma das pessoas já citadas possui emprego, assim como a declarante. Que Juliano é quem mantém a casa, comprando comida e pagando inclusive os alugueis. Que a casa foi alugada há aproximadamente três semanas. Que conhecia a vítima EDES desde o início do ano de 2016, saiu com ele várias vezes, ia com ele para o Posto Seis, localizado no Bairro Ana Maria, sendo que lá consumiam bebidas e ele pagava. Que foi para esses locais juntamente com amigos, tanto da declarante quanto de EDES. Que na penúltima

semana, provavelmente na quinta feira, dia 10/11/2016, ligou para EDES, a pedido de JULIANO. Que JULIANO lhe pediu para chamar EDES, para “conseguir algum dinheiro com EDES”, sair com ele. Que então ligou para EDES ainda no dia 10/11/2016 e pediu para encontrá-lo, sendo que ele disse que era caminhoneiro e somente voltaria para Criciúma no domingo 13/11/2016. Que no sábado, dia 12/11/2016, ligou novamente para EDES e combinou um encontro com ele na casa onde reside, juntamente com seus amigos. Que no dia 13/11/2016, por volta das 22 horas, estava em casa, tendo lá chegado EDES, com seu veículo, um parati-surf, de cor prata. Que quando EDES entrou na casa, a declarante estava no quarto, tendo então dito “espera aí que eu vou botar a calça”. Que naquele momento JULIANO, THATYENE e MATEUS não estavam dentro de casa, imagina a declarante que eles estivessem em um lugar no terreno, aguardando EDES chegar. Que ainda quando estava vestindo a calça EDES tentou entrar em seu quarto para conversar. Que nesse momento lá chegou THATYANE, entrou no quarto da declarante e fechou a porta, tendo lá permanecido a declarante e ela. Que EDES não chegou a entrar no quarto. Que então naquele momento JULIANO e MATEUS pegaram EDES, sendo que a declarante ouviu duas garrafas de vido, sendo quebradas, que foram usadas para golpear EDES. Que imagina que com os golpes que EDES sofreu com as garrafas, caiu no chão. Que logo em seguida abriu a porta do quarto e viu JULIANO passando um facão no pescoço de EDES, que já estava caído no chão. Que então EDES acabou morrendo em razão dos golpes que sofreu. Que logo em seguida, utilizando-se do veículo de EDES, a declarante, JULIANO, MATEUS e THATYENE, colocaram o corpo dele no porta malas e rumaram até a subida do morro da TV, neste Município, local onde Juliano e Mateus jogaram o corpo de EDES. Que na data de hoje, foi abordada por amigos de EDES, os quais não sabe o nome, quando estava na casa de uma amiga no Bairro Rio Mainá, sendo trazida a esta DIC por eles. Que não sabia que JULIANO e MATEUS queriam matar EDES, se soubesse jamais o chamaria até a sua casa. Que o veículo roubado por EDES, após o crime, ficou estacionado em um posto de gasolina desativado, no Bairro Próspera, até a última quinta feira. Que a partir dessa data, JULIANO disse que queria “desovar” o veículo. Que então JULIANO e a declarante começaram a oferecer peças do veículo a um amigo chamado EDER ZILLI, morador do Bairro Marili, em Içara

[...] (fls. 9 e 10) (grifou-se).

Perante a Magistrada, contou:

Que a ideia de atrair EDES para a casa do grupo partiu de JULIANO. Que foi JULIANO “que começou a inventar tudo isso”. Que ele “cismou” em fazer “isso” e a declarante acabou concordando. Que na realidade a declarante chamou EDES para “roubar, só que acabou acontecendo”. Que a ideia inicial era roubar EDES. Que não sabe exatamente, mas acha que JULIANO queria dinheiro. Que a declarante, JULIANO, THATYENE e MATHEUS tinham ciência do que iria ocorrer, mas a declarante acha que THATYENE “não sabia muito bem”. Que THATYENE só soube quando JULIANO começou a ligar para a declarante no dia do ocorrido. Que nesse momento estava com THATYENE no Parque das Nações. Que começaram a beber. Que de repente JULIANO começou a ligar. Que nas ligações JULIANO falava “que o EDES tava chegando e que a gente tinha que ir para lá para fazer o esquema”. Que o “esquema” se tratava do roubo. Que no momento das ligações a declarante estava com THATYENE. Que nesse momento MATHEUS estava com JULIANO. Que foi a declarante que chamou EDES e o atraiu até o local do crime. Que convidou EDES “para ir lá beber com a gente”. Que quando EDES chegou na casa a declarante o convidou para entrar. Que como a declarante estava de short de dormir, foi até o quarto botar uma calça, quando então THATYENE entrou no quarto com a declarante e fechou a porta. Que a declarante ouviu o barulho das garrafas quebrando. Que o restante “só vi depois”. Que ao chamar EDES sabia que era para praticar o roubo previamente combinado. Que JULIANO deu as garrafadas em EDES. Que MATHEUS estava junto com JULIANO. Que pelo que lhe falaram MATHEUS estava com uma garrafa na mão também, mas não conseguiu dar a garrafada na vítima, pelo que JULIANO retirou a garrafa da mão dele e desferiu o golpe. Que não sabe mais nada porque estava trancada dentro do quarto. Que o corpo da vítima foi levado dentro do porta-malas do próprio carro. Que os quatro levaram o corpo. Que o corpo foi enrolado em um cobertor. Que o corpo foi levado num lugar perto do morro da TV. Que o corpo não foi escondido, “só jogaram lá”. Que o grupo ficou com o carro da vítima, uma pequena quantia em dinheiro e um celular. Que “o JULIANO tinha perdido meu celular, daí ele deu o celular do EDES para mim” [...]

Que antes de JULIANO lhe ligar no dia do crime dizendo que EDES estava chegando, a declarante, JULIANO, MATHEUS e THATYENE já haviam conversado sobre praticar o roubo. Que ao deixar o Parque das Nações juntamente com THATYENE, ambas se dirigiram para a casa cientes de que o roubo iria ocorrer. Que MATHEUS, JULIANO E THATYENE estavam na casa no momento em que a declarante chamou EDES para ir ao local. Que não sabe o que efetivamente causou a morte da vítima, mas quando foram a colocar no carro havia muito sangue. Que não notou o local do ferimento. Que após deixar o corpo todos retornaram para a casa e “a gente passou pano só”. Que tiraram os cacos de vidro do local e limparam as manchas de sangue. Que quem limpou o local foi a declarante e THATYENE. Que JULIANO se livrou das roupas sujas de sangue. Que acredita que as roupas eram de JULIANO. Que antes dos fatos nunca tinha se envolvido com atos ilícitos. Que no momento das garrafas THATYENE estava dentro do quarto com a declarante. Que EDES e JULIANO não se conheciam. Que somente a declarante conhecia EDES. Que os acusados conheciam EDES apenas de nome, pois a declarante trocava mensagens com ele. Que foi a declarante que abriu a porta para EDES. Que nesse momento acredita que os demais estavam escondidos. Que não sabe se EDES pensava que a declarante estaria sozinha no local. Que após abrir a porta disse para EDES que iria botar uma calça. Que não havia sido combinado com os acusados que após a declarante botar EDES para dentro de casa iria para o quarto. Que o combinado era que iriam roubar EDES. Que após a declarante entrar no quarto THATYENE entrou rapidamente no cômodo e trancou a porta. Que a declarante já sabia que “alguma coisa iria acontecer”. Que logo em seguida a declarante ouviu os barulhos. [...] (transcrito da sentença – fl. 910-912) (grifou-se).

Como se vê, a adolescente relatou pormenorizadamente os fatos, cujo conteúdo evidencia a prévia finalidade criminosa de todos os envolvidos.

No ponto, destaca-se a perspicaz observação do representante do Ministério Público, expendida por ocasião das contrarrazões:

Embora S. apresente algumas contradições entre o primeiro

depoimento e o segundo, o que é perfeitamente compreensível se levado em consideração as circunstâncias dos fatos, bem como a pressão que os réus certamente devem ter exercido sob sua pessoa, a adolescente deixou bem claro que os integrantes do quarteto, unidos, atraíram a vítima até a cena do crime, tendo posteriormente descartado seu corpo e higienizado o local, tudo a fim de que o roubo não fosse descoberto (fl. 1058).

As palavras da adolescente merecem, portanto, credibilidade, pois

[...] para além da harmonia entre os depoimentos por ela prestados nas duas fases procedimentais, reverbera no fato de ter sido encontrada na posse do celular da vítima, e sobretudo, no fato de que levou a polícia até o corpo da vítima EDES TEODORO DOS SANTOS (sentença – fl. 916).

Para corroborar, tem-se o testemunho dos policiais civis Gabriela Dias Feltrin e Luiz Darci Dal Farra, responsáveis pelas investigações e diligências.

Do que relataram na etapa administrativa, menciona-se:

Gabriela Dias Feltrin: Que na manhã de 18/11/2016, a depoente teve conhecimento sobre o desaparecimento de EDES TEODORO DOS SANTOS, conforme BO nº 473-2016-7614; Que a família informou que a vítima estava desaparecida desde 13/11/2016; Que a depoente apresentou relatório de investigação e a Autoridade Policial representou pela interceptação do aparelho celular da vítima no mesmo dia; Que na manhã de 19/11/2016, a depoente recebeu informações de que, no dia em que desapareceu, Edes teria ido até a casa da adolescente S.N.M., na rua Itaiópolis, nº 165, bairro Nossa Senhora da Salete, nesta cidade; Que S.N.M. qual foi encontrada e estava de posse do celular da vítima; Que indagada sobre o ocorrido na casa onde S.N.M. mora com os autores, na rua Itaiópolis, nº 165, bairro Nossa Senhora da Salete, nesta cidade; Que o crime ocorreu porque os autores queriam ficar com o veículo da vítima para “levantarem” dinheiro; Que S.N.M. também informou que o corpo teria sido desovado no Morro da TV, próximo ao prédio da Casan, onde foi encontrado, já em estado de putrefação; Que todos os autores foram identificados, sendo que MATHEUS e THATYENE também foram inquiridos e confirmaram o ocorrido; Que JULIANO não foi



encontrado para ser interrogado, estando em local desconhecido; Que, o mesmo dia da elucidação do crime, a Autoridade Policial representou pela prisão dos autores. (fl. 229).

Luiz Darci Dal Farra: Que na manhã de 18/11/2016, a equipe do depoente recebeu o Boletim de Ocorrência que noticiava o desaparecimento de EDES TEODORO DOS SANTOS, conforme BO nº 473-2016-7614; Que a família da vítima informou EDES estava desaparecido desde o dia 13/11/2016, que era trabalhador e que estariam preocupados com o que poderia ter ocorrido com ele; Que diante dos fatos, a Autoridade Policial representou pela interceptação do aparelho celular da vítima; Que na manhã de 19/11/2016, a agente Gabriela recebeu informações de que, no dia em que desapareceu, a vítima teria ido até a casa do adolescente S.N.M., na rua Itaiópolis, nº 165, bairro Nossa Senhora da Salete; Que a adolescente S.N.M. foi encontrada e estava de posse do aparelho celular da vítima; Que em conversa com S.N.M., ela relatou que a vítima teria sido assassinado no dia 13/11/2016 por JULIANO RONCHI RIBEIRO e que MATHEUS EUZEBIO ROCHA e THATYENE CARDOSO ROCHA também teriam participado do crime; Que o crime teria ocorrido na casa onde S.N.M. mora com os autores, na rua Itaiópolis, nº 165, bairro Nossa Senhora da Salete, nesta cidade; Que o motivo do crime teria sido porque os autores queriam ficar com o veículo da vítima para “levantarem” dinheiro; Que S.N.M. também informou que o corpo da vítima teria sido enrolado em um cobertor e levado até um matagal no Morro da TV, próximo ao prédio da Casan, onde foi encontrado, já em estado de putrefação; Que o depoente e a agente Gabriela foram até a casa onde teria ocorrido o crime, onde estavam MATHEUS e THATYELE; Que foi realizada perícia na casa e encontrado manchas de sangue; Que na casa também encontraram a faca usada para cortar a garganta da vítima, tendo MATHEUS confirmado que era a arma do crime; Que os autores MATHEUS e THATYENE foram inquiridos e confirmaram o ocorrido [...] (fls. 251/252) (grifou-se).

Na etapa judicial, ratificaram seus testemunhos, nestes termos:

Gabriela Dias Feltrin: Que a partir do desaparecimento da vítima começaram as diligências para sua localização. Que através de amigos da

vítima a polícia ficou sabendo que estavam tentando vender peças do carro desta. Que se chegou no nome da menor S.N.M. como a negociadora das peças. Que tomaram conhecimento do desaparecimento na sexta, e sábado já se sabia de S.N.M. Que S.N.M. foi levada até a delegacia. Que S.N.M. estava em posse do celular da vítima. Que ouvida, S.N.M. Disse que através de Juliano foi armado um encontro com EDES na casa em que ela residia com os acusados. Que S.N.M. recepcionou EDES, enquanto que os demais aguardavam fora da casa. Que quando EDES entrou os demais entraram também na casa. Que segundo S.N.M., Juliano pediu para que ela marcasse o falso encontro com EDES para roubá-lo, pois eles precisam de dinheiro. Que quando EDES entrou os acusados também entraram na casa, sendo que um deles logo trancou a porta da frente da casa. Que Thatyene teria entrado dentro do quarto com S.N.M. e segurado ela dentro desse quarto. Que Matheus e Juliano já entraram com garrafas na mão para golpear a vítima, mas segundo Matheus ele não teve coragem de fazê-lo, todavia, “todos eles sabiam o que ia acontecer, que eles iam matar a vítima”. Que S.N.M. afirmou tudo isso. Que depois todos os acusados afirmaram em depoimento que sabiam o que aconteceria na residência. Que S.N.M. teria sido segurada no quarto e ouvido os gritos, constatando depois que EDES tinha sido esfaqueado. Que eles enrolaram o veículo num posto de gasolina abandonado [...]. Que um homem de sobrenome Zilli contou para a polícia que S.N.M. Estaria vendendo as peças do veículo para ele e que ele desconfiou, pois tinha conhecidos comuns com a vítima, tendo-lhes indagado se aquele poderia ser o carro desta. Que a conversa foi de texto por celular e salvo engano tinha arquivo de áudio. Que não sabe se S.N.M. usou celular próprio ou da vítima. Que a voz do áudio é dela, assim como a foto do whatsapp. Que ela disse que usava o telefone da vítima. Que S.N.M. disse que sabia do roubo, mas não da morte, ou seja, que eles iriam matar EDES. Que já Juliano deixou bem claro que todos sabiam da morte. Que Juliano disse que iriam roubar e depois matar EDES para ele não indicar os autores do crime. Que S.N.M. comentou que se encontrava de vez em quando com EDES e eles saíam. Que S.N.M. não comentou se tinha rompido relações com EDES e ele continuava a lhe assediá-lo. Que Thatyene, pelos atos e pelo que foi conversado, ela teria segurado S.N.M. no quarto para que ela não interferir. Que, no mais, ocultou o cadáver e limpou o local do crime. Que S.N.M. relatou que Thatyene entrou no quarto e fechou

a porta. Que S.N.M. Comentou que Thatyene pediu para ela não sair do quarto. (transcrito da sentença – fls. 908-909) (grifou-se).

Luiz Darci Dal Farra: Que a irmã da vítima registrou um boletim de ocorrência no dia 16 informando o desaparecimento. Que tomou conhecimento do fato só no dia 18. Que a irmã relatou que a vítima estava desaparecida desde o dia 13. Que iniciou as investigações juntamente com a colega Gabriela. Que foi solicitada a interceptação do telefone da vítima e a quebra de sigilo. Que no dia seguinte amigos da vítima entraram em contato com a polícia informando que num site estavam vendendo peças de uma Parati Surf, idêntica a da vítima. Que se conseguiu identificar que quem ofertava as peças era S.N.M.. Que a polícia foi até na casa do grupo e não havia ninguém. Que S.N.M. foi localizada e com ela estava o celular da vítima. Que S.N.M. Contou que a vítima teria sido morta na casa no domingo à noite. Que segundo S.N.M., a pedido de Juliano, ela chamou a vítima para a casa do grupo. Que o intuito do grupo, ainda de acordo com S.N.M., era roubar o carro e outros pertences da vítima. Que S.N.M. Contou também que quando da chegada de EDES ela ficou dentro da casa, enquanto que os demais ficaram na parte de trás da morada. Que S.N.M. Alegou a EDES que iria trocar de roupa, e nesse momento os demais entraram na casa já com o intuito de matar EDES. Que Matheus e Juliano, cada um com uma garrafa, bateriam na cabeça de EDES. Que Juliano desferiu uma garrafada em EDES, enquanto que Matheus disse que não teve coragem de fazê-lo. Que na hora Juliano pegou a garrafa da mão de Matheus e desferiu outra garrafada em EDES. Que Juliano pegou uma faca grande e passou no pescoço de EDES. Que segundo S.N.M., ela achava que iam apenas roubar EDES, “mas o combinado lá atrás era matar”. Que Matheus falou expressamente em depoimento que segundo Juliano eles iriam fazer um latrocínio. Que a própria S.N.M. Indicou a localização do corpo. Que segundo ela, o corpo teria sido jogado na subida do morro da TV. Que o corpo foi encontrado e estava em avançado estado de putrefação. Que foram feitas diligências na casa e lá estavam Matheus e Thatyene. Que em conversa eles indicaram onde o fato ocorreu na casa e o facão usado. Que a perícia foi acionada e contactou vestígios de sangue no local, embora ele tivesse sido lavado. Que numa edícula, em cima do forro, foi encontrada uma semana depois uma sacola com roupas sujas de sangue e cacos de

vidro [...] Que segundo S.N.M., Thatyene segurou a porta do quarto para que ela não saísse durante o ocorrido. Que S.N.M. disse ter achado que ocorreria apenas o roubo para pegar o carro da vítima, mas Juliano disse que ela sabia o que aconteceria [...]. (transcrito da sentença – fls. 907-908) (grifou-se).

Sobre os depoimentos prestados pelos policiais em juízo, importa lembrar que:

[...] constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso”. (HC 165.561/AM, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 02.02.2016).

A situação fática como está posta remete, portanto, à conclusão de que a tese defensiva carece de credibilidade, porque sem amparo em nenhum outro indício do acervo probatório.

Em outras linhas, do conjunto probatório sobressai, nitidamente, que em comunhão de desígnios e união de esforços, os apelantes Matheus e Thatyene, com o corréu Juliano e a adolescente S.N.M., cometeram os delitos que lhes foram imputados.

E evidências não faltam.

Conforme se infere dos autos, os acusados acordaram previamente a prática do crime de roubo contra a vítima. No momento ajustado, reuniram-se no imóvel alugado e assumiram suas funções para a execução do delito, ou seja, S.N.M. ficou dentro da residência e, os demais, escondidos nos fundos do imóvel.

Seguidamente, enquanto Thatyene trancou-se no quarto com a adolescente, a fim de evitar embaraços à ação delitativa, Matheus auxiliou decisivamente Juliano na intimidação moral e física da vítima.

Registra-se,

[...] mesmo que não tenha o acusado MATHEUS desferido qualquer golpe contra ela, certo é que o resultado morte lhe era previsível, não havendo dúvida, ainda, que com seu comportamento assumiu o risco de que efetivamente tal evento ocorresse. Isso já seria o suficiente para autorizar a conclusão de que concorreu o acusado MATHEUS para o latrocínio narrado na denúncia (fl.916).

E, conquanto Thatyene não tenha praticado os atos de abordagem e violência contra a vítima, é certo que pactuou com os demais envolvidos a realização do delito e, no momento dos fatos, impediu qualquer interferência da adolescente.

Outros aspectos enumerados pela Magistrada também merecem ser levados em consideração para fins de convencimento sobre a contribuição dos apelantes no sucesso da empreitada delituosa:

[...] numa análise da prova dos autos, em particular da delação judicial da adolescente e comparsa S., verifico que ela e os acusados JULIANO, MATHEUS e THATYENE, ajustaram previamente entre si a prática do roubo contra EDES, além do que no momento do crime prontamente se reuniram no local combinado para a execução do delito. Mais, constato que MATHEUS investiu na companhia de JULIANO contra EDES com uma garrafa de vidro na mão, a qual acabou sendo usada pelo outro agressor, e posteriormente assistiu, alegadamente inerte, a execução da vítima com cortes de faca no pescoço perpetrados pelo comparsa. Quanto à THATYENE, no momento da citada investida correu para o quarto em que S. estava e trancou a porta, visando impedir possível interferência por parte da menor.

Por conseguinte, resta evidente que com seu comportamento anterior, consistente no planejamento do crime e na presença física no local e na hora ajustados para sua execução, numa clara adesão à conduta do coacusado JULIANO, os acusados MATHEUS e THATYENE criaram risco da ocorrência do resultado, pelo que a omissão neste caso é penalmente relevante.

Não bastasse isso, a denunciar o estreito vínculo psicológico entre todos os envolvidos, ou melhor, a denotar o intento inicial da prática

do crime de roubo seguido do resultado morte, após JULIANO cortar a garganta de EDES, ceifando-lhe a vida, todos os demais implicados o auxiliaram na ocultação do cadáver e na limpeza do local do crime, sendo que de forma mórbida prosseguiram com suas vidas normalmente, morando e inclusive promovendo “festinhas” no local, inabalados, como se nada tivesse acontecido

Ademais, não sobeja lembrar que ainda que pairasse alguma dúvida por parte dos acusados MATHEUS e THATYENE acerca do resultado morte, o que não parece crível diante do contexto dos autos, o fato é que o crime de latrocínio se contenta com o dolo eventual ou mesmo culpa em relação ao homicídio, consoante já se expôs. Ou seja, não há como se afastar a responsabilidade dos dois pelo crime em testilha.

Nesse contexto, convém destacar que

[...] todos aqueles que concorrem para o crime incidem nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Para a teoria monista, existe um crime único, atribuído a todos aqueles que para ele concorreram, autores ou partícipes. Embora o crime seja praticado por diversas pessoas, permanece único e indivisível. (Greco, Rogerio. Código Penal: comentado. 6. Ed. Niterói – RJ. Impetus, 2012, p. 91).

Em outras linhas, *“O Código Penal adota, como regra, a teoria monista, pela qual todos os que concorrem para a realização do crime incidem nas penas a ele cominadas, ressalvando, contudo, a diferenciação entre coautor e partícipe, expressa na parte final do art. 29 e seus parágrafos”* (STJ, REsp 1266758 / PE, rel. Min. Laurita Vaz, j em 06.12.2011).

Em situação análoga, decidiu este Tribunal:

Em atenção à regra do caput do art. 29 do CP (teoria monista), é irrelevante, para delimitação da culpabilidade do agente, o fato de ele não ter praticado qualquer ato de coação ou violência contra a vítima, haja vista que uniu esforços com o comparsa que incorreu em todas as elementares do crime de roubo, concorrendo, assim, para o resultado delituoso. (Apelação Criminal n. 0025030-55.2015.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j em 30.11.2017).

Também:

O direito penal brasileiro adota a teoria monista no concurso de agentes, conforme se depreende do que preceitua o art. 29 do diploma penal. Embora o acusado tenha participado do delito sem exercer violência direta contra a vítima, concorreu, mediante prévia comunhão de esforços, para o cometimento de delito roubo. Assim, inviável a aplicação do princípio da bagatela. (Apelação Criminal n. 0002020-40.2016.8.24.0072 de Tijucas, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j em 09.02.2018).

Indiscutível, portanto, o ajuste prévio dos quatro agentes, com o objetivo de atrair a vítima até o local dos fatos e, lá, ceifar-lhe a vida para subtrair o automóvel.

Sim, *“ainda que o recorrente Juliano tenha sido, de fato, quem desferiu os golpes que levaram a vítima a óbito, os coautores Matheus, Thatyene e a adolescente S., desde o início aderiram a empreitada criminosa proposta por Juliano, tendo Matheus, inclusive, munido-se de uma garrafa de vidro para atingir a vítima em companhia do mentor da barbárie, ainda que não tenha, de fato, golpeado o ofendido”* (fl. 1102).

Desponta nítida, portanto, a existência de provas suficientes para manter a condenação dos apelantes Matheus e Thatyene pelo delito de latrocínio.

No mais, especificamente sobre a atuação do apelante Matheus no cometimento do delito de latrocínio, impende destacar que não se pode considerá-lo como conivente ou coadjuvante de menor importância, assim como fez a Magistrada em relação à ré Thatyene.

Na hipótese, inarredável que Matheus teve decisiva atuação no crime, uma vez que auxiliou Juliano na abordagem e intimidação da vítima, bem como *“forneceu o objeto que portava para que o coacusado JULIANO golpeasse EDES na cabeça, além do que acompanhou, vis a vis, o movimento de “gravata” e as facadas desferidas por este contra a*

*vítima.*” (fl. 919).

Ou seja, a adesão ao plano criminoso, a contribuição na abordagem, a posse do objeto que serviu para golpear Edes, bem como o acompanhamento dos atos executórios praticados pelo corréu, demonstram que Matheus atuou de forma direta e ativa para o êxito da empreitada criminosa.

Aliás, como consignou a Magistrada:

[...] chega a ser um disparate a alegação judicial do acusado MATHEUS de que se sentiu oprimido na Delegacia de Polícia, e que por isso confessou a ciência do latrocínio que estava na iminência de ocorrer. Ora, como pode o acusado ter se sentido “oprimido” com policiais fazendo afirmações e perguntas numa Delegacia, e simplesmente ficar apenas “tenso” após presenciar uma pessoa tendo a garganta cortada com uma faca de churrasco? A resposta é porque estava desde o início ciente que a morte ocorreria ou poderia ocorrer (fl. 920).

Com efeito, impossível reconhecer que a contribuição do apelante Matheus foi de pouca relevância para o delito, a ponto de autorizar a aplicação da causa redutora da pena, nos termos do artigo 29, § 1º, do Código Penal.

Para corroborar, tem-se os julgados:

PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA -NÃO CONFIGURAÇÃO - RÉU QUE IMOBILIZA A VÍTIMA E TENTA COLOCÁ-LA PARA DENTRO DO VEÍCULO, ALÉM DE CONDUZIR O AUTOMÓVEL - CONDUTA RELEVANTE E NECESSÁRIA À CONSUMAÇÃO - CONDENAÇÃO MANTIDA.

“Na coautoria, todos os agentes possuem o domínio comum do fato típico, mediante uma divisão de tarefas. Não é necessário que todos os agentes pratiquem o verbo descrito no tipo; basta que a sua conduta, atípica, se isoladamente observada, seja essencial para a realização do fato típico. Dessa forma, em se tratando de coautoria, todos os agentes respondem pela prática do mesmo delito praticado” (STJ, Min. Rogerio



Schietti Cruz). (Apelação Criminal n. 0002906-48.2009.8.24.0019, de Concórdia, rel. Desembargador Getúlio Corrêa, j em 15.8.2017).

E:

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO, NA FORMA TENTADA (ART. 157, § 3º, PARTE FINAL, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO.

ALEGADA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA (ART. 29, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). IMPROCEDÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE DE TODOS OS AGENTES EXERCEREM OS VERBOS NÚCLEO DO TIPO. ATUAÇÃO DECISIVA DO ACUSADO NA EMPREITADA ILÍCITA.

3. A causa de diminuição de pena prescrita pelo art. 29, § 1º, do Código Penal deve ser invocada para beneficiar os agentes que tenham auxiliado em baixo grau o cometimento do delito, exercendo, durante a execução, tarefas acessórias, secundárias, não fundamentais. Indubitável, contudo, que o dispositivo desmerece incidir à hipótese em que demonstrada a grande relevância do réu no decorrer do planejamento e da execução criminosa. (Apelação Criminal n. 0003316-02.2016.8.24.0039, de Lages. Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato. J. 20/07/2017).

Igualmente, a concorrência de vontades para a prática do delito de ocultação de cadáver é evidente.

Isso porque, das provas colhidas sobressai que, após consumarem o delito de latrocínio contra a vítima, Juliano, Matheus, Thatyene e S.N.M ocultaram o cadáver da vítima. Para tanto, colocaram o corpo de Edes dentro do porta-malas do automóvel VW/Parati, enrolado em um cobertor, abandonando-o em local ermo e de pouco acesso.

Embora Matheus e Thatyene, sob o crivo do contraditório, tenham negado a ocultação do cadáver, cujas versões foram respaldadas por Juliano, as palavras da adolescente não deixaram dúvidas de que todos os envolvidos praticaram o delito. A tese defensiva foi bem analisada na

sentença, nestes termos:

[...] tal tese é despida de credibilidade, verificando-se que a adolescente S., em juízo, desmentiu JULIANO e os demais, dizendo que todos, incluindo MATHEUS e THATYENE, atuaram no episódio, levando o corpo para descarte em local ermo. Veja-se que a sinceridade de suas palavras é atestada de forma cabal pela indicação por ela da localização do cadáver à polícia. Ora, não teria condições S. levar a polícia até o local da “desova” do cadáver se não tivesse (fl. 923).

Acerca da relevância probante do depoimento de S.N.M, importa destacar que:

Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “a delação realizada por corréu, se em harmonia com as demais provas produzidas na fase judicial - com observância do contraditório -, é idônea para embasar a convicção do julgador, com a consequente condenação” (STJ, REsp 1.202.111, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 17.3.16). (Apelação Criminal n. 0000133-25.2016.8.24.0006, de Barra Velha, rel. Des. Sérgio Rizelo, j em 18.9.2017).

Logo, também está plenamente comprovado que Matheus, Thatyane, Juliano e S.N.M, ocultaram o cadáver de Edes Teodoro dos Santos, razão pela qual as condenações devem ser mantidas.

Por derradeiro, ficou demonstrado nos autos que os réus praticaram a empreitada criminosa em companhia de S.N.M., com 15 (quinze) anos de idade à época, e que tal fato facilitou/possibilitou a corrupção desta no mundo do crime.

Deve-se lembrar, a jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte firmaram a orientação de que a corrupção de menores é delito de cunho formal. Bem por isso torna-se dispensável para a caracterização do referido crime, que o adolescente tenha se corrompido pela conduta do agente, exigindo-se apenas sua participação no evento criminoso.

Ou seja:

Por ocasião da análise do REsp 1.127.954/DF, admitido como recurso representativo de controvérsia, a Terceira Seção deste Tribunal uniformizou o posicionamento de que “para a configuração do crime de corrupção de menores, atual artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se faz necessária a prova da efetiva corrupção do menor, uma vez que se trata de delito formal, cujo bem jurídico tutelado pela norma visa, sobretudo, a impedir que o maior imputável induza ou facilite a inserção ou a manutenção do menor na esfera criminal” (Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 14/12/2011) (AgRg no REsp 1582607 / MG, rel. Min. Ribeiro Dantas. J em 12.9.2017).

Diante dessas considerações, em que pese o esforço da defesa para demonstrar o oposto, o conjunto probatório não deixa dúvidas de que os apelantes praticaram as condutas criminosas que lhes foram imputadas.

Assim, deve-se manter a condenação de Matheus Euzebio Rocha e Thatyene Cardoso Rocha por infração ao art. 157, § 3º, *in fine*, art. 211 e art. 347, todos do Código Penal, bem como por infração ao art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pedido de readequação da dosimetria da pena formulado pelo réu Juliano Ronchi Ribeiro.

Ao aplicar a pena do réu Juliano, no tocante ao delito de latrocínio, a Magistrada consignou:

Na segunda fase atuam as agravantes da reincidência (fl. 365), do art. 61, inc. II, “c”, do CP (emboscada), e do art. 62, inc. I, do mesmo códex (mentor intelectual do crime), militam em favor do acusado, doutro lado, a atenuante da confissão espontânea.

Assim, após efetuar a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, aumento a pena em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses para cada agravante restante, o que resulta numa pena provisória de 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Portanto, aplicou-se o percentual de 1/6 (um sexto) para cada

agravante (emboscada e mentor intelectual), essa a insurgência de Juliano.

Alega o apelante que a fração de 1/6 (um sexto) é “*patentemente desproporcional e vulnerador do princípio da proporcionalidade*” (fl. 1032).

É verdade, a legislação penal deixou de indicar a fração de aumento exata para incidir sobre as circunstâncias judiciais consideradas desabonadoras, assim como sobre as circunstâncias agravantes, de modo que as decisões rumam, comumente, à adoção do patamar de 1/6 (um sexto).

Veja-se:

Quanto à segunda fase de aplicação da reprimenda, em razão da ausência de previsão no Código Penal do patamar de aumento ou de diminuição, a jurisprudência deste Tribunal tem se firmado no sentido de que a fração de 1/6 para cada agravante ou atenuante atende ao critério da proporcionalidade (STJ, HC n. 269768, Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20.06.2017).

Também:

A aplicação de circunstâncias atenuantes ou agravantes, isoladamente, enseja a incidência da fração paradigma de 1/6 (um sexto) para o devido ajuste da pena na segunda fase (HC 401764 / SP, rel. Min, Ribeiro Dantas, j em 07.12.2017).

Na mesma diretriz, cita-se desse Tribunal:

Embora inexista na legislação penal indicação específica da fração a ser agregada ou reduzida na sanção frente ao reconhecimento de circunstâncias judiciais e atenuantes/agravantes, a orientação predominante neste Tribunal de Justiça é de adotar-se, no cálculo, a quantia de 1/6 para cada uma delas, se nenhum elemento demonstra a necessidade de maior rigor (Apelação Criminal n. 0006494-40.2017.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Rizelo, j em 31.01.2018).

E:

O patamar de 1/6 (um sexto) para cada circunstância agravante ou atenuante, apesar de não ser uma imposição ao julgador, serve como parâmetro razoável de análise, devendo ser aplicado nas hipóteses em que o critério adotado pelo juiz mostrar-se excessivamente severo ou, ao contrário, demasiadamente brando - como ocorreu no caso sob exame. Assim, “não obstante inexistam na legislação penal qualquer indicação específica da fração a ser agregada ou reduzida da pena frente à constatação de circunstâncias legais e agravantes e/ou atenuantes, a orientação predominante deste egrégio Tribunal de Justiça é no sentido de adotar-se, no cálculo, a quantia de 1/6 (um sexto), a incidir sobre cada circunstância. (Apelação Criminal 2010.082786-1, Rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 21/06/2011). (Apelação Criminal n. 0000093-07.2017.8.24.0039, de Lages, rela. Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, j em 05.10.2017).

Partindo dessas considerações, na hipótese, o percentual adotado pela Magistrada está em consonância com aquele utilizado pela jurisprudência, de modo que não ofende os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Logo, quanto ao delito de latrocínio, mantém-se a reprimenda arbitrada ao réu Juliano, nos exatos termos da sentença condenatória, ou seja, em 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Pedido de absolvição quanto ao delito de dano qualificado formulado pelo réu Maicon Moro de Bona.

De acordo com a denúncia, transcorridos 04 (quatro) dias do cometimento do delito de latrocínio, ou seja, em 17 de novembro de 2016, o réu Juliano, acompanhado do réu Matheus, venderam o automóvel da vítima a Henrique Ramos Frigo (revendedor de veículos), pela suposta quantia de R\$ 800,00 (oitocentos reais), embora estivesse avaliado em R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais).

No mesmo dia, Henrique revendeu a Maicon Moro de Bona o

automóvel VW/Parati, pelo valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e, quando este ficou ciente da origem ilícita do veículo, ateou fogo no bem.

Em razão de tais fatos, Henrique foi denunciado pela prática do crime de receptação qualificada e, após a devida instrução processual, absolvido, nos termos do artigo 386, inciso VII, do CPP.

O réu Maicon foi denunciado pela prática do crime de receptação simples e, nos termos do artigo 386, inciso VII, do CPP, também foi absolvido, com a seguinte fundamentação:

Considerando mormente a conclusão obtida quando da análise da responsabilidade penal do acusado HENRIQUE, e ainda, levando em conta a confluência entre a versão deste com a apresentada pelo coacusado MAICON, de se reconhecer que existem sérias dúvidas de que qualquer dos dois soubesse da origem criminosa do veículo.

Por consentâneo, destaco que o relato empreendido por MAICON é coerente e de certo modo esclarece as peculiaridades da negociação, notadamente o valor compatível com o de mercado pelo qual o carro foi negociado, além do que retrata a confiança depositada na pessoa do vendedor, diante da amizade com ele mantida, e não bastasse, a ausência de registro de roubo/furto no ato da compra.

Com efeito, as condições do vendedor e o valor pago pelo bem não autorizam a extração do elemento subjetivo do tipo no caso dos autos.

Outrossim, a título de argumentação, tenho que a sinceridade da versão defensiva reverbera na última conduta ilícita descrita na denúncia, qual seja, o dano qualificado imputado justamente ao acusado MAICON, na medida em que a atitude de incendiar o veículo após a aquisição não se coaduna com o conhecimento prévio de sua origem ilícita, mas se relacionando com uma ação desesperada daquele que *a posteriori* vem a conhecer a condição do bem. Até mesmo porque se havia receio por parte do acusado de implicação na conduta criminosa do qual o bem era produto, uma vez ciente da situação simplesmente não o compraria.

Sem delongas, por coerência, assim como HENRIQUE, merece o

acusado MAICON ser absolvido da imputação que lhe pesa na denúncia, vez que inexistem provas suficientes de que sabia ela da origem espúria do veículo quando da compra (fl. 934).

Por outro lado, o réu Maicon foi condenado pelo delito de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, inciso II, do CP) e, por meio do presente recurso de apelação, pleiteou a absolvição.

Para tanto, sustentou que *“não teve vontade e consciência - dolo - em danificar completamente o veículo. Buscava, por medo e angústia, isentar qualquer responsabilização de seus familiares, destruindo impressões digitais, ao descobrir o grave crime praticado que estava relacionado ao carro que teria adquirido licitamente”*.

O pleito de absolvição merece guarida, porém, por motivo diverso. Explica-se.

Quando interrogado pela Magistrada, Maicon contou:

que adquiriu o automóvel VW/Parati de Henrique Ramos Frigo, comerciante que possui uma revenda de automóveis, pela quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) de entrada mais R\$ 13.000,00 (treze mil reais) parcelado. Asseverou que antes de efetuar a compra consultou a placa do veículo, a qual não constava registro de roubo ou furto, somente um licenciamento atrasado. Contudo, alguns dias após a aquisição do bem teve ciência, por meio do noticiário, de que o veículo era oriundo de crime, e que pertencia a uma vítima de latrocínio. Ato contínuo, por desespero, ateou fogo no veículo por medo de ser encontrado com a res e ser considerado o autor do crime. Relatou que pensou em falar com a polícia, mas estava desesperado, dormiu fora de casa e foi procurado por policiais no dia seguinte (mídia – fls. 640-641).

Henrique Ramos Frigo, em suma, relatou em juízo que adquiriu o veículo de Juliano, pois possui uma revenda de carros e o automóvel não registrava nenhuma irregularidade. Por seguinte, revendeu o veículo a Maicon pela quantia de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), sendo R\$ 5.000,00 de entrada e o restante parcelado.

Sem outras provas que apontassem a ciência da origem ilícita do bem, o apelante Maicon foi absolvido da suposta prática do crime de receptação, particularidade que reforçou sua condição de legítimo proprietário do automóvel.

Bem por isso Maicon podia dispor livremente do automóvel, o que tornou a conduta de dano atípica.

Nessa diretriz:

É atípico o comportamento de destruir, inutilizar ou deteriorar coisa própria, pois a condição de proprietário confere ao agente o direito de dar ao bem de cunho patrimonial o destino que melhor lhe aprouver” (Masson, Cleber. Código Penal comentado. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 737).

Nesse sentido, opinou o Procurador de Justiça por ocasião de seu parecer:

Assim, ainda que o ora insurgente tenha de fato incendiado o veículo VW/Parati (circunstância corroborada através do laudo pericial anexo e pela confissão espontânea), a conduta perpetrada por Maicon se mostra atípica, não configurando, na hipótese, o crime que lhe é imputado, uma vez que ao adquirir o automóvel o bem deixou de ser coisa alheia, elemento inerente ao tipo penal previsto no art. 163 do Código Penal.

[...]

Logo, ainda que sob suspeição o bem, para tal recorrente era ele o legítimo proprietário não fosse o legítimo proprietário, pois - ao que o elenco probatório indica - adquiriu o veículo de forma lícita, arcando, outrossim, com o prejuízo decorrente da inutilização. Desta feita, a conduta perpetrada mostra-se atípica, devendo ser absolvido com fulcro no art. 386, inciso III, do Código Processo Penal (fls. 1106-1107).

As peculiaridades da situação convencem, portanto, que a conduta de atear fogo no próprio automóvel foi atípica, razão pela qual deve o apelante ser absolvido pela prática do crime de dano qualificado (art. 163,



parágrafo único, inciso II, do CP), nos termos do art. 386, inciso III, do CPP.

Pedido de absolvição do delito de receptação simples por fundamento diverso, formulado pelo réu Maicon Moro de Bona.

A defesa de Maicon Moro de Bona pleiteou que *“a absolvição do crime previsto no artigo 180, caput, do Código Penal, com base no artigo 386, inciso VII, do CPP – não existir prova suficiente para a condenação – seja reformada para reconhecer que o fato não constitui infração penal, com base no art. 386, inciso I, do Código de Processo Penal”* (fl. 1016) (grifou-se).

Sem razão o apelante.

Inicialmente, cumpre registrar, em que pese o apelante postular o reconhecimento absolvição porque *“o fato não constitui infração penal”*, erroneamente fez constar o art. 386, inciso I, do CPP como fundamento para o pedido (estar provada a inexistência do fato).

Assim, uma vez que os argumentos forma direcionados à absolvição porque *“a conduta operada por Maicon comprovadamente não era criminosa”*, por suposto, pretende a subsunção da hipótese ao art. 386, inciso III, do CPP.

Assentado isso, é sabido, a absolvição com fundamento no artigo 386, inciso III, do CPP é aplicada nas hipóteses em que *o fato efetivamente ocorreu, mas não é típico*. (Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 11. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 737).

Entretanto, no caso, o fato sobre o qual se baseou a imputação ao apelante, qual seja, a compra do veículo Parati Surf/VW, é típico, sendo demonstrado por meio do conjunto probante.

Assim sendo, os depoimentos colhidos, aliados aos demais

elementos probatórios, demonstram que houve uma transação de compra e venda do automóvel da vítima, tanto que Maicon foi denunciado pela prática, em tese, do crime de receptação simples (art. 180, caput, do CP).

Diante disso, a absolvição foi decretada, exclusivamente, com base na ausência de provas sobre o conhecimento da proveniência ilícita do bem adquirido pelo apelante Maicon, situação que se amoldou, por certo, ao inciso VII do artigo 386 do CPP.

Com efeito, *“Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação de sua sentença, o melhor caminho é a absolvição”* (Nucci, Guilherme de Souza, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 732).

Diante disso, carece de interesse processual o pleito de absolvição por fundamento diverso, conforme já decidiu esta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL E AMEAÇA (CP, ARTS. 129, § 9º, E 147). INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO ACUSADO.

1. MODIFICAÇÃO DO FUNDAMENTO LEGAL DA ABSOLVIÇÃO. 1. FALTA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DO FATO (CPP, ART. 386, II). INTERESSE RECURSAL. REPERCUSSÃO NO ÂMBITO CÍVEL. 2. DEFENSOR NOMEADO. HONORÁRIOS. TABELA DA OAB/SC. ARBITRAMENTO POR EQUIDADE (CPC, ART. 85, § 2º E 8º, C/C O 3º DO CPP). VERBA FIXADA DE ACORDO COM O LABOR DESEMPENHADO NOS AUTOS.

1. Carece de interesse recursal o pedido para que o fundamento da improcedência da denúncia seja modificado, do inciso VII do art. 386 do Código Penal para seu inciso II, pois nenhuma das duas hipóteses faz coisa julgada na esfera cível. (Apelação Criminal n. 0002189-60.2016.8.24.0061, de São Francisco do Sul, rel. Des. Sérgio Rizelo, j em 22.11.2017).

Sendo assim, deixa-se de conhecer do recurso do réu Maicon, no ponto, por ausência de interesse recursal.

### Conclusão

Nessa compreensão, vota-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto por Juliano Ronchi Ribeiro, Thatyene Cardoso Rocha e Matheus Euzébio Rocha; pelo conhecimento parcial do recurso interposto por Maicon Moro de Bona e, nessa extensão, pelo provimento parcial para, no tocante ao delito de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, inciso II, do CP), decretar a absolvição, com fundamento no artigo 386, inciso III, do CPP.

Por fim, importa destacar a orientação do Supremo Tribunal Federal que entende ser possível o imediato cumprimento da pena, nos casos em que a sentença condenatória é confirmada pelo juízo ad quem.

Sendo assim, conclui-se pela necessidade do início da execução da pena, de modo que o Juízo da condenação deverá tomar as providências necessárias para o imediato cumprimento da reprimenda, após o pleno exercício do duplo grau de jurisdição.

É o voto.

**Apelação Criminal n. 0010272-48.2017.8.24.0023, da Capital**  
Relator: Des. Sérgio Rizelo

APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/06, ART. 33, *CAPUT*); POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (LEI 10.826/03, ART. 12); E RECEPÇÃO DOLOSA (CP, ART. 180, *CAPUT*). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DOS ACUSADOS.

1. PRELIMINARES. 1.1. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (CPP, ART. 399, § 2º). PREVISÃO NÃO ABSOLUTA. JUIZ PRESIDENTE DA AUDIÊNCIA. OPÇÃO POR OUTRA VARA. 1.2. ILICITUDE DA PROVA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FLAGRANTE DELITO. EXCEÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL. 1.3. INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXPOSIÇÃO DOS FATOS CRIMINOSOS. 1.4. INDEFERIMENTO DO EXAME PAPIOSCÓPICO. DISPENSABILIDADE. 1.5. PERÍCIA NO LOCAL DOS FATOS. AUSÊNCIA DOS ACUSADOS. PRESCINDIBILIDADE. INTIMAÇÃO DA DEFESA. 1.6. INDEFERIMENTO DE PERGUNTAS NA AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. 2. TRÁFICO DE DROGAS. 2.1. MATERIALIDADE. LAUDO DE CONSTATAÇÃO. PEÇA INFORMATIVA. 2.2. PROVA DA AUTORIA. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS CIVIS. ACUSADOS FLAGRADOS COM GRANDE QUANTIDADE DE MACONHA, HAXIXE, E COCAÍNA. DESTINAÇÃO COMERCIAL COMPROVADA NOS AUTOS. 3. CRIME DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ACUSADO FLAGRADO MANTENDO EM DEPÓSITO ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. 4. RECEPÇÃO DOLOSA. PROVA DO DOLO. CIRCUNSTÂNCIAS DA AQUISIÇÃO. CIÊNCIA DA ORIGEM ILÍCITA DOS BENS. 5. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (LEI 11.343/06, ART. 33, § 4º). DEDICAÇÃO A

ATIVIDADES CRIMINOSAS. 6. REGIME INICIALMENTE SEMIABERTO. *QUANTUM* DA PENA. 7. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. 8. PRISÃO PROVISÓRIA. DETRAÇÃO (CPP, ART. 387, § 2º). 9. RESTITUIÇÃO DOS BENS APREENDIDOS. ORIGEM LÍCITA NÃO COMPROVADA. 10. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.

1.1. O princípio da identidade física do juiz é relativizado na hipótese de o Órgão Especial do Tribunal aceitar pedido de opção, para lotação em outra vara, do magistrado que presidiu a audiência de instrução do processo-crime.

1.2. Presente o estado de flagrância, é legítimo o ingresso dos agentes públicos na residência onde é implementado o tráfico de drogas, mesmo sem mandado de busca e apreensão, nos termos da excepcionalidade disposta no inciso XI do art. 5º da Constituição Federal.

1.3. Não é inepta a denúncia que descreve que os agentes guardavam narcóticos no interior da residência; declina os locais e delimita as datas em que tais fatos teriam ocorrido; e lhes imputa, diante de tais condutas, a prática do delito de tráfico de drogas.

1.4. O indeferimento do exame papiloscópico não configura cerceamento de defesa, pois o § 1º do art. 400 do CPP prevê a possibilidade de o juiz indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, sem que isso implique em nulidade.

1.5. É prescindível a presença dos acusados na realização de perícia no local dos fatos quando ela é realizada apenas para confirmar se do ponto em que os policiais realizaram a campana era possível visualizar o quarto onde estavam com as drogas, sobretudo se a defesa foi devidamente intimada da data e hora da realização da diligência.

1.6. Não há nulidade se o indeferimento de perguntas

sobre os documentos juntados aos autos (fotografias do local do flagrante), no dia da audiência, pela defesa, não causou prejuízo às partes, especialmente porque, posteriormente, foi realizada perícia que esclareceu todas as dúvidas a respeito da diligência policial.

2.1. O laudo de constatação preliminar não exige formalidade rígida para sua elaboração e presta-se à mera constatação inicial de que o material apreendido assemelha-se à droga, cabendo ao laudo definitivo a incumbência da identificação, após a realização dos exames físico-químicos pertinentes, da substância entorpecente capaz de causar dependência física e/ou psíquica.

2.2. Os depoimentos de policiais civis, no sentido de que, após receberem denúncias de que joias provenientes de um roubo estariam na residência dos acusados e, ao realizarem campanhas, os flagraram no local com vultosa quantidade de drogas, arma e balança de precisão, são provas suficientes da autoria e da materialidade delitivas, a ponto de justificar suas condenações pela prática da infração penal de tráfico de entorpecentes.

3. A localização de artefato bélico em poder do acusado, na sua residência, é suficiente para comprovar a autoria do crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, pois inexistente comprovação de que pertencesse a terceiros.

4. A aquisição de diversas joias e relógios por quantia irrisória, desacompanhada de documento comprobatório da negociação, evidencia a ciência do agente acerca da sua origem ilícita e caracteriza a prática delitiva de receptação dolosa.

5. As provas constantes nos autos evidenciam a dedicação dos acusados às atividades criminosas, fundamento idôneo para o indeferimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, porquanto demonstra certo grau de comprometimento dos agentes com o narcotráfico.

6. O regime inicialmente semiaberto ao resgate da pena deve ser mantido diante do *quantum* sancionador aplicado,

conforme dicção do art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal.

7. É inviável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos quando a pena aplicada é superior a 4 anos de reclusão.

8. A detração não impõe a modificação do regime inicialmente semiaberto para o cumprimento de pena se, até a data da prolação da sentença ou a desse julgamento, sendo aplicada a de 6 anos e 3 meses de reclusão ao acusado primário, ele passou menos de 2 anos e 3 meses em prisão cautelar.

9. Deve ser mantido o perdimento dos objetos apreendidos, nos termos do art. 63 da Lei 11.343/06, pois não comprovada a origem lícita.

10. Não é carente de fundamentação o comando judicial que, ao negar o direito de o acusado recorrer em liberdade, mantém a prisão cautelar que durou todo o processo, quando presentes os requisitos da segregação preventiva.

#### RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0010272-48.2017.8.24.0023, da comarca da Capital (3ª Vara Criminal), em que são Apelantes Maique Fogaça da Silva e outros e Apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos; negar-lhes 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 aos Acusados, caso isso ainda não tenha sido implementado. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 19 de junho de

2018, os Excelentíssimos Desembargadores Volnei Celso Tomazini e Norival Acácio Engel. Atuou pelo Ministério Público a Excelentíssima Procuradora de Justiça Cristiane Rosália Maestri Böell.

Florianópolis, 21 de junho de 2018.

Sérgio Rizelo  
PRESIDENTE E RELATOR

## RELATÓRIO

Na Comarca da Capital, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Edson Pereira de Andrade Júnior, Gustavo da Silva Carriço, Maique Fogaça da Silva e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, imputando-lhes a prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06; contra Edson Pereira de Andrade Júnior pelo cometimento também do delito positivado no art 12 da Lei 10.826/03; e contra Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade pela conduta descrita no art. 180, *caput*, do Código Penal, nos seguintes termos:

1. Do crime de receptação por parte do denunciado Valdir [Antônio] Bento da Silva de Andrade

Em data e local a serem melhor apurados no decorrer da instrução processual, mas certamente entre os dias 3 de maio e 19 de maio de 2017, o denunciado Valdir [Antônio] Bento da Silva de Andrade adquiriu, em proveito próprio, 2 (dois) relógios da marca Empório Armani, 1 (um) relógio da marca Tissot, 1 (um) anel aparentando ser de ouro e 1 (uma) corrente aparentando ser de ouro, sabedor de sua origem ilícita, uma vez que os objetos foram supostamente comprados pelo denunciado de um “casqueiro” e eram produtos do roubo ocorrido em no dia 3 de maio de 2017, na residência de Sidney José Martins, localizada na Rua Assis Brasil, 6016, Bairro Ponta de Baixo, São José/SC, tudo nos termos do Auto de Prisão em Flagrante da fl. 1, Boletim de Ocorrência das fls. 2/6,



Auto de Exibição e Apreensão das fls. 7/8, Laudo de Avaliação Indireta de fl. 9, Termo de Reconhecimento e Entrega de fl. 10 e depoimentos prestados na fase policial (fls. 11/13 e fl. 17).

2. Do crime de tráfico de drogas por parte dos denunciados Edson Pereira de Andrade Júnior, Gustavo da Silva Carriço, Maique Fogaça da Silva e Valdir [Antônio] Bento da Silva de Andrade

No dia 19 de maio de 2017, às 20 horas e 30 minutos, na Servidão Antônio Monteiro n. 252, Bairro Agrônômica, nesta Capital, os denunciados Edson Pereira de Andrade Júnior, Gustavo da Silva Carriço, Maique Fogaça da Silva e Valdir [Antônio] Bento da Silva de Andrade guardavam e mantinham em depósito, para fins de comercialização, fornecimento e distribuição, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 2 (dois) torrões grandes de maconha, com massa bruta total de 920,8g (novecentos e vinte gramas e oito decigramas), 2 (duas) porções de maconha, com massa bruta total de 16,4g (dezesseis gramas e quatro decigramas), 1 (uma) porção de maconha na forma resinosa, com massa bruta total de 4,1g (quatro gramas e uma decigrama), 4 (quatro) pacotes de cocaína petrificada, popularmente conhecida como *crack*, com massa bruta total de 832,5g (oitocentos e trinta e dois gramas e cinco decigramas), 880 (oitocentos e oitenta) pacotes pequenos de cocaína petrificada, popularmente conhecida como *crack*, com massa bruta total de 312,5g (trezentos e doze gramas e cinco decigramas) e 1 (um) pacote de cocaína em pó, com massa bruta total de 32,5g (trinta e duas gramas e cinco decigramas), drogas essas capazes de causar dependência física e/ou psíquica, estando o uso proibido em todo o território nacional, de acordo com a Portaria n. 344/98 da Anvisa e atualizações subsequentes, tudo nos termos do Auto de Prisão em Flagrante da fl. 1, Boletim de Ocorrência das fls. 2/6, Auto de Exibição e Apreensão das fls. 7/8, Laudo de Constatação n. 376/17 das fls. 43/44 e depoimentos prestados na fase policial (fls. 11-13).

Por ocasião dos fatos, agentes da Divisão de Investigações Criminais de São José (DIC) receberam informações de que as joias subtraídas no dia 3 de maio de 2017 da residência de Sidney José Martins estariam no endereço acima mencionado, razão pela qual se dirigiram até o local.

Realizada campana numa casa abandonada, os policias civis observaram pela janela os quatro denunciados embalando as drogas apreendidas, dando azo à abordagem policial. A entrada na residência foi franqueada pela genitora dos denunciados Edson e Valdir e, em buscas pelo imóvel, foram encontrados os entorpecentes acima descritos, além de uma 1 (uma) balança de precisão da marca Powerpack, as joias pertencentes à Sidney José Martins e os demais itens descritos no Auto de Exibição de fls. 7-8.

3. Do crime de posse ilegal de arma de fogo por parte do denunciado Edson Pereira de Andrade Júnior

No dia 19 de maio de 2017, às 20 horas e 30 minutos, na Servidão Antônio Monteiro n. 252, Bairro Agronômica, nesta Capital, o denunciado Edson Pereira de Andrade Júnior possuía, no interior de sua residência, 1 (uma) pistola Taurus, modelo 638, calibre .380, com um carregador contendo 11 (onze) munições de calibre .380 intactas, tudo de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme Auto de Prisão em Flagrante da fl. 1, Boletim de Ocorrência das fls. 2/6, Auto de Exibição e Apreensão das fls. 7/8 e depoimentos prestados na fase policial (fls. 11-13 e fl. 23).

Na oportunidade dos fatos, após perceber a aproximação dos policiais civis, o denunciado Edson Pereira de Andrade Júnior tentou pular a janela da residência portando a arma de fogo, no entanto, foi contido pelos agentes públicos, que lograram em realizar sua prisão em flagrante (fls. 73-77).

Concluída a instrução, a Doutora Juíza de Direito Cleni Serly Rauen Vieira julgou procedente a exordial acusatória e condenou:

a) Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade à pena de 7 anos e 3 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, e 635 dias-multa, arbitrados individualmente no mínimo legal, pelo cometimento dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e 180, *caput*, do Código Penal;

b) Edson Pereira de Andrade Júnior à pena de 6 anos e 3 meses de

reclusão, e a 1 ano de detenção, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, e 635 dias-multa, arbitrados individualmente no mínimo legal, pelo cometimento dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e 12 da Lei 10.826/03; e

c) Gustavo da Silva Carriço e Maique Fogaça da Silva à pena de 6 anos e 3 meses de reclusão, a ser resgatada em regime inicialmente semiaberto, e 625 dias-multa, arbitrados individualmente no mínimo legal, pela prática do crime positivado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (fls. 1.002-1.035 e 1.054-1.056).

Insatisfeitos, Edson Pereira de Andrade Júnior, Gustavo da Silva Carriço, Maique Fogaça da Silva e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade deflagraram recursos de apelação.

Nas razões do inconformismo, Gustavo da Silva Carriço alega, preliminarmente, ser impositiva a proclamação da nulidade a) do feito diante da ilicitude da prova, tendo em vista que houve violação de domicílio pelos Policiais atuantes na diligência, que não possuíam autorização judicial de busca para adentrar na residência; b) da denúncia, por ser inepta; c) do indeferimento da realização de perícia papiloscópica na droga apreendida; e d) da perícia produzida no local dos fatos, diante da sua ausência na produção da prova.

No mérito, requer, em síntese, a decretação da sua absolvição, por não existir prova suficiente para a condenação, com fundamento no art. 386, V e VII, do Código de Processo Penal.

De modo subsidiário, almeja a) a concessão do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em grau máximo; b) a restituição dos bens apreendidos; c) a aplicação da detração penal nos termos no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal; d) a modificação do regime inicial de cumprimento da pena; e) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; e f) o direito de recorrer em liberdade (fls. 1.113-1.160).

Edson Pereira de Andrade Júnior e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade alegam, preliminarmente, a nulidade a) do feito, diante da violação ao princípio da identidade física do Juiz da causa; b) da produção da prova, por violação de domicílio; c) da denúncia, por sua inépcia; d) do indeferimento da realização de perícia papiloscópica na droga e na arma apreendidas; e) da perícia produzida no local dos fatos diante de suas ausências na produção da prova; e f) da violação do princípio do contraditório, diante do indeferimento de perguntas das Partes quanto a documentos e fotografias anexados aos autos.

No mérito, requerem, em síntese, a decretação das suas absolvições, por insuficiência probatória em relação a todos os crimes pelos quais foram condenados, com a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Em relação à dosimetria da pena, almejam a concessão no redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, com a conseqüente alteração do regime prisional para o inicialmente aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 1.161-1.278).

Maique Fogaça da Silva postula, preliminarmente, a proclamação da nulidade do feito, diante da inépcia da denúncia.

No mérito, requer a decretação da sua absolvição, por insuficiência de prova quanto à materialidade e autoria delitivas.

Caso não seja esse o entendimento do Colegiado, requer a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, com a conseqüente modificação do regime prisional para o inicialmente aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 1.279-1.316).

O Ministério Público ofereceu contrarrazões pelo conhecimento e desprovimento dos reclamos (fls. 1319-1335).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça José Eduardo Orofino da Luz

Fontes, posicionou-se pelo conhecimento e não provimento dos recursos (fls. 1.342-1.359).

Este é o relatório.

## VOTO

Os recursos preenchem os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual devem ser conhecidos.

### 1. Preliminarmente

1.1. A alegação de violação ao princípio da identidade física do Juiz, deduzida pelos Apelantes Edson Pereira de Andrade Júnior e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, ante a diversidade de Magistrados atuantes no feito, não comporta acolhimento.

Verifica-se que a Doutora Juíza de Direito Denise Helena Schild de Oliveira presidiu as audiências de instrução, ao passo que a sentença resistida foi prolatada pela Doutora Juíza de Direito Cleni Serly Rauen Vieira em 18.1.18.

Ainda assim não se constata violação ao contido no art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal.

É que o mencionado preceito legal e o princípio nele positivado não se revestem de caráter absoluto, impassível de exceções.

Em vigor há muito tempo na esfera civil, já se firmou o entendimento de que referido princípio não pode ser visto com exagero, pois é inviável que o mesmo juiz responsável por colher a prova seja o julgador da causa em todas as situações.

Atento a isso, prescrevia o art. 132, *caput*, do antigo Código de Processo Civil que “o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência

justrará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.

Vale destacar que, “sem embargo da iminente revogação do art. 132 do CPC, as ressalvas à aplicação do princípio da identidade física do juiz nele inseridas continuam plenamente válidas, porquanto, em todas elas, há a cessação da competência do magistrado para o julgamento dos feitos por ele anteriormente instruídos” (DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 635).

O entendimento decorre do fato de que o próprio credor da tutela jurisdicional poderia ter seu direito prejudicado em face do afastamento do Magistrado da comarca por período indeterminado, impedindo a aplicação de um dos maiores anseios do processualismo moderno, que se constitui na celeridade do julgamento do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Se relativizado é o princípio na esfera cível, com maior relevância deve-se observar igual entendimento na seara penal, não só em razão do disposto no art. 3º da Lei Adjetiva, mas também porque, ao tutelar um dos maiores direitos do cidadão, a liberdade, e ao lidar constantemente com processos penais envolvendo réus presos, necessária é maior agilidade na conclusão da *persecutio criminis*.

Andrey Borges de Mendonça, ao comentar o alcance do referido princípio, positiva:

O legislador não previu nenhuma exceção ao princípio da identidade física. A referida disciplina, porém, não pode ser vista com exageros, pois seria impossível, em todas as situações, que o mesmo juiz que colheu a prova venha a sentenciar o feito. Haverá hipóteses em que será impossível, física (morte) ou juridicamente (aposentadoria), que o mesmo magistrado que colheu a prova venha julgar. Assim, como o texto legal não trouxe a disciplina sobre a questão, entendemos aplicável o art. 132 do CPC por analogia (art. 3º do CPP), aplicando-se ao processo penal as exceções previstas naquele artigo (*Nova reforma do código de*

*processo penal*: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008. p. 286-287).

Dessa forma, não obstante seja omissivo o Código de Processo Penal a respeito, relativizado deve ser o princípio da identidade física do Juiz, nos mesmos moldes da norma civil, permitindo-se que o magistrado diverso profira sentença em ação penal da qual não participou de toda a instrução processual quando, pelas questões fáticas, isso se fizer necessário.

A propósito, vale citar as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça:

3. O princípio da identidade física do juiz deve ser interpretado sob a ótica do art. 132 do antigo Código de Processo Civil, vigente à época da prolação da sentença, *c/c* o art. 3º do Código de Processo Penal. Neste sentido, é possível relativizá-lo por motivo de licença, afastamento, promoção, aposentadoria ou outro motivo legal que obste o magistrado que presidiu a instrução de sentenciar a ação penal. 4. “Segundo entendimento desta Corte, a remoção do Magistrado está dentro das hipóteses do art. 132, do Código de Processo Civil, configurando exceção à obrigatoriedade de ser o processo-crime julgado pelo Juiz que presidiu a instrução” (ut, (AgRg no AREsp 395.152/PB, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 13/05/2014). 5. *Habeas corpus* não conhecido (HC 373.255, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 6.12.16).

E:

A jurisprudência desta Corte Superior entende que o princípio da identidade física do juiz não é absoluto e pode ser mitigado pelas hipóteses previstas no art. 132 do anterior Código de Processo Civil. Em se tratando de nulidade relativa, necessária para o seu reconhecimento a demonstração de prejuízo pela parte, situação que, segundo o Tribunal estadual, não ocorreu nos autos. [...] (REsp 1.419.615, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 27.9.16).

Na hipótese, tem-se que, em 4.10.17, o Órgão Especial desta Corte deferiu o pedido de opção da Doutora Juíza de Direito Denise Helena Schild de Oliveira para o Juizado Especial Criminal do Foro do

Continente e Unidade de Delitos de Trânsito (conforme Ato GP 1.954, disponibilizado no Diário da Justiça eletrônico 2.682, de 5.10.17) e, em razão da vacância, o Magistrado Rudson Marcos foi promovido ao cargo de Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca, na sessão do Órgão Especial realizada no dia 18.10.17 (nos termos do Ato GP 2.021, disponibilizado no Diário de Justiça eletrônico 2.691, de 19.10.17).

Contudo, diante do afastamento autorizado do Magistrado titular até 31.1.18 (conforme consulta realizada na Coordenadoria dos Magistrados deste Tribunal), a Magistrada Cleni Serly Rauen respondeu pela 3ª Vara Criminal da Capital até seu retorno.

Sendo assim, uma vez que a Doutora Juíza de Direito Denise Helena Schild de Oliveira não estava mais lotada na 3ª Vara Criminal da Comarca da Capital ao tempo da sentença resistida, era impossível que fosse ela sua prolatora.

Dessa forma, a inobservância do princípio do juiz natural ocorreu dentro da estrita excepcionalidade aceita pela jurisprudência.

Afasta-se, por isso, a prefacial deduzida.

1.2. Não prospera a alegação dos Recorrentes Gustavo da Silva Carriço, Edson Pereira de Andrade Júnior e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, de ilicitude da prova colhida mediante violação à garantia constitucional insculpida no art. 5º, XI, da Carta Magna, sob o argumento de que os Policiais não tiveram autorização para ingressar nas residências.

Sintetiza-se, inicialmente, que o presente processo-crime embasou-se nas investigações conduzidas pela Polícia Civil a respeito de um roubo ocorrido na cidade de São José/SC. Após a obtenção do possível endereço onde as joias roubadas estariam, descoberto por meio do site de vendas OLX, no qual os ornamentos foram colocados para comercialização, os Policiais deslocaram-se ao local, para realizarem campanhas visando



elucidar os fatos.

No endereço mencionado situava-se a residência dos Apelantes Edson Pereira de Andrade Júnior e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade; porém, como o portão do local era alto e impedia o ingresso da guarnição, os Policiais entenderam necessário realizar a campana por intermédio do imóvel vizinho, após constatarem que estava desabitado.

Foi assim que os Agentes Estatais realizaram campana e avistaram os Recorrentes dentro de um dos cômodos, com drogas sobre a cama, e um deles estava na posse de arma de fogo. Diante disso, os Policiais ingressaram no local e procederam a abordagem, logrando apreender 937,2g de maconha; 4,1g de *baxixe*; 1.145g de *crack*; 32,5g de cocaína em pó; balança de precisão; uma pistola calibre .380; e as joias provenientes do roubo consumado em São José.

O crime de tráfico de drogas, na modalidade “manter em depósito”, é permanente; ou seja, a consumação prolonga-se no tempo e, encontrando-se o agente no estado de flagrância disposto no art. 303 do Código de Processo Penal, prescindível é a ordem judicial para o ingresso em seu domicílio.

Destaca-se que, do ponto onde os Policiais realizaram a campana, alguns deles disseram ter visto os Apelantes “picotando/manipulando/embalando” as drogas, embora outros não tenham relatado com precisão essa constatação.

Contudo, apesar de a Defesa questionar a ausência de prova de que os Recorrentes estivessem “picotando ou manipulando” as drogas, circunstância que “teria dado azo” à abordagem policial, certo é que todos os Agentes Estatais mencionaram que visualizaram a droga no quarto. Logo, ainda que os Recorrentes não estivessem “embalando/manipulando/picotando” as substâncias entorpecentes, a entrada dos Policiais, ainda assim, foi lícita, pois antes de “embalar/manipular/picotar” eles já as “mantinham em depósito”.

Sendo assim, era desnecessário que os Policiais estivessem munidos de mandado de busca e apreensão ou fossem autorizados pelos Apelantes a ingressarem no imóvel, pois o próprio comando da garantia constitucional ressalva que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Guilherme de Souza Nucci acentua:

Desnecessidade de mandado em caso de flagrante: é indiscutível que a ocorrência de um delito no interior do domicílio autoriza a sua invasão, a qualquer hora do dia ou da noite, mesmo sem o mandado, o que, aliás, não teria mesmo sentido exigir fosse expedido. Assim, a polícia pode ingressar em casa alheia para intervir num flagrante delito, prendendo o agente e buscando salvar, quando for o caso, a vítima. Em caso de crimes permanentes (aqueles cuja consumação se prolonga no tempo), como é o caso de tráfico de entorpecentes, na modalidade “ter em depósito” ou “trazer consigo”, pode o policial penetrar no domicílio efetuando a prisão cabível (*Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 530-531).

Além disso, segundo afirmaram os Policiais e as testemunhas, conforme será detalhado, a primeira casa onde ingressaram para monitorar a ação dos Recorrentes estava inabitada e destrancada, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na ação.

Ainda que os Apelantes afirmem que a casa pertencia à irmã deles, circunstância ratificada pela informante Vera Helena da Silva, mãe de Edson Pereira de Andrade Júnior e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, não coligiram aos autos nenhum documento nem arrolaram a dita proprietária do imóvel a fim de confirmar a veracidade de seus relatos. Ademais, não há como acreditar que uma casa estivesse destrancada, mesmo não estando abandonada.

A testemunha arrolada pela Defesa, Paulo Rogério Pinheiro dos

Santos, aclarou que, na época dos fatos, a casa estava abandonada; era comum a família deixar tudo aberto e que não sabia se eles a alugavam (mídia da fl. 451).

Registre-se que, como a inviolabilidade do domicílio protege, em última análise, o direito à intimidade, não importa se a casa está ou não ocupada no momento do ingresso de terceiros. Mesmo estando vazia é inviável que estranhos nela penetrem, pois o que a proteção do art. 5º, XI, da Carta Magna não abarca é a casa abandonada, já que, neste caso, ausente a figura do morador, não há falar em tutela do direito à intimidade.

Embora a inviolabilidade domiciliar constitua uma das mais antigas e importantes garantias individuais de uma sociedade civilizada, por englobar a tutela da intimidade, da vida privada, da honra, bem como a proteção individual e familiar do sossego e da tranquilidade, não pode constituir “verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas” (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 35).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 603.616, com repercussão geral reconhecida e no qual era questionada a licitude de prova obtida mediante invasão de domicílio por Autoridades Policiais sem mandado judicial de busca e apreensão, Relator o Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes, deliberou, no dia 5.11.15 e por maioria de votos, negar-lhe provimento e fixar tese nos seguintes termos: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”.

No caso, a entrada foi motivada, uma vez que os Agentes Estatais, após descobrirem o endereço onde estariam joias roubadas em São José,

realizaram campana, pela casa vizinha (abandonada), quando visualizaram que os Recorrentes mantinham em depósito narcóticos e arma de fogo.

Sendo assim, diante da atitude dos Apelantes e da fundada suspeita de que crime de flagrante permanente ocorria, não há falar em violação de domicílio.

Orienta o Supremo Tribunal Federal:

É orientação desta Corte ser dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Precedente. IV - Recurso ordinário a que se nega provimento (STF, *RHC* 121419, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 2.9.14).

O Superior Tribunal de Justiça reiteradamente delibera:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. 1. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. ILEGALIDADE DA PROVA QUE SUBSIDIA A DENÚNCIA. PLEITO DE TRANCAMENTO. INVIABILIDADE. HIPÓTESE DE FLAGRÂNCIA. CRIMES PERMANENTES. TRÁFICO NA MODALIDADE “TER EM DEPÓSITO” E POSSE DE ARMA DE FOGO. SITUAÇÃO ALBERGADA PELO ART. 5º, XI, DA CF. AUSÊNCIA DE NULIDADE. 2. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* IMPRÓVIDO. 1. O crime de tráfico de drogas, na modalidade “ter em depósito”, bem como o crime de posse de arma de fogo, são crimes permanentes, razão pela qual o estado de flagrância se protraí no tempo. 2. Nesse contexto, estando os recorrentes em situação de flagrância, situação albergada pelo art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, não há se falar em violação de domicílio, razão pela qual a prova derivada da referida diligência se revela lícita e apta a subsidiar a denúncia. 3. Recurso em habeas corpus impróvido (*RHC* 65.440, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 24.5.16).

Esse o quadro, sendo lícita a apreensão das substâncias entorpecentes, das joias provenientes de roubo, de apetrechos e de arma de fogo, não se pode falar na inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º,

LVI), tampouco na contaminação das demais provas coligidas aos autos (CPP, art. 157).

1.3. Os Recorrentes Edson Pereira de Andrade Júnior, Gustavo da Silva Carriço, Maique Fogaça da Silva e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade invocam, também como prefacial de mérito, a decretação da nulidade do feito por inépcia da exordial acusatória, dada a inobservância dos requisitos elencados no art. 41 do Código de Processo Penal.

Sem razão, porém.

Dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal:

A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

A íntegra da denúncia consta no relatório deste voto e, como de sua leitura se pode perceber, há clara menção a todos os requisitos exigidos pela norma, sobretudo a qualificação dos Apelantes, as condutas por eles perpetradas, com todos os seus pormenores, a classificação dos crimes e o rol de testemunhas.

Especialmente sobre as circunstâncias delitivas, quanto ao crime de tráfico de drogas, observa-se ter o *Parquet* especificado que os Recorrentes “guardavam e mantinham em depósito” os narcóticos, para fins de comercialização, sendo flagrados com todo o conteúdo ilícito dentro do quarto da residência, além da arma, de outros apetrechos ligados ao comércio ilícito e às joias provenientes de roubo.

Esta Corte de Justiça guia:

APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DAS DEFESAS. PRELIMINARES. ALEGADA NULIDADE DO FEITO POR INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PEÇA EM CONFORMIDADE COM AS

EXIGÊNCIAS DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REJEIÇÃO. [...] Cediço que a inépcia da denúncia só pode ser reconhecida se sua deficiência impedir a compreensão da acusação e, consequentemente, a defesa do réu. No caso em tela, a peça acusatória não apresenta qualquer vício de forma, contando com descrição suficiente do fato e individualizando a conduta, o que possibilitou o exercício da defesa pelo apelante, não havendo qualquer prejuízo a ser declarado. [...] (Ap. Crim. 0003634-71.2009.8.24.0025, Rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 17.3.16).

No mesmo sentido, também deste Tribunal de Justiça, dentre muitas: Ap. Crim. 0030074-79.2012.8.24.0064, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 11.8.16; e Ap. Crim. 0018328-41.2015.8.24.0023, Rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 9.8.16.

As demais circunstâncias fáticas descritas na denúncia apenas detalham como ocorreu a abordagem, de acordo com o relato dos Agentes Públicos prestados logo após o flagrante, as quais nem sequer necessitariam fazer parte dela, pois o núcleo tipo dos artigos violados já havia sido perfeitamente descrito.

Sendo assim, o fato de os Apelantes estarem ou não “embalando/picotando/manipulando” as drogas, circunstância que “teria dado azo” à abordagem policial, é apenas uma circunstância fática descritiva da denúncia, cuja ausência não a tornaria inepta.

Já deliberou o Superior Tribunal de Justiça que “não é inepta a denúncia que, como no presente caso, narra a ocorrência de crimes em tese, bem como descreve as suas circunstâncias e indica os respectivos tipos penais, viabilizando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos moldes do previsto no artigo 41 do Código de Processo Penal” (AgRg nos Edcl no AREsp 817.327, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Maria Thereza Assis de Moura, j. 4.2.16).

Assim, por estar a denúncia de acordo com o preceituado no art. 41 do Código de Processo Penal, não há falar em cerceamento de defesa

(CF, art. 5º, LV), uma vez que a narrativa efetuada pelo *Parquet* permitiu aos Recorrentes a livre articulação de suas teses defensivas, sem nenhuma dificuldade.

1.4. Os Apelantes Gustavo da Silva Carriço, Edson Pereira de Andrade Júnior e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade postulam a proclamação da nulidade do processo-crime, por ter a Autoridade Judiciária de Primeiro Grau indeferido diligência consistente na realização de perícia papiloscópica na arma de fogo e nos entorpecentes apreendidos no dia dos fatos.

A circunstância não é hábil a caracterizar mácula no processamento do feito.

Isso porque a prova, se produzida, seria inócua para demonstrar a inocência dos Recorrentes, visto que a informação pretendida com a realização do exame técnico não teria o condão de desconstituir o verdadeiramente ocorrido, pois os Agentes Estatais foram claros em afirmar que a droga estava no quarto da residência onde eles estavam.

O exame papiloscópico não é de simples realização e, em diversas oportunidades, sua execução fica inviabilizada pelas circunstâncias do objeto periciado e do desenvolvimento da conduta ilícita, de modo que a sua inconclusão ou a ausência de vestígios de digitais dos Apelantes na arma de fogo e nos invólucros das drogas apreendidos não acarretaria, inexoravelmente, a comprovação de suas inocências nem instauraria dúvida capaz de obscurecer o contexto delitivo.

Sobre o tema:

Para que tenhamos uma impressão digital, é necessário o contato da polpa da falange de um de nossos dedos com um suporte qualquer.

No entanto, este suporte deve ter certas características para que seja possível visualizar essa impressão digital ou, pelo menos, ser possível a sua recuperação por intermédio dos diversos métodos de coletas existentes.

Há toda uma mística, muito fantasiada pelo próprio cinema e televisão, de que é possível coletar uma impressão digital em qualquer suporte. Não é verdade. Para ser possível essa tarefa, o suporte deve ser liso, sem rugosidades e com a menor porosidade possível. É lógico que o tipo de revelador influenciará no sucesso da coleta de uma impressão digital, no entanto, existem limitações (ESPINDULA, Alberi. *Perícia Criminal e Cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2005. p. 333).

Assim, a prova de que os Recorrentes pretendiam produzir não é relevante ao deslinde dos fatos, sobretudo quanto se analisa os demais elementos probatórios, como a expressa menção dos Agentes Estatais em tê-los visto no ambiente em que localizados o artefato e as drogas confiscadas, razão pela qual nenhum prejuízo resulta de seu indeferimento, inexistindo, por consequência, qualquer mácula no feito, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

A simples atitude de os Policiais recolherem a arma e as drogas sem portarem luvas ou outros aparatos que pudessem não marcá-las com as próprias digitais já inviabilizaria o exame pericial, tudo agravado pelo fato de que muitos outros Agentes Estatais podem tê-las manuseado posteriormente as suas apreensões e antes que fossem submetidas à pesquisa, circunstâncias que bem revelam a inviabilidade da realização da prova.

Outrossim, como foi dito, os Policiais viram os Apelantes em poder dos narcóticos e da arma de fogo, de modo que seus testemunhos é que serão cotejados para saber se merecem credibilidade.

Muito bem fundamentou a desnecessidade da produção dessa prova a Magistrada sentenciante:

Diante disso, considero despicienda e eminentemente protelatório o pedido das defesas para a realização de perícia papiloscópica nos “papelotes” de *crack* e cocaína apreendidas nos autos, na medida em que não se prestariam a alterar o convencimento quanto à autoria do crime



de tráfico de drogas, porquanto suficientes as provas já acostadas, no mais a mais, tem-se que a contaminação da prova quanto às digitais diante da inexistência de seu isolamento ou de contato de apenas uma pessoa, sendo altamente improvável que o policial que encontrou a substância entorpecente tenha utilizado luvas ou qualquer outro material que preservasse as impressões digitais eventualmente existentes na embalagem quando procedeu ao seu recolhimento.

Ademais, a hipótese para realização do corpo de delito está taxativamente prevista no Código de Processo Penal, em seu artigo 158, que assim dispõe: “Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado” e o crime de tráfico infringido é daqueles que não deixa vestígios o, assim a perícia mostra não ser imprescindível, uma vez que o tipo penal supostamente infringido não deixa vestígios. Logo, tratando-se de prova prescindível para o deslinde da questão, e havendo outras formas de provas que se mostrem suficientes nos autos para indicar com a certeza necessária a responsabilização pelo crime de tráfico narrado na exordial acusatória, desnecessária a realização do exame de corpo de delito pretendido (fl. 1.022).

O Supremo Tribunal Federal já assentou que “o indeferimento da diligência pelo magistrado de primeiro grau não configura cerceamento de defesa, uma vez que o próprio Código de Processo Penal prevê, no § 1º do art. 400, a possibilidade de o juiz indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, sem que isso implique em nulidade da respectiva ação penal” (RHC 120.551, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 8.4.14).

No mesmo sentido, em casuística similar, julgou esta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO (ART. 16, *CAPUT*, DA LEI N. 10.826/03 DO CÓDIGO PENAL) E RESISTÊNCIA (ART. 329, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). ÉDITO CONDENATÓRIO. INCONFORMISMO DA DEFESA. PRELIMINAR DE

CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O INDEFERIMENTO DA REALIZAÇÃO DE EXAME PAPIOSCÓPICO NOS OBJETOS APREENDIDOS. MATÉRIA PRECLUSA. DECISÃO DENEGATÓRIA FUNDAMENTADA E CALCADA NA PERSUASÃO RACIONAL E LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO. INOCUIDADE DA PROVA. PREFACIAL AFASTADA. [...] (Ap. Crim. 2014.077761-6, Rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 11.12.14).

Diante do exposto, afasta-se também essa proemial.

1.5. Os Recorrentes Gustavo da Silva Carriço, Edson Pereira de Andrade Júnior e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade almejam a decretação da nulidade da perícia produzida no local dos fatos, diante do indeferimento de suas participações na produção da prova.

Novamente, sem razão.

Ao deferir a produção da prova, Sua Excelência justificou a desnecessidade da participação dos Apelantes no ato, nos seguintes termos:

Na verdade, não se trata de “reprodução simulada dos fatos”, como postulado pela defesa, e sim, de realização de perícia a ser efetuada no local dos fatos, tão somente para ser verificada aposição exata de uma ou mais janelas, de onde os policiais teriam vislumbrado os acusados embalando as drogas, na noite dos fatos. Em que pese o art. 7º do CPP preveja a situação, o objetivo deduzido a partir dos quesitos formulados pelas partes é apenas esclarecer a localização da janela através da qual as testemunhas visualizaram a prática delitiva atribuída aos denunciados, e não a maneira como o crime foi cometido, conforme esclarece o dispositivo. Logo, não há que se falar em reprodução dos fatos, apenas efetuar uma perícia no local, para responder aos quesitos.

1) Dos pedidos de perícia no local dos fatos, formulado pelas defesas dos acusados Maique Fogaça da Silva, Edson Pereira de Andrade Júnior e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade.

A perícia nos presentes autos é meio de prova destinado a esclarecer

eventual dúvida acerca do local visualizado pelos agentes públicos, quando das diligências que culminaram na abordagem aos acusados, no momento em que manipulavam as drogas.

Portanto, os quesitos devem ser encaminhados à Autoridade Policial competente para que o experto proceda a perícia no local, respondendo as indagações das partes [...].

Cumpra referir ainda que, embora não tenha constado do termo de audiência de fl. 451, os Defensores requereram oralmente, naquela oportunidade, que os acusados sejam escoltados ao local do flagrante, a fim de acompanhar a realização da prova pericial. Contudo, o pedido não merece acolhida, haja vista que, além de se tratar de localidade de intensa prática de delitos, a presença dos presos poderá causar tumulto e resultar em perigo a todos os envolvidos, até porque se trata da residência de dois dos acusados, que fatalmente encontrarão seus familiares e amigos, criando situação de risco. Ademais, os Defensores se farão presentes, para representá-los no ato, não havendo necessidade de presenciarem a prova, por questões de dificuldade de logística e segurança na área e no local onde ocorrerá Evento (fls. 455-458).

Observa-se que a “reprodução simulada dos fatos” foi requerida pelos Apelantes Maique Fogaça da Silva (fls. 339-341), Edson Pereira de Andrade Júnior e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade (fls. 359-364); porém, inicialmente, em momento algum, solicitaram suas presenças na produção da prova, postulando apenas posteriormente, na audiência da fl. 451.

Ademais, tendo em vista que tal prova foi requerida sob o argumento de que os Agentes Estatais não tinham a plena visão do quarto onde as drogas estavam armazenadas do ponto de onde realizaram a campana, ela foi deferida, com acerto, como uma perícia a ser realizada no local dos fatos. Logo, era totalmente dispensável a presença dos Recorrentes, bastando o exame do campo de visão e da própria capacidade visual dos Policiais a partir do ponto citado.

Também é inviável acolher a alegação de que a prova foi produzida

unilateralmente ante a não participação dos Apelantes na sua produção, porquanto a Defesa foi devidamente intimada da data da realização da perícia (fls. 580-581), possibilitando, além da nomeação de assistente técnico, a própria presença dos Advogados no local.

As imagens fotográficas captadas pelos Peritos oficiais, bem como o teor das respostas aos quesitos formulados (fls. 709-725), evidenciam, com segurança, que os Agentes Públicos tinham clara e perfeita visão do imóvel onde visualizaram as drogas referidas na denúncia.

Diante disso, tendo em mira que “o deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do Magistrado processante, que poderá indeferir-las de forma fundamentada, quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo” (STJ, *HC* 138.932, Rel. Min. Félix Fischer, j. 20.10.09), também não há falar em cerceamento de defesa pelo indeferimento da participação dos Recorrentes na produção da referida prova.

1.6. Os Apelantes Edson Pereira de Andrade Júnior e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade postulam a proclamação da nulidade do feito por violação ao princípio do contraditório, diante do indeferimento de perguntas das Partes quanto às fotografias anexadas aos autos na audiência das fls. 335-336.

De fato, a Magistrada de Primeiro Grau determinou para as Defesas “não reperguntarem a respeito das fotografias juntadas antes desta audiência, pelos Defensores, tendo a Representante do Ministério Público impugnado ditas fotografias, das quais não teve vista antes do ato” (fl. 335).

As fotografias do local dos fatos, a respeito das quais a Defesa foi impedida de fazer perguntas às testemunhas arroladas pela Acusação, foram anexadas aos autos apenas horas antes da audiência de instrução e, por mais que os autos sejam eletrônicos (disponível o acesso às Partes a qualquer tempo), nem a Magistrada nem o Representante do Ministério

Público tiveram ciência da prova, diante do exíguo tempo entre os acontecimentos.

A audiência poderia ter sido suspensa para análise da prova anexada aos autos; contudo, tal providência era desnecessária, tendo em vista que os Policiais esclareceram os fatos e as circunstâncias do flagrante, o qual não foi ilegal, conforme analisado, sendo prescindível o uso das imagens.

Releva observar que o indeferimento não causou prejuízo às Partes, tanto que, após a audiência, os Recorrentes solicitaram a realização de perícia no local dos fatos, a fim de esclarecer o pormenor, a qual foi deferida e realizada conforme aclarado no feito (fls. 585-593 e 709-725).

Logo, a realização de perguntas sobre o retratado nas fotografias anexadas pela Defesa aos autos em nada mudaria o relato dos Agentes Estatais, pois o exame pericial confirmou seus relatos, no sentido de que era possível visualizar o quarto onde os Apelantes estavam com as drogas do ponto de onde realizaram a campana.

O Supremo Tribunal Federal assenta que “a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta”, eis que “o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades (*pas de nullité sans grief*) compreende as nulidades absolutas’ (HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12.4.2002)” (HC 85.155, Relª. Minª. Ellen Gracie, j. 22.3.05). No mesmo sentido: STF, RHC 122.467, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 3.6.14; AP 481 EI-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 20.3.14; e HC 120.582, Rel. Min. Luiz Fux, j. 11.3.14.

O Superior Tribunal de Justiça orienta que, “a teor do art. 563, do Código de Processo Penal, que positivou o dogma fundamental da disciplina das nulidades (*pas de nullité sans grief*), tanto o reconhecimento de nulidade absoluta quanto o de nulidade relativa exigem demonstração de concreto prejuízo” (RHC 45.727, Relª. Minª. Laurita Vaz, j. 10.6.14). De igual teor: REsp 1.407.113, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 26.8.14; e HC

236.105, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 5.6.14.

Ausente, portanto, prejuízo aos Recorrentes, a preliminar é rechaçada.

2. Quanto ao mérito e em relação ao crime de tráfico de drogas, os Apelantes Edson Pereira de Andrade Júnior, Gustavo da Silva Carriço, Maique Fogaça da Silva e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade anseiam a reforma da sentença condenatória, a fim de serem absolvidos por ausência de prova da materialidade e da autoria delitivas, mediante a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Razão não lhes assiste.

2.1. A existência material do crime encontra-se positivada no boletim de ocorrência das fls. 2-6 e 375; no termo de exibição e apreensão das fls. 7-8; no laudo pericial realizado no local dos fatos das fls. 585-593 e 709-725; no laudo da extração das conversas dos aparelhos celulares das fls. 522-563; no laudo de constatação das fls. 43-44 e no pericial definitivo das fls. 234-237, os quais certificaram a apreensão das substâncias químicas *tetrahidrocanabinol* (maconha e *haxixe*) e cocaína, na sua forma ácida e básica, popularmente conhecida como crack, capazes de causar dependência física e/ou psíquica, de uso proibido em todo o território nacional, de acordo com a Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária.

Ao contrário do que afirmou o Recorrente Gustavo da Silva Carriço, não há irregularidade no laudo de constatação provisório.

A teor do art. 50, § 1º, da Lei 11.343/06, o laudo inicial não exige formalidade rígida para sua elaboração e presta-se à mera constatação preliminar de que o material apreendido assemelha-se à droga, cabendo ao laudo definitivo a incumbência da identificação, após a realização dos exames físico-químicos pertinentes, da substância entorpecente capaz de causar dependência física e/ou psíquica.

Guilherme de Souza Nucci aclara:

Laudo de constatação: é o exame pericial preliminar, realizado mais rapidamente, somente para justificar o recebimento da denúncia ou queixa. O laudo é provisório e pode ser, futuramente, contrariado pelo exame definitivo. É autêntica condição de procedibilidade (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 404-405).

Isaac Sabbá Guimarães complementa:

Trata-se, na realidade, de uma perícia precária, realizada com o fito de oferecer o mínimo de certeza ao crime. É a forma de sua positivação, assim concebida para não obstar a celeridade exigida à marcha processual (*Nova lei antidrogas comentada: Crimes e regime processual penal*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 193).

O Superior Tribunal de Justiça guia:

*HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE EM 21.09.07. PRETENSÃO DE RELAXAMENTO DO FLAGRANTE POR NULIDADE DO LAUDO PRELIMINAR DE CONSTATAÇÃO DA DROGA. MERA PEÇA INFORMATIVA. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER IRREGULARIDADE. PRECEDENTES DO STJ. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PARECER DO MPF PELA DENEGACÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. O laudo preliminar de constatação de substância entorpecente é mera peça informativa, superficial, e que pode ser oportunamente contrariada. O seu objetivo é embasar a lavratura do auto de prisão em flagrante e a oferta de denúncia, razão pela qual não prospera a pretensão de ver relaxada a prisão em flagrante por supostas irregularidades no referido laudo, mormente quando já há sentença condenatória. Precedentes do STJ (HC 96.472, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 9.3.09).

Mesmo que o exame preliminar pudesse ser oportunamente contrariado pelo teor da perícia técnica, a situação nem sequer se verifica na espécie, pois ambos constataram a presença das mesmas substâncias ilícitas no material investigado, mais precisamente maconha e cocaína.

Não há, portanto, incongruências a serem reconhecidas nos exames periciais realizados, pois o laudo definitivo apenas esclareceu, com maior precisão, a composição das substâncias químicas encontradas no material tóxico apreendido.

2.2. A autoria do fato deflui das circunstâncias da apreensão do material tóxico e da prova oral coligida ao longo da instrução processual.

O Apelante Gustavo da Silva Carriço permaneceu silente na fase administrativa (mídia da fl. 50) e, na judicial, negou participação nos fatos que lhe são imputados, alegando que estava no local apenas jogando videogame:

eu nunca fui preso e processado; que essa é a primeira vez; que essa acusação não é verdadeira; que eu estava no quarto do Valdir no momento que aconteceu o tiro e abordagem policial jogando videogame; que estava eu, Valdir e Maique; que Edson estava dormindo no quarto dele; que eu fui saber das drogas quando meu advogado chegou na Delegacia e meu advogado me informou o que estava acontecendo; que no quarto que estávamos não havia drogas e nem arma; que os policiais quando invadiram o quarto do Valdir eles chegaram perguntando sobre essas joias; que eu não respondi nada porque quando fui tentar me defender tomei com cabo de vassoura nas costas; que acho que a vassoura estava na residência; que fui até o IGP e foi alegado; que na audiência de custódia eu relatei; que creio que os demais acusados também, pois eu escutei gemidos; [...] sou bem amigos deles; [...] que sou usuário de maconha; [...] que eu fui de carro no local; que meu carro é um Sandero Vermelho; Que esse carro eu tinha acabado de pegar, fazia um mês; que eu paguei uma parcela para o rapaz; que o rapaz era o Alex; que ele tinha acabado de tirar; que eu paguei 20 mil reais a vista que tinha ganhado do meu tio; que quando eu passei na Universidade ele me deu para eu ir de carro; que ele é falecido agora, que era meu tio avô e morava comigo; [...] que eu não vi essas joias apreendidas; que Valdir não comentou nada sobre site; [...] Que Maique estava na casa porque foi convidar o Valdir e o Edson para o aniversário dele; [...] Que os adolescentes chegaram junto com a polícia na casa; Que esses adolescentes estavam conversando com a polícia, mas eu não lembro exatamente o que falaram; que nós



estávamos em outro cômodo da casa, estávamos no quarto do Valdir e o videogame foi apreendido, mas os policiais não relacionaram; que eu nunca vi o Edson armado; que creio que o Edson foi acordado pela polícia porque ele estava dormindo o tempo todo; que eu não sei se ele reagiu a polícia; que no momento do tiro o Edson estava dormindo no quarto dele; [...] Que Valdir trabalha na Floram de carteira assinada; Que eu nunca vi o Edson e o Valdir vendendo drogas, nem nunca vi drogas naquela residência (mídia da fl. 504).

O Recorrente Edson Pereira de Andrade Júnior esclareceu, na fase administrativa, que: “não só sei que acordei e que a polícia já estava na minha casa; que me bateram, me agrediram bastante, me deram muita porrada na minha cara; estava dormindo e abri a porta do meu quarto e lembro dos policiais entrando; que a arma de fogo era minha” (mídia da fl. 50).

Sob o crivo do contraditório, o Apelante Edson Pereira de Andrade Júnior modificou sua versão inicial ao dizer que não estava na posse de arma de fogo:

eu tenho o ensino médio completo, que antes de ser preso eu trabalhava com Uber, instalação de persianas, toldos e ar condicionado com um irmão meu; que eu já respondi processo, mas ainda não tem sentença e eu respondo solto; [...] Que a acusação não é verdadeira; Que eu estava dormindo no meu quarto na minha casa; que eu acordei com o barulho de tiro e não deu um minuto a polícia já estava no meu quarto; Que eu não sei onde estava o meu irmão e o Maique porque eu estava dormindo porque tive que levar dois passageiros para o Aeroporto cedo; Que eu trabalho com Uber, que ganho por semana 450 pila em média; Que não é verdade que eu estava no quarto com o Maique, o meu irmão e outros réus manipulando drogas; Que isso é mentira e pode até fazer perícia; Que eu faço Uber com um Fox Verde; [...] Que eu divido o carro com um amigo meu; [...] Que eu vi essas joias com meu irmão Valdir, mas não sabia a procedência destas joias; Que eu não sabia que elas foram anunciadas para venda; [...] que fiquei sabendo aqui no processo; [...] Que moram na casa além da minha mãe e do Valdir moram os meus irmãos Waldemar e Raoni; Que o nome dele é Waldemar Paulo de

Andrade; Que o apelido dele é Tega; [...] Que eu estou a disposição para fornecer minhas digitais na arma de fogo; Que pensei até que já tinha sido feito isso porque eu estava há cinco dias presos na Penitenciária e colheram minhas digitais e eu achei que era para isso; Que eu não sei para que foram colhidas; Que também estou disposto a fazer perícia com minhas digitais nas drogas e na arma também; Que assumi a arma na Delegacia porque fui coagido pela polícia que disse para mim que se eu assumisse a pistola eles disseram que eu sairia na audiência de custódia; Que assumindo a pistola eles não iam me jogar no tráfico; Que eu não sabia que tinha tanta coisa no tráfico e drogas; Que eu já tinha uma passagem fiquei com medo; Que os policiais me agrediram várias vezes com uma vassoura; que eles ficaram me chamando de ladrão e eu não entendi porque; que chega lá no IGP e é um próprio policial que nos atende; Que eu não sei se havia mais pessoas na casa porque eu estava dormindo; Que quando fui dormir só estava o Valdir em casa e minha mãe não tinha chegado do trabalho ainda; Que a casa ao lado da nossa é da minha Irmã; que essa casa não estava abandonada; que a casa estava alugada; que minha Irmã mora no Saco Grande onde ela tem outra casa; Que existe portão; que existe porta; que os policiais entraram sem solicitar autorização na casa da minha irmã; que do quarto da casa da minha irmã da para ver somente uma TV grande do meu irmão; [...] Que como os policiais falaram que viram cama e mesa não da para ver o interior do quarto; que os policiais entraram no susto na nossa casa; que eu em momento algum tentei pular janela com arma de fogo que isso é mentira; que pode fazer perícia na arma para ver se minhas digitais estão na arma; que se quiser pode fazer simulação dos fatos também que estou a disposição; que já vi esses adolescentes comercializado drogas diversas vezes na boca; que tem duas bocas perto da minha casa; uma cinquenta metros acima e outra cinquenta metros abaixo da minha casa; que não vou dizer diariamente mais várias vezes traficantes já entraram no nosso terreno; [...] que o policial que me agrediu foi um barbudinho também que ele me agrediu bastante e dava com a vassoura nas minhas costas; que o Delegado não me agrediu; Que eu não sabia que o Maique e o Gustavo estavam na minha casa; Que o Gustavo vai mais na minha casa, mas o Maique nem tanto porque na temporada do verão ele trabalha lá com os hotéis por causa da lavanderia dele; Que meu irmão falou que comprou as joias, mas não falou que eram roubadas; que eu acho que ele não sabia

a procedência das joias; que ele não sabia que eram roubadas; Que eu não sabia que o Maique estava na minha casa, pois dia 21 de maio no domingo era o aniversário do Maique e ele tinha passado lá em casa para a gente programar o que iria fazer no domingo no aniversário dele (mídia da fl. 504).

O Recorrente Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade também disse desconhecer a origem das drogas apreendidas:

eu trabalhava na Floram de Jardineiro no Córrego Grande no parque florestal que tem lá no horto; que eu nunca fui processado, somente respondi um TC porque sou usuário de maconha; Que em relação a droga eu desconheço tudo; que eu nunca vi droga na minha casa; que eu estava em outro quarto jogando videogame que era o meu; que eu não estava nesse quarto onde tem visão da casa da minha irmã; Que a janela do meu quarto estava aberta, as duas, mas para meu quarto não tem visão da casa da minha Irmã; que eu só percebi a polícia quando eles entraram dando tiro e gritando e eu não sabia nada de droga e daqueles menores; que os menores não estavam jogando videogame com nós e eles foram encontrados em outro quarto com as drogas pelo que sei; que é o que dizem; que eu não vi nada; que eu sei os policiais entraram no meu quarto com os menores e ficaram perguntando das joias cadê as joias que vocês roubaram e perguntei que joias porque a gente não é ladrão; Que pelo que sei os menores não estavam manuseando drogas lá senhora; que eles entraram correndo da polícia e a polícia entrou lá na casa e pegou eles; que eles não entraram pelas portas, mas eles entraram; que sou usuário de maconha; que quando vou usar eu compro porque a polícia sempre entra sem mandado na minha casa; que uma vez me pegaram com um baseado e por isso eu tenho TC; que a polícia entra sem mandado na minha casa porque é próxima do beco do tráfico e os traficantes sempre correm por ali e a polícia vai atrás; que isso perturba a gente só que a gente não pode fazer nada porque nossa casa é ali; que a gente tinha uma lanchonete ali mas tivemos que fechar porque toda vez que a polícia passava ali eles mandavam fechar porque estava com problema no alvará; que a arma apreendida no processo pelo que eu sei não é do meu irmão que ele estava dormindo no quarto dele; que se a polícia esta falando toda essa história é porque eles inventaram porque se tirar nossas digitais a senhora vai

ver que não tem digital nossa e se não tiver essa perícia nos não vamos comprovar que a gente não estava com essas drogas; que fui eu que pedi para o meu advogado fazer isso, porque é o único jeito de provar nossa inocência porque é mais fácil de acreditar na palavra dos policiais do que a nossa; que eu diria que eles inventaram essa história, pois isso que os policiais estão falando não é verdade; que eu falei para o advogado insistir nessa perícia, pois eu trabalho há quatro anos; que se eu fosse traficante eu não estaria trabalhando há quatro anos; [...] Que eu comprei as joias de dois rapazes que apareceram lá, que eu não sabia até então que eram roubadas; que eu perguntei se eram roubadas e eles falaram que não; que falaram que estavam vendendo porque estavam precisando de dinheiro; que gostei do anel e do relógio; que comprei os 4 relógios par usar um de cada vez; que em relação a ter falado de casqueiro foi modo de dizer; que devem ser para estarem vendendo as joias e relógios baratos devem ser; [...] que eu não fiz anúncio de nada; [...] que eu gosto de relógio e inclusive levaram mais dois relógios meus, um que eu ganhei da minha vó e outro que eu comprei; que eu estava no quarto jogando videogame com o Gustavo e o Maique; que era um playstation 4; que foi eu e minha mãe que compramos; que o videogame foi apreendido pela polícia e não relacionou no processo; que é o videogame desta nota fiscal apresentada; que a polícia sumiu com o videogame; que era dois relógios Armani e um Tissot; que nenhum dos três estava funcionando, estavam sem pilha e eu mandei arrumar; que um adquiri um anel e um corrente aparentando ser de ouro. Eu comprei porque cada relógio ali vale uns mil reais, por isso comprei; que eu nunca desconfiei que eram oriundos de ilícito; [...] que é comum usuários oferecerem para os moradores relógios produtos, inclusive de família rica; que mora eu, minha mãe mais três irmãos moramos nessa residência; que meu pai é separado; que a casa do lado é da minha irmã Karine; que a casa não estava abandonada, contudo o inquilino tinha deixado o imóvel uns dois dias antes; que inclusive nos limpamos a casa; que para ingressar na propriedade da minha irmã tem que abrir dois portões; que nesse quarto onde falaram que tinham encontrado a droga era possível visualizar da casa da minha irmã; que eu estava em outro quarto jogando videogame e a televisão estava alta e eu não ouvi nada; que o quarto do Edson fica atrás deste meu quarto; que na verdade o quarto dele é o primeiro; [...] que da casa da Karine não é possível visualizar com exatidão, mas

apenas um pedaço da janela e da cama; que não era possível visualizar quatro pessoas embalando drogas em cima da cama da casa da minha irmã; que era possível os adolescentes entrarem pela janela neste quarto onde falaram que estava as drogas porque tem um telhado que dá na janela desse quarto; que conheço os adolescentes por estarem sempre no ponto de tráfico; que se passar hoje lá eles vão estar lá; que os traficantes invadem as propriedades sem pedir autorização; que os moradores tem que aceitar, não tem o que fazer; que a polícia já entrou umas 3 ou 4 vezes; que somente uma vez tinha mandado; que meu irmão foi uma vez processado, mas nunca encontraram nada; que eu trabalho na Floram como jardineiro no parque florestal do Córrego Grande; que trabalho com as mudas; que eu escutei barulho só no momento que eles deram um tiro; que daí começou a gritaria; que antes dos tiros eu não tinha visto os adolescentes na casa; que os policiais agrediram nós; que chamavam a gente de ladrão; que não chamavam de traficante; que eu estou disposto a fornecer minhas digitais para perícia e ir no local dos fatos para participar da perícia e apontar onde eu estava; que o Maique passou na nossa casa para combinar de comemorar o aniversário dele que seria no domingo. Que entre a chegada do Maique e a entrada dos policiais se passaram no máximo meia hora; que eu e o Gustavo somos amigos há uns dois ou três anos; que ele ia de vez em quando para jogar videogame (mídia da fl. 504).

O Apelante Maique Fogaça da Silva igualmente negou a prática delitiva:

conheço o Edson e o Valdir da região da agrônômica porque eu me criei ali e depois me mudei para o Rio Vermelho na casa do meu pai onde montei meu negócio; Que a acusação de tráfico não é verdadeira; que eu estava no quarto do Valdir; que eu não estava no quarto onde os policiais falaram que encontraram a droga; que eu tinha chegado fazia nem 20 minutos; Que minha namorada mora na agrônômica e eu fui lá; como ela não estava pronta eu fui até o Valdir para convidar ele e a namorada dele para meu aniversário; [...] Que nesse meio que aconteceu tudo que aconteceu esse mal entendido que aconteceu comigo; Que eu não sabia de nada, que não sabia porque eu estava sendo preso e agredido pelos policiais; que eu estava chorando; que só soube das coisas

na delegacia; Que neste quarto onde os policiais disseram que estava as drogas estava fechado; que o quarto do Valdir onde estávamos jogando vídeo game ficava no outro lado da casa; Que eu não sei porque os policiais falaram toda essa história; que eu trabalho doze horas por dia, que minha lavanderia atende hotéis e na temporada eu chego a trabalhar quinze horas por dia; [...] Que sobre as joias eu não sei; que fui saber depois na delegacia; [...] que atualmente eu trabalho com oito hotéis do norte da ilha; que quem me recebeu na casa foi a Dona Vera; [...] Que dona Vera estava embaixo; que é uma casa de dois pisos; que no quarto do Valdir estava o Valdir e o Gustavo; que os adolescentes eu não vi em momento nenhum; que tem duas portas [...] que os policiais falaram que a droga estava no primeiro quarto a esquerda que quando subi na casa estava fechado; que tinham dois quartos com a porta fechada; Que o quarto do Valdir estava com a porta aberta; que fomos conduzidos para Delegacia em 6 pessoas; que eu não vi na propriedade os menores, mas eles saíram algemados da propriedade com a gente (mídia da fl. 504).

Destaca-se, desde logo, que, curiosamente, a versão de que todos os Recorrentes estavam jogando videogame, à exceção de Edson Pereira de Andrade Júnior, foi inaugurada na fase judicial, pois, ao serem ouvidos na presença da Autoridade Policial, nenhum deles mencionou a circunstância, deduzindo apenas que estava conversando. Inclusive, não citaram os adolescentes que estavam na casa, exceto o Apelante Maíque Fogaça da Silva que, na Delegacia de Polícia, confirmou “que não estava no quarto onde estava os de menor”, o que evidencia que a entrada deles no local não foi clandestina, conforme será analisado.

O conjunto probatório coligido aos autos, portanto, é seguro em responsabilizar os Recorrentes pelo cometimento do crime de tráfico de drogas.

Os Policiais Civis, nos depoimentos prestados na Delegacia de Polícia, relataram, em síntese, que a DIC recebeu informação de que, na residência onde os Apelantes foram presos, estavam as joias oriundas de um roubo praticado em São José/SC. Contaram que, chegando ao

local para averiguar os informes, ingressaram em uma casa abandonada, localizada ao lado do alvo, de onde constatararam os quatro indivíduos embalando drogas. Declararam que cercaram o local e ingressaram na residência com a anuência da proprietária, mãe dos Recorrentes Edson Pereira de Andrade Júnior e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, instante em que um deles (Edson) tentou fugir pela janela portando uma arma de fogo, sendo contido. Narraram, por fim, que revistaram a residência e encontraram drogas, uma arma de fogo e as joias roubadas (mídia da fl. 50).

Narra o termo de exibição e apreensão que, no local, foram localizados, entre outros objetos, dois torrões grandes de maconha; 880 papalotes de *crack*; três porções de *crack*; uma bucha de cocaína; três buchas de maconha; uma pistola; seis relógios; cinco joias; nove telefones celulares; uma balança de precisão e 11 munições (fls. 7-8).

Sobre as investigações e a diligência que culminou na prisão em flagrante dos Apelantes, o Delegado de Polícia Manoel Job Teixeira Galeno noticiou, sob o crivo do contraditório:

sua equipe chegou na casa visada e, devido à chuva e ao escuro da noite, subiram uma escada localizada na casa vizinha, a qual encontrava-se abandonada e com os portões abertos, visualizando, do segundo pavimento, a janela do quarto onde os réus picotavam as drogas apreendidas, assim como visualizaram o réu Edson de posse da arma de fogo. Relatou que, diante da situação de flagrância apresentada, ordenou o ingresso na residência para efetuar a abordagem dos réus, o que de fato ocorreu. Informou que após a contenção dos acusados, localizaram as drogas descritas no auto de apreensão de fls. 07-08, além das joias receptadas e da arma de fogo (excerto extraído da sentença condenatória na fl. 1014, mídia da fl. 452).

O Policial Civil Jonas da Silva esclareceu, em Juízo, que, após serem instruídos de que as joias provenientes de roubo em São José estariam da residência dos Recorrentes, deslocaram-se ao local para averiguar os

informes:

ao lado da residência, avistaram uma casa abandonada e, ao subir pela escada, que ficava na extrema da casa do alvo, e chegando a um compartimento dessa casa, conseguiram visualizar a casa ao lado, com a janela bem aberta, escancarada, as cortinas abertas, luz acesas, e 4 indivíduos, masculinos com várias substâncias em frente, em cima da cama, picotando, e uma arma de fogo. [...] a mãe disse que sabia dos fatos mais não poderia fazer nada; que as joias estavam no mesmo quarto, dentro do guarda-roupa, em caixinhas; que drogas estava bem individualizadas e eram oitocentos e poucos pacotinhos e havia embalagens soltas; que ressalta que o alvo “Valdemar Paulo de Andrade” não estava na casa, sendo que este é irmão de um dos acusados; que em outro quarto estavam dois adolescentes, mas foram liberados; que foram encontrados 9 celulares, mas ninguém assumiu a propriedade; que sabe que foram apreendidos veículos também; que a mãe não ficou surpresa com a quantidade de droga, pois a família já era conhecida no morro, que o pai já era traficante e agora é o filho que toca; que os indivíduos estavam todos rindo alto no quarto, falando; que conseguiram visualizar os quatro; que todos os policiais subiram na casa e somente um ficou na contenção, para evitar fugas. [...] que não tinha ninguém na casa ao lado, pois ela estava totalmente desabitada e abandonada; que não sabe dizer por que o delegado não ouviu os adolescentes; disse não conhecer Gustavo da Silva Carriço, relatando que este já se encontrava no interior da residência; [...] que não foi encontrada nenhuma joia e nenhuma droga com Gustavo; que, do local onde estavam de uma casa até a outra, distavam 3 ou 4 metros e deu para visualizar efetivamente cada um deles; que não conhecia Maique e somente Edinho era conhecido no meio policial; que não foi pego nada com Maique, pelo que se lembra; que não se recorda se Maique falou alguma coisa na hora da abordagem; que não tinha ninguém na casa ao lado, pois ela estava totalmente desabitada e abandonada; que não sabe dizer por que o delegado não ouviu os adolescentes (mídia da fl. 336).

Sua colega de Corporação, Jéssica Zimmerman, descreveu pormenores da diligência, bem como da apreensão da droga em poder dos Apelantes:



ao chegar no local, subiram em uma casa abandonada, de onde conseguiram avistar quatro indivíduos picotando drogas; que ela e Jonas, desceram e se encaminharam até a residência, onde fizeram a abordagem, encontrando drogas, a arma e joias, as quais a vítima do assalto reconheceu; que havia maconha, *crack* e acredita que cocaína, sendo que haviam adolescentes, mas eles estavam em outro cômodo; a arma foi apreendida com Edson, dono da residência e consignou acreditar que ele já tenha passagem pela polícia, dizendo que “há informações de que ele é o patrão da localidade”; que os adolescentes e Edson tentaram fugir e disse não ter conversado com os acusados no momento da prisão; que permaneceu apenas no quintal na residência abandona. Deu certeza de que, a partir de fora da casa, conseguiram visualizar de maneira transparente os indivíduos picotando drogas no interior do cômodo. Relatou que, no mínimo, três policiais observaram os indivíduos embalando as drogas, a depoente e os policiais Daniel e Jonas. [...] que não tinha conhecimento de que Gustavo estivesse envolvido em atividades ilícitas e que não viu Gustavo entrar na casa; que que ele já estava dentro do quarto, asseverando que “todos os quatro estavam dentro do quarto”; os policiais não utilizaram luvas na apreensão dos objetos e disse acreditar que a droga que estava sendo picotada era o *crack* [...] relatou que a operação decorreu rapidamente: entraram no terreno ao lado e visualizaram o fato, ao que, sem seguida, entraram na casa; que, a partir do momento em que viram os quatro indivíduos picotando drogas, cercaram a residência; que não recorda se Maique falou algo quando da prisão e confirmou ter visto todos indivíduos picotando as drogas (mídia da fl 336).

Em igual sentido, a Policial Civil Lais Ciarcos Ramos destacou:

assim que chegaram no local, constataram que a casa era com um portão alto, o que dificultava qualquer visualização, ao que subiram em uma residência ao lado, abandonada, de onde conseguiram visualizar a casa inteira por dentro; que avistaram que uma janela de um quarto estava aberta, onde tinham quatro pessoas picando droga em cima da cama, sendo que um deles estava armado; que diante disso, uma parte da equipe verbalizou e ficou para fazer a contenção e o restante adentrou na casa; que o portão da casa estava fechado, ao que bateram, uma senhora que estava na residência abriu a porta; que alguém tentou fugir, o que estava armado. No local encontraram uma pistola, uma quantidade de droga, produto

do roubo (joias), sendo que a vítima reconheceu esses objetos. Que as drogas estavam fracionadas e havia também pedaços maiores; que as quatro pessoas que estavam picotando drogas estavam nesse cômodo e era o que tinha visão da residência. Detalhou que a casa ao lado da residência alvo estava totalmente abandonada e não havia móveis ou qualquer outra coisa. [...] confirmou que tinha plena visão da casa e dá para ver todo o quarto onde estavam os denunciados; que foram apreendidos outros instrumentos comumente utilizados na comercialização de drogas. [...]; que algum dos acusados falou que não tinha nada com aquilo, mas todos falam isso; que não foi feita papiloscópica pois não é comum a realização de perícia em droga e também porque nem todo mundo utiliza luvas; [...] relatou não conhecer o réu e detalhou que não viu Gustavo chegando no local dos fatos; que sabe que havia bastante embalagem para as drogas; que acredita que em cima da cama tinha maconha e *crack* (mídia da fl. 336).

O Policial Civil Alex Furtensberg, aludiu, na presença da Autoridade Judiciária de Primeiro Grau, que viu as drogas sobre a cama do quarto onde os Recorrentes estavam:

juntamente com o policial Jonas da Silva, investigava o mencionado crime de roubo, atribuição da DIC - São José, foi categórico ao narrar que quando da subida dos policiais na casa abandonada, teve clara visão do cômodo onde os réus manipulavam os entorpecentes, pois os imóveis localizavam-se lado a lado, em uma distância não maior do que 3 (três) metros. Disse, ainda, que a entrada na residência foi franqueada pela mãe de Valdir e Edson, que disse saber das condutas imputadas aos seus dois filhos e demais acusados, mas que nada poderia fazer a respeito; que os 4 (quatro) acusados foram abordados no quarto onde localizadas as drogas e a balança de precisão apreendida (mídia da fl. 336).

No mesmo sentido foram as declarações prestadas pelo Agente Estatal Daniel Nilton dos Santos, o qual, apesar de afirmar não ter visualizado os Apelantes embalando a droga, confirmou que apreenderam toda a substância ilícita no quarto onde eles estavam:

a DIC estava investigando um crime de roubo em uma residência em São José, ao que prestaram apoio na área do Morro do 25, que é uma

região conturbada da cidade e, por precaução, foram em vários policiais; que subiram uma escada em uma casa em que não havia moradores, ao que foram caminhando pelos cômodos e foi até o último, sendo que dessa casa conseguiam ver as janelas da outra residência. Que viram pessoas embalando drogas; que havia um que estava armado, sem camisa, sendo que o depoente estava com um fuzil, fazendo a segurança para que ninguém fugisse; quando eles notaram a presença da polícia, a equipe saiu e o depoente permaneceu para fazer a segurança; que tinha a visão de uma lateral da casa e dos fundos dela, sendo que o rapaz que estava armado tentou fugir; depois, entrou na casa, sabendo que foi apreendida uma arma, quantidade de drogas e objetos da vítima do crime ocorrido em São José; que não lembra o tempo que decorreu entre a chegada da polícia e a diligência, sendo que, quando entrou na residência, os acusados já estavam rendidos; quando chegou, todos já estavam deitados, mas não lembra da presença de adolescentes, não sabendo o procedimento que foi feito. Perguntado se visualizou os conduzidos embalando as drogas, disse: “eu passei e vi que havia movimentação, mas não vi embalando”. Que não viu o acusado Gustavo na posse de joias; disse não conhecer o acusado Maique e não se recordar de qualquer declaração que ele tenha dado no momento da prisão (mídia da fl. 336).

Dos relatos acima reproduzidos recolhe-se que os Agentes Estatais estavam investigando um roubo de joias ocorrido em São José/SC, quando descobriram que a *res* estaria da residência onde os Recorrentes foram abordados. Chegando no local, realizaram campana pela casa localizada ao lado da visada, que estava abandonada, de onde viram os Apelantes na posse de narcóticos e arma de fogo. Diante disso, deslocaram-se ao local e apreenderam, em poder dos Recorrentes, 884 porções de *crack*, com peso total de 1.145g; 4 porções de maconha com massa bruta de 937,2g; uma porção de *baxixe*, com peso de 4,1g; uma porção de cocaína, pesando 32,5g; nove aparelhos celulares, contendo, um deles, diálogos suspeitos sobre o tráfico de drogas, cujo periciamento foi autorizado judicialmente; uma balança de precisão; arma de fogo e munições.

Não se verifica nenhuma incongruência ou imprecisão capaz

de colocar em xeque a higidez dos relatos dos Policiais Civis, os quais sempre noticiaram os principais pormenores da diligência.

Além disso, ao contrário do que buscam fazer acreditar os Apelantes, as pequenas divergências existentes nos relatos dos Policiais se referem a questões secundárias do ocorrido, as quais, entretanto, não desconstituem a verdade dos fatos, porque todos certificaram que visualizaram as drogas no quarto onde aqueles estavam.

Conforme minudenciado quando da análise das preliminares, ainda que alguns Policiais não tenham visto os Recorrentes “manipulando/embalando/picotando” as substâncias entorpecentes, certo é que todo o conteúdo ilícito estava em poder deles, sobre a cama do quarto onde foram localizados, o que é suficiente para caracterizar o flagrante pelo crime de tráfico de drogas.

Ao contrário do que buscam fazer acreditar os Apelantes Edson Pereira de Andrade Júnior e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, a Policial Lais Ciarcos Ramos não disse “que não havia adolescentes no local”, mas sim “que não sabe se havia adolescentes no local”, circunstância, aliás, foi esclarecida pelos demais Agentes Estatais.

Por sua vez, embora o Policial Daniel Nilton dos Santos não tenha identificado qual dos Recorrentes tentou empreender fuga na posse de uma arma de fogo, porque ficou afastado fazendo a segurança do local, nada descredibiliza seus relatos, tendo em vista que os demais Agentes confirmaram que foi o Apelante Edson Pereira de Andrade Júnior.

Embora fosse possível e desejável que uma filmagem do constatado na campana realizada tivesse sido efetuada, os Policiais confirmaram que tudo ocorreu muito rapidamente e, diante da urgência em realizar o flagrante no instante em que visualizaram os narcóticos, não colheram imagens da ocorrência, o que, igualmente, não desconstitui a veracidade de seus informes.

Os Agentes Estatais negaram a ocorrência das agressões relatadas pelos Recorrentes.

Outrossim, ainda que tais evidências se encontrassem patentes nos autos, não seria caso de absolvição, mas somente de remessa de cópia dos documentos que as registrassem ao Ministério Público com atribuição no controle externo da atividade policial, para que seu Representante, caso entendesse pertinente, determinasse a apuração da veracidade dos informes, o que, aliás, pode ser feito a qualquer tempo.

Ressalta-se que a representação diante dos supostos atos ilícitos praticados pelos Policiais ainda pode ser apresentada pelos Recorrentes, independentemente de atuação do Poder Judiciário, conforme já decidiu este Órgão Fracionário:

PEDIDO DE REMESSA DE CÓPIAS DE PEÇAS DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA APURAÇÃO DE CRIME DE TORTURA SUPOSTAMENTE PRATICADO PELOS POLICIAIS. PROVIDÊNCIA FORMULADA POR UM DOS RÉUS QUE PODE SER ALCANÇADA INDEPENDENTEMENTE DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. [...] (Ap. Crim. 2009.034415-0, Des. Newton Varella Júnior, j. 27.04.2010) (Ap. Crim. 2015.008619-2, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 16.6.15).

Aliás, também não existem evidências materiais de que os Policiais Civis que prenderam os Apelantes em flagrante forjaram/plantaram a droga para incriminá-los.

Os Recorrentes insistem em dizer que os Agentes Estatais “mentiram” a todo tempo, ao dizerem que os visualizaram “picotando/manipulando” as drogas, porém não buscam equacionar o fato de que foi apreendida vultosa quantidade delas no local, justamente no quarto onde estavam, o que certifica que não foram encontradas “ao acaso”, muito menos que pertenciam aos adolescentes que também se encontravam na residência.

O fato de os Apelantes terem sido rendidos em cômodo diverso daquele em que a droga estava não altera os fatos, pois é certo que eles correram ante a chegada dos Policiais, tanto que Edson Pereira de Andrade Júnior tentou fugir na posse da arma de fogo.

Ressalta-se que acreditar nos dizeres dos Agentes Públicos é imposição lógica, por não se imaginar que pessoas credenciadas pelo Estado para auxiliar a Justiça no combate ao crime e sem nenhuma animosidade ou razão específica para imputar aos Acusados situação que não fosse verídica compareceriam em Juízo para desfilar inverdades contra inocentes.

Sobre a validade das narrativas dos Agentes Estatais, discorre Júlio Fabbrini Mirabete que “não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha. Realmente, o depoimento de policial só não tem valor quando se demonstra ter interesse na investigação e não encontra sustentação alguma em outros elementos probatórios” (*Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 306).

Com efeito, “o Superior Tribunal de Justiça tem reiterados julgados no sentido de que os depoimentos dos policiais responsáveis pelo flagrante constituem meio idôneo de prova para motivar o édito condenatório, sobretudo quando colhidos no âmbito do devido processo legal, sob o crivo do contraditório, e em conformidade com os demais elementos probatórios” (STJ, HC 395.325, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 18.5.17).

O conteúdo dos diálogos existentes no aparelho de telefonia móvel do Recorrente Edson Pereira de Andrade, extraído pelo exame pericial realizado e devidamente autorizado pela Autoridade Judiciária de Primeiro Grau nas fls. 269-271, reforça os relatos dos Agentes Públicos e o envolvimento dos Apelantes no tráfico de drogas, pois, de sua análise,

resulta evidente que praticava o comércio ilícito, conforme bem detalhou o Excelentíssimo Promotor de Justiça nas alegações finais:

EVIDENTE ENVOLVIMENTO DE EDSON, VALDIR, GUSTAVO E MAIQUE NO TRÁFICO DE DROGAS:

CONVERSA DE ZE (EDSON) E BONDE DOS LOKO (#9)

Participants (2)

(owner) ze 554899315919@s.whatsapp.net

bonde dos loko!!!!??? 554797906908@s.whatsapp.net

Conversation

bonde dos loko!!!!???

e tu não tem uns carros pra jogo

Bonde dos loko!!!!???

??????

(...)

ze

Mas que jeito que vocês querem o carro? Carro daquele jeito... clonadão ou pra nunca?

ze

ou quitadinho, família?

bonde dos loko!!!!???

Nada guri, tô precisando de uns carro roubado guri, tá ligado? (...)

(...)

bonde dos loko!!!!???

o feio eu ia fazer um jogo num fumo

ze

quantos,  
ze  
??  
bonde dos loko!!!????  
olha o fumo ai  
bonde dos loko!!!????  
eu ia lansar 1kl e 300g  
bonde dos loko!!!????  
desse fumo ai da foto

EVIDENTE TROCA DE FAVORES ENTRE EDSON E  
OUTROS TRAFICANTES

CONVERSA DE ZE (EDSON) E SUÉLENNEUGURGER  
(#10)

Participants (2)

(owner) ze 554899315919@s.whatsapp.net

SuélenNeuburger ?? 554884472959@s.whatsapp.net

Conversation

SuélenNeuburger ??

oooi ,com todo respeito sou a mulher do Balotelli, ele pediu pra  
mim entra em contato com você, pra ta me passando o número do Tega,  
que tenho um recado pra ele !!

ze

to sem o numero dele agr

SuélenNeuburger ??

És irmão dele néh!!



ze

isso

“SuélenNeuburger ??

Será que tem como eu passa pra ti, e se você puder ta repassando pra ele, eu agradeço!!

ze

pode sim

“SuélenNeuburger ??

Primeiramente um salve para todos mano do 25, e ai meu caro amigo Tega, como está esse coração ai no mundão mano, espero que mano esteja bem e com saúde, apesar do lugar que me encontro, então meu mano aqui quem está te mandando essa escrita é o mano Balotelli do moca tlg meu mano chego no mano pra está vendo se ta na suas condições de me da um apoio de uma só grama de (v) e umas bala da top, pois me encontro em tubarão aqui é maior rocha tlg e eu estou de boa de pedir um apoio dos mano da minha quebrada pois já estou preso 9 meses e os mano tão me apoiando de milhão sempre, daí tô mandando essas ideia até você pois lembro que o mano e o Edinho me falaram se eu caísse vocês me davam um apoio de um (V) então to chegando até vocês pra vê se tem como vocês me ajudar pois só vocês mesmo meu mano Tega e o Edinho e na mesma queria sabe se tem como pega uma moeda com o vermelho ai do teu morro ele estava preso comigo lá na CTT tlg, o mano ficou me devendo 50\$ pila, daí vim de bonde pra Tubarão e até agora o mano não me pagou essa moeda, daí só tu meu mano Tega, pega essa moeda pra mim meu mano, o Alemão tlg quem é o mano vo te passa o número da minha senhora com todo (R) pra você está entregando essa finalidade que pedi pra você, a bala o só pila e o (V) da massa se tiver na condições do mano daí só tu meu mano entrega na mão da minha senhora mais ninguém nem na mão do meu irmão pois considero o mano pra caralho tu sabe disso então só chama minha senhora no whats e diz que vai lança na mão que pedi pra você, pois vou deixa ela ciente que vai tá chegando um mano meu na linha com ela pra ta me apoiando numa finalidade pra mim fmz, vo dizer até o nome pra ela pdc meu mano Tega Fmz

meu caro amigo, to morrendo de saudades de vocês porra só lembrança da rapaziada pow, fala pro Edinho que logo logo estarei ai pra nós fazer uns adiando de mil grau, deixo um grande salve e um abraço para todos da favela 25, Foseca, Dido, Frank , Gil, Alemão, Nicolas, Nini, Falatu, Polenta e os demais!!

ze

vamo apoia

ze

mais p ele fica ciente fala q eu já apoiei

CONVERSA ENTRE ZE (EDINHO) E MAIQUE SOBRE O OURO APREENDIDO, MENCIONANDO TAMBÉM VALDIR (DIDO) E GUSTAVO (GUGA)

CONVERSA ZE (EDINHO) E MAIQUE (TAMBÉM DENUNCIADO) (# 24)

Participants (2)

(owner) ze 554899315919@s.whatsapp.net

maique 554884267720@s.whatsapp.net

Conversation

[...]

maique

Tais por onde

11/05/2017 19:10:59(UTC-3)

ze

ta eu o te e o dido e o guga, tamo indo ali no caju, pra ver os ouro ali (incompreensível) vão comprar entendeu?

Queres ir ali dá uma olhada?

11/05/2017 19:11:12(UTC-3)

(& )

ze

tao

13/05/2017 15:17:03(UTC-3)

ze

vamo lá no mano ver o ouro

13/05/2017 15:17:12(UTC-3)

ze

se tu quise

13/05/2017 15:17:18(UTC-3)

maique

me encarno

13/05/2017 16:02:57(UTC-3)

CONVERSA ENTRE ZE (EDINHO) E COROA  
(PROVAVELMENTE PAI DE EDSON)

NEGOCIANDO 20 QUILOS DE DROGAS (#53)

Participants (2)

(owner) ze 554899315919@s.whatsapp.net

Coroa 554888064818@s.whatsapp.net

Conversation

Coroa

Ô feio, lança dez fiado aí pra mim aí do... pro Batista aí na minha conta, faz favor.

16/05/2017 15:49:26(UTC-3)

(& )

ze

Ah feio, vai saber feio. O Tega... Olha só, foi eu que mandei o Juninho guardar lá, tá ligado? Porque... mas não no cara de bolo, foi na dona terezinha, eles só entraram portão do cara de bolo para pular pra dona terezinha. Porque o tega saiu daqui foi lá pra gaviões beber com o Diego e com o Leo e deixou 20kg aqui dentro de casa, pai, dai tá um doce, né feio?

16/05/2017 17:46:51(UTC-3)

Coroa

Ainda pagando sapo pra ele

16/05/2017 17:47:14(UTC-3)

ze

Dai eu fui ali pedir pro Juninho e pro Thaynan guardar ali na dona Terezinha, entendeu feio?

Coroa

Vcx tao fora da casinha

16/05/2017 17:48:27(UTC-3)

Coroa

Tao, mas enquanto eu não tô bombando lá, tem que aproveitar lá ó, e deixar lá com aquele outro feio lá [inaudível] que dai pra vocês é melhor feio, e não ir ninguém lá, tá liado? Só no raidinho. Ele joga lá em cima no mato lá pra vocês, entendeu? Então vocês faz isso ai direitinho.

16/05/2017 17:48:27(UTC-3)

CONVERSA EM GRUPO, DA QUAL PARTICIPAM EDSON, MAIQUE, VALDIR (DODI) E GUSTAVO (GAGU) E OUTROS NÃO IDENTIFICADOS (#58)

Lipe

rapaziada tá sujo aqui embaixo

11/05/2017 17:08:06(UTC-3)

dodi

QQ deu aí Lipe?

11/05/2017 17:08:38(UTC-3)

Lipe

tão ali na frente do beco do bago

11/05/2017 17:08:39(UTC-3)

(& )

ze

já saíram fora

11/05/2017 17:09:47(UTC-3)

(& )

daniel

E aquele verde

11/05/2017 20:37:36(UTC-3)

daniel

Tá tendo?

11/05/2017 20:37:39(UTC-3)

dodi

Ta

11/05/2017 20:39:10(UTC-3)

daniel

Qt 25

11/05/2017 20:39:54(UTC-3)

daniel

Ou 50

11/05/2017 20:39:58(UTC-3)

dodi

Só o Gate msm

11/05/2017 20:40:09(UTC-3)

dodi

Mais acho que tá 3/1

11/05/2017 20:40:15(UTC-3)

dodi

O top

11/05/2017 20:40:19(UTC-3)

(& )

Franklin ??

Kank ta tendo

11/05/2017 21:02:53(UTC-3)

ze

pedra

11/05/2017 21:03:49(UTC-3)

Franklin ??

Tbm

11/05/2017 21:04:08(UTC-3)

(& )

ze

30g

11/05/2017 21:04:15(UTC-3)

(& )

Franklin ??

E aquele teu amigo guga qt pra ele de po?

11/05/2017 21:04:45(UTC-3)

Gagu

25

11/05/2017 21:07:15(UTC-3)

(& )

Gui

Oxy não tem?

11/05/2017 21:08:50(UTC-3)

(& )

Gui

Orra Maique me lançou 120 apoiei 3G pra eles. Maique Kinho e Jacaré

13/05/2017 13:32:22(UTC-3) (fls. 761-765).

É importante destacar que, embora o laudo pericial tenha sido acostado aos autos após a audiência de instrução, as Defesas tiveram pleno conhecimento e acesso ao seu conteúdo no momento das alegações finais, não acarretando prejuízo aos Apelantes.

Os diálogos transcritos aclaram, poucos dias antes da abordagem, a negociação dos Recorrentes em relação a vários tipos de entorpecentes, como “*crack*, cocaína, oxy e maconha”.

De todos os celulares apreendidos os Peritos conseguiram extrair os diálogos apenas do pertencente a Edson Pereira de Andrade Júnior e, apesar do pouco tempo de duração das comunicações, foi possível constatar o vínculo entre todos os Apelante.

Ainda que o Representante do Ministério Público e o Juízo não tenham “poderes mediúnicos”, conforme afirmaram os Recorrentes Edson Pereira de Andrade Júnior e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, certo é que o aparelho de telefonia móvel pertencia ao primeiro e de seus registros foram extraídas as conversas transcritas.

Aliás, além de dito aparelho conter fotografias de Edson Pereira de Andrade Júnior, Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade é mencionado não apenas por “DODI”, mas também por “DIDO” nas conversas, apelido reconhecido pelo também Apelante Maique Fogaça da Silva.

Contrariando o acervo probatório coligido aos autos, os adolescentes T. R. A. e A. V. I. de S. assumiram a propriedade de toda a droga confiscada e negaram manter vínculo com os Recorrentes.

Ao serem ouvidos em Juízo, os adolescentes T. R. A. e A. V. I. de S. disseram que, na data dos fatos, estavam vendendo as drogas apreendidas em uma boca de fumo situada nas proximidades da casa onde foram localizadas. Afirmaram que, por volta das 20h, um olheiro estourou um foguete, instante em que correram para o terreno do lado, pularam um muro e, surpreendentemente “saíram na casa da dona Vera”. Alegaram que, na hora em que foram pular o telhado, os Policiais efetuaram um disparo, momento em que se renderam e os narcóticos foram apreendidos.

O adolescente T. R. A., questionado sobre a quantidade de drogas que supostamente possuía, respondeu, com notável precisão: “tinha 2 torrões de maconha, 900 grama de pedra inteira, 800 picada, 35 grama de pó, a balança”. Indagado sobre como estavam embaladas, disse, novamente com certeza: “tava com língua de sogra e elástico preto”, e a maconha “no rolopack, com fita”. Perguntado se lembrava da cor, disse: “marrom”. Inquirido há quanto tempo trafica, respondeu há 3 anos, aludindo que vai lá todas as noites e que chega a auferir, por dia, cerca de dois mil, dois mil e quinhentos reais (mídia da fl. 504).

O adolescente A. V. I. de S., questionado sobre a quantidade que



levavam dentro da mochila, também respondeu com precisão: “tinha 800 grama picada de pedra, 900 grama num torrão, 35 grama de pó e uns pedaços de fumo”. Indagado sobre quanto tinham auferido em dinheiro neste meio tempo, disse: “bastante, uns 700 reais” (mídia da fl. 504).

Entretanto, ainda que tenham se esmerado em encontrar escusas até para o injustificável, apresentando versões visivelmente ensaiadas, a assunção das práticas ilícitas por T. R. A. e A. V. I. de S. não destoa do que frequentemente constata-se no cotidiano forense. É comum adolescentes assumirem a propriedade da droga e/ou de outros feitos ilícitos para isentar os reais patrocinadores do delito de responsabilização criminal, certos de que suas punições serão menos gravosas.

Outrossim, os Policiais foram unânimes em afirmar que a droga estava sobre a cama do quarto onde os Apelantes foram vistos, e não dentro de uma mochila conforme desejam fazer acreditar.

Sobre os relatos apresentados pelos menores, com precisão e sabedoria destacou o Excelentíssimo Procurador de Justiça José Eduardo Orofino da Luz Fontes:

Primeiramente, cabe frisar que os adolescentes foram ouvidos como informantes, devidamente apoiados por suas respectivas genitoras, e, portanto, sem nenhum compromisso com a verdade, razão pela qual suas declarações devem ser tomadas com absoluta reserva. Isso porque: sabiam que podiam mentir sem que nada lhes acontecesse e sequer serem processados por falso testemunho.

Em segundo, mostra-se bastante curioso que, quase 4 (quatro) meses após a ocorrência dos fatos, os dois adolescentes lembrassem de detalhes muito sutis da operação, como a hora exata da ocorrência, a quantidade em gramas de cada droga apreendida (sendo que foram muitas!) e até mesmo a cor das embalagens utilizadas, denotando que decoraram e relataram uma estória já pronta e ensaiada, que, ressalva-se, em nada assemelha-se com os relatos prestados por todos os policiais, estes sim testemunhas imparciais.

Em terceiro, é de se frisar que, embora os adolescentes tenham dito que auferiam em torno de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por dia e que, na data da ocorrência, tivessem vendido mais de R\$ 700,00 (setecentos reais) em drogas, NENHUMA quantia em valor foi encontrada ou apreendida com eles!

Em quarto, destaque-se que a versão trazida pelos adolescentes não se sustenta, porque a vultosa quantidade de entorpecentes não é comum em bocas de fumo, já que evita-se trazer consigo muitas drogas, justamente para não perder todo o material em caso de flagrante. Ao contrário, a quantidade é comum quando está em depósito, exatamente como no caso em tela. Outrossim, consabido que aqueles que vendem drogas em bocas de tráfico já levam a droga picotada e embalada para venda, e não em grandes blocos, como ocorreu na apreensão em tela.

Em quinto (e este merece absoluta atenção) cabe destacar que embora os acusados tenham dito que conheciam os adolescentes apenas de vista e que não sabiam que eles estavam na residência (alegando que teriam entrado na casa clandestinamente, ao fugir da polícia), no dia dos fatos, isto é, em 19/05/2017, o acusado Edson tirou uma foto empunhando uma arma, ao lado do adolescente A. V. (fl. 1.357).

Não bastasse isso, nas mensagens extraídas do aparelho celular de Edson Pereira de Andrade Júnior verifica-se que, por diversas vezes, o adolescente T. é mencionado, resultando evidente que os Recorrentes já os conheciam. Confira-se:

CONVERSA ZE (EDINHO) E DEL (#27)

Participantes (2)

(owner) ze 554899315919@s.whatsapp.net

del 554899294786@s.whatsapp.net

Conversation

del

Ô família, o t. tá aí na tua casa aí, o T.? T. tai, sabe me dizer?

11/05/2017 13:05:35(UTC-3)

ze

to indo ali busca mas o mano vai me paga em fumo posso te lança um pedaço e tu faz o corre p sim

11/05/2017 20:14:25(UTC-3)

ze

dimm

11/05/2017 20:14:27(UTC-3)

del

olha eu vou dizer pra ti monstro eu acho que ele não vai querer, tá ligado? Ele ainda acabou de me ligar aqui no whats aqui perguntando se eu to na ativa, tá ligado?

11/05/2017 20:15:16(UTC-3)

ze

tu

11/05/2017 20:15:30(UTC-3)

ze

cara

[...]

del

Ei, ô, Zé, é o seguinte, pô, ê, me arruma uns baseado ali daquele ali pra mim ali pô, pra mim fuma com a gatinha ali, um baseado ali pô, que tá com o menor ali, o T., tem como me arruma uns baseadinho? (mídia do laudo pericial das fls. 522-563).

As testemunhas arroladas pelos Apelantes limitaram-se a prestar declarações meramente abonatórias, revelando não terem conhecimento do envolvimento deles com drogas.

Adriano Monteiro, vizinho dos Recorrentes Edson Pereira

de Andrade Júnior e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, pormenorizou:

conheço os acusados Edson e Valdir pela dona Verinha que mora perto da minha casa; [...] Que nesse dia 19 de maio eu estava na varanda da minha casa; Que eu não lembro se estava chovendo nesta noite; Que eu estava na varanda e escutei uma correria e olhei em cima do muro haviam duas pessoas, dois caras correndo no corredor e eu olhei eles pularam o muro para casa da Dona Verinha; Que um carregava uma mochila e o outro eu não vi se carregava algo; Que era um branco e um moreninho; Que eram dois rapazes e não os policiais; Que minha casa fica entre a casa da Dona Verinha, um corredor e a minha casa fica do lado; Que minha casa fica a esquerda; Que minha casa fica abaixo da casa da Dona Verinha; [...] Que eu não sei de quem a casa acima da Dona Verinha; Que eu vi duas pessoas correndo e depois escutei uns tiros e entrei para casa; Que eu não vi dentro do terreno a polícia agindo, porque o muro é alto; Que só vi quando saíram algemadas do terreno; [...] Que eu só vi dois guris correndo de um lado para o outro; [...] Que essas duas pessoas pularam o muro e em seguida escutei dois tiros; Que resido há 40 anos no morro do 25; Que já vi outras situações da polícia entrar na casa das pessoas ali; [...] Que até no meu quintal já entraram; Inclusive uma vez a porta estava aberta e eles entraram [...] Que antes de chegar na minha casa tem um ponto de tráfico de drogas; Que as pessoas ficam na rua vendendo drogas; Que há muito tempo funciona assim ali; [...] Que do beco até a ruela dá uns 150 metros de distância; [...] Que o Valdir trabalhava com a Dona Verinha ele e seus irmãos; Que não sei se ele trabalhava de carteira assinada; Que a família tinha uma lanchonete no local, “Pare e Prove”; [...] Que eu não sei se o Edson trabalhava; que eu nunca vi os Acusados Edson e Valdir vendendo ou comercializando drogas com usuários; [...] Que eu nunca vi o Edson e Valdir portando armas de fogo; Que a polícia entra na casa de todo mundo; [...] Que a família pediu para eu ser testemunha do que eu vim (mídia da fl. 452).

O relato da testemunha, além do contrário, não encontra amparo nas demais provas produzidas nos autos. Isso porque, logo no início, sem sequer ser questionada pela Magistrada que presidia a audiência, ela disse que “não era amiga dos acusados”, não obstante chame a mãe dos

Apelantes Edson Pereira de Andrade Júnior e de Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, de “Dona Verinha”, e tenha afirmado: “frequentava a casa para comer salgadinhos, conhece o pai de um dos acusados desde cedo e reside na região há mais de 40 anos”.

Além disso, apesar de ter declarado que trabalha de madrugada e dorme durante o dia, agregou ter presenciado os fatos por volta das 20h e, mostrando-se confuso e angustiado, justificou que, naquele dia, “por coincidência, estava de folga”.

Ao ser questionado sobre onde estava na noite dos fatos, Adriano Monteiro não titubeou, respondendo que estava em sua sacada e, apesar de não se recordar se estava chovendo ou não naquele dia (fator elementar e de fácil constatação para quem estava na sacada, sobretudo porque os Apelantes questionam que esse seria um dos motivos pelo qual os Policiais não poderiam ter visibilidade da janela de onde estavam), lembrou-se, com impressionante nitidez e riqueza de detalhes, de toda “a suposta ação dos adolescentes”, fornecendo pormenores nem sequer perguntados pelas Partes: como o tom de pele deles, se portavam ou não uma mochila e até as cores de suas vestimentas.

Apesar da noite chuvosa, segundo os Recorrentes os Policiais não teriam condições de observar, com clareza, um quarto com a janela aberta e as luzes acesas; porém, uma testemunha, na sacada de sua casa, teria perfeita visibilidade de tudo que se passava na rua, inclusive o tom de pele e as cores das vestimentas das pessoas que ali estavam, o que é contraditório.

A testemunha Paulo Rogério Pinheiro dos Santos, apesar de confirmar a versão dos Apelantes, de que existe um ponto de drogas próximo à residência deles, com vários adolescentes no local, afirmou que, na época dos fatos, a casa ao lado estava abandonada; era comum a família deixar tudo aberto; e não saber se eles alugavam o local (mídia da fl. 452).

Thays Monteiro da Silva, também vizinha dos Recorrentes Edson Pereira de Andrade Júnior e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, apresentou idêntica versão, com a ressalva de que não disse ter visto os adolescentes e que viu apenas quando os Policiais entraram na residência e eles saíram algemados (mídia da fl. 452).

A namorada do Apelante Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, Natany Prates Conte, embora tenha afirmado que chegou no local somente após a prisão dos Recorrentes, disse por onde os Policiais entraram na residência vizinha e que ela estava trancada, o que evidencia que a versão foi “ensaiada”. Confira-se:

conheço Edson e Valdir; Que Valdir é meu namorado e Edson meu cunhado; Que eu sou moradora do 25; Que moro há uns 10 anos na região; Que conheço Edson e Valdir há uns 4 ou 5 anos; Que namoro Valdir há 4 anos; [...] Que Valdir trabalha há 4 anos na Floram no Horto Florestal como Jardineiro perto da UFSC; Que as imagens, fotografias de fls. 425 e seguintes; são do local onde Valdir trabalha; Que Valdir trabalha com mudas das plantas da UFSC ele é jardineiro; Que logo quando eu conheci ele ele começou a trabalhar lá; Trabalhava das 8 horas às 14 horas; Que ele nunca teve envolvimento como crimes, com nada; Que ele é usuário de maconha; Que no dia 19 de maio eu conversei com ele; Que só fui na residência após a prisão; Que nunca vi drogas, balança nada na residência dele; Que a casa da mãe dos Acusados e deles é próxima de um ponto conhecido de tráfico de drogas; Que tem um ponto abaixo numa esquina e outro mais em cima em outra esquina; que é comum a polícia abordar os traficantes nestes pontos; Que o percurso de fuga quando a polícia chega no local geralmente eles fogem e sobem; Que é comum os moradores terem suas casas invadidas por traficantes quando de suas fugas, é súper comum; Que eu já vi os dois adolescentes que foram conduzidos para Delegacia; Que eu já vi eles no morro; Que eu estava na Delegacia presente e naquele dia na Delegacia eles foram liberados; Que eu já vi eles na esquina vendendo drogas; Que Valdir tinha um videogame Playstation que foi apreendido pela polícia, mas não foi apresentado; Que a polícia levou o videogame e a polícia não apresentou; Que eles tem nota fiscal; Que era comum eles jogarem videogame no

local; [...] Que o Edson faz manutenção de ar condicionado e trabalha com Uber; Que ele já foi preso por tráfico, mas ele não foi condenado; Que eu não conversei no dia dos fatos com o Edson; Que a mãe dos Acusados, Dona Vera é cozinheira e trabalha com isso; Que a família tem um projeto beneficente no Morro do 25 há mais de 6 anos; Que o nome do Projeto é Paz, Amor e Arte; Que são crianças carentes e ensinam jiu-jitsu, surf e outras coisas; Que são umas 60 crianças; Que a casa onde é o projeto é do irmão mais velho deles e ele doou para o projeto; Que a polícia já entrou armada no projeto e assustam até as crianças; [...] Que a casa ao lado da casa da Dona Vera pertence a Karine; Que foi desta casa que os policiais visualizaram os Acusados; Que a casa não era abandonada; Que a casa era alugada, tanto é que estava desocupada porque a inquilina tinha saído; Que a casa tem portas, portões e janelas; Que a casa não estava aberta e eles entraram como se fosse a casa deles; Que eu nunca soube do envolvimento deles no comércio de drogas; Que eu nunca vi Edson portando arma de fogo; Que Valdir comprou algumas coisas, mas não sei se eram roubados; Que ele nunca falou ter comprado objetos roubados; [...] Que ele comprou porque era barato; Que eu não sabia que ele tinha comprado de outras pessoas e que era roubada; Que a renda de Valdir era em torno de 1200 reais; Que Edson e Valdir não tinham carro; Que eu nunca vi droga dentro da casa; Que ele fuma na rua quando a gente sai; Que eu também sou usuária (mídia da fl. 504).

A informante e mãe dos Recorrentes Edson Pereira de Andrade Júnior e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, por óbvio, confirmou a versão apresentada pelos filhos:

meus filhos trabalhavam; Que Valdir trabalha há 4 anos na Floram; Que Edson trabalha de UBER e faz veneziana, ajuda; [...] Que Edson e Valdir ajudavam no projeto final de semana e sábado e domingo; [...] Que existe próximo da minha casa um beco onde é comercializada droga, desde que eu era pequena; [...] Que eu nunca vi meus filhos nesse beco vendendo drogas; Que eu trabalho com criança e não iria permitir que meus filhos fizessem isso; [...] Que os traficantes quando a polícia chega no beco correm para tudo que é lugar e invadem casas dos moradores e não pedem autorização para os moradores; Que o tráfico é comum no morro do 25, por isso nós ajudamos as crianças;

[...] Que a polícia ingressou na casa ao lado da minha que estava para alugar; Que a inquilina tinha saído há uns 4 dias da casa; Que ela tinha entregado a chave e que a casa era da minha filha; Que ela limpou a casa e deixou a porta meio aberta porque estava secando; Que a casa tinha portão de grade na frente, porta, tudo normal e em cima tinha mais um portãozinho; Que a casa jamais estava abandonada; Que nenhum policial pediu autorização para entrar nesta casa de minha filha; [...] Que eu estava fazendo a sopa das crianças, que eu faço comida a noite; Que já tinha desligado o fogão; Que quando desliguei escutei um estouro, um tiro, que eu escutei um barulho da telha da minha casa; Que a casa da minha filha é alta; [...] Que quando eu estou saindo veio um policial homem e eu indaguei o que houve e o policial falou cala boca; [...] O que está acontecendo e mandou eu entrar no meu quarto e começou a mexer em tudo no meu guarda roupa; Que meu filho Edson gritava, não faz isso; que ele estava dormindo e eles chutaram a cabeça do meu filho; [...] Que o policial falava que meus filhos são ladrão; [...] Que passou uns 10 minutos e eles desceram com todo mundo algemado; Que me deparei com dois menores, que eu me apavorei; [...] Que eu estava na cozinha e ninguém pediu autorização para entrar na minha casa; [...] Que o policial me atacou na cozinha; [...] Que da casa da minha filha ao lado não era possível ver o quarto onde os policiais dizem terem visto os 4 acusados embalando drogas; Que essas drogas não estavam na minha casa; Que eu tinha ido 10 minutos antes; Que estava o Maique, Gustavo e Valdir em outro quarto jogando vídeo- game e não tinha drogas na casa; Que até falei para eles não fazerem barulho porque o Edson estava no quarto dele dormindo; [...] Que eu nunca vi Edson portando armas; [...] Que a droga não era de propriedade dos meus filhos; [...] Que a polícia levou o videogame, que pedi para o meu advogado e eles não devolveram, que eu tenho nota fiscal; Que Valdir não comentou que sobre joias roubadas e relógios e não tinha costume de comprar esse tipo de bens; [...] (mídia da fl. 504).

A tentativa de desconstituir o cenário fático noticiado pelos Policiais que participaram da diligência pormenorizada na denúncia, maculando a higidez de suas atuações, não encontra, portanto, amparo no acervo probatório coligido ao feito.



Não bastasse isso, o laudo pericial realizado no local do flagrante confirma a versão apresentada pelos Agentes Estatais, tendo certificado que, da janela da casa do lado da visada, a qual estava desocupada, eles tinham plena visibilidade da residência onde estavam os Apelantes com o conteúdo ilícito. Confira-se:

– O laudo pericial das fls. 585-593 atestou que as residências eram limítrofes (item 4.1. da fl. 587) e trouxe fotografias (fl. 592) que demonstram que, de onde os Policiais estavam, tinham visibilidade do cômodo da casa visada, notadamente no dia dos fatos, em que o contraste entre a escuridão da noite e as luzes do quarto, que se encontravam acesas, evidenciaram a movimentação no seu interior;

– O laudo pericial complementar das fls. 709-725 confirmou tais informações, pois a imagem da fl. 711 e os croquis das fls. 712-714 evidenciaram claramente a proximidade dos imóveis. Ao responder aos quesitos, o Perito afirmou que “é possível, do imóvel descrito pelos policiais civis como abandonado, ter visão da janela descrita e identificada no item anterior, bem como ver o interior do quarto” (fl. 720, item 3).

As fotografias das fls. 722 e 724 não deixam dúvida quanto à extrema proximidade dos Policiais do local do delito, bem como a notória visibilidade do quarto onde os Recorrentes estavam com as drogas.

Para corroborar com as provas colhidas, extrai-se do laudo pericial das fls. 234-237 que foram apreendidas 4 porções de maconha, com peso total de 937,2g; uma porção de *haxixe*, com massa bruta de 4,1g; uma de cocaína, com peso de 32,5g e 884 porções de *crack*, com massa total de 1.145g.

Levando-se em consideração que cada porção individualizada de *crack* pesa em torno de 0,25g, no mínimo 4.580 pedras poderiam ser alcançadas, o que revela a expressividade do que foi apreendido.

Outrossim, a apreensão de balança de precisão e a forma como

foram encontradas as substâncias entorpecentes são características da narcotraficância, não remanescendo dúvida sobre a prática do comércio proscrito.

Adverte-se que para a perfectibilização do tipo penal positivado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 independe se os Apelantes estavam ou não “manipulando/embalando/picotando” a droga no momento do flagrante, pois basta que o agente incorra em um dos dezoito verbos previstos na norma incriminadora, que reza:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Ainda que os Recorrentes pretendam fazer acreditar que o conteúdo ilícito destinava-se exclusivamente ao próprio consumo, a forma como foram encontradas as drogas e as circunstâncias da apreensão apontam em sentido contrário.

Positiva o art. 28, § 2º, da Lei 11.343/06:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Mesmo que também fossem usuários de substância entorpecente, o que é perfeitamente comum, a circunstância não permite, por si só, desclassificar seu agir para o configurador do delito descrito no art. 28, *caput*, da Lei 11.343/06, pois, não raras vezes, os dependentes de drogas não só as consomem como praticam atos próprios de venda e depósito a fim de angariar fundos para manter o vício.

Na verdade, “nada impede a coexistência, num mesmo agente, das condições de traficante e viciado. Uma noção não exclui a outra, como se pode apressadamente pensar. É até muito comum que viciados, para o custeio de seu mal, lancem-se ao comércio ilícito de drogas” (ANDREUCCI, Ricardo. *Legislação penal especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61), razão pela qual, “ainda que estivesse bem demonstrada a condição do acusado de usuário de drogas, tal fato, por si só, não tem o condão de afastar a responsabilidade criminal do agente para o crime de tráfico de drogas” (TJSC, Ap. Crim. 2014.030139-0, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 7.8.14).

Ante a prova produzida nos autos, portanto, não há dúvida de que os Apelantes Edson Pereira de Andrade Júnior, Gustavo da Silva Carriço, Maique Fogaça da Silva e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade *guardavam* entorpecentes destinados à comercialização, conduta sancionada pelo art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, sem margem para acolher as teses absolutória e desclassificatória formuladas.

3. Quanto ao delito previsto no art. 12 da Lei 10.826/03, prática atribuída ao Recorrente Edson Pereira de Andrade Júnior, a materialidade é evidenciada pelo noticiado no boletim de ocorrência das fls. 2-6; no auto de apreensão das fls. 7-8, que atesta que foram encontradas uma pistola calibre .380, com 11 munições do mesmo calibre; e no laudo pericial das fls. 126-128, que apontou a eficácia da arma de fogo e das munições.

A autoria deflui do acervo probatório coligido ao feito.

Para o exame da tese suscitada pelo Apelante faz-se remissão a todo o acervo probatório delineado.

Lembre-se que os Policiais Cíveis afirmaram que o Recorrente Edson Pereira de Andrade Júnior era a pessoa que portava a arma de fogo apreendida no dia dos fatos.

O Apelante Edson Pereira de Andrade Júnior aduziu, na fase

administrativa, que a arma de fogo era de sua propriedade (mídia da fl. 50), modificando o relato em Juízo, conforme detalhado.

Extraí-se do laudo pericial realizado no aparelho de telefonia móvel do Recorrente (fls. 534-550) que, em uma das fotografias localizadas, na companhia do adolescente A. V. I. de S., ele exibia a arma de fogo apreendida dos autos.

Aliás, a afirmação da Defesa, de que essa fotografia “não prova nada”, é no mínimo contraditória, tendo em vista que foi extraída do celular do Apelante, além de ser evidente que eram eles os retratados na fotografia.

Não há dúvida, portanto, de que o Recorrente possuía a arma de fogo e as munições de uso permitido em sua residência, sem autorização e em desacordo com as normas legais e regulamentares.

Assim, diante do encontro, no interior da residência do Apelante Edson Pereira de Andrade Júnior, de uma pistola calibre .380, com 11 munições do mesmo calibre, em desacordo com determinação legal e regulamentar, seu agir está descrito na norma penal incriminadora insculpida no art. 12 do Estatuto do Desarmamento:

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Por se tratar de crime de mera conduta e perigo abstrato, para a caracterização do dolo basta o simples fato de “possuir” artefato bélico de uso permitido sem autorização legal, conduta que já expõe lesão à objetividade jurídica tutelada pela norma, qual seja, a incolumidade pública, o que, de fato, ocorreu no presente caso. Buscou essa norma tutelar a vida, a integridade corporal e a segurança das pessoas contra

agressões em seu estágio inicial, para coibir a prática de comportamentos perniciosos e ameaçadores, consubstanciados, às vezes, na simples posse do artefato bélico.

Guilherme Nucci salienta que, por ser crime de mera conduta, não requer o delito a ocorrência de nenhum efetivo prejuízo para a sociedade ou para qualquer pessoa, ao passo que, classificado como de perigo abstrato, a probabilidade de dano, com o mau uso da arma ou munição, é presumida pelo tipo penal (*Leis penais e processuais penais comentadas*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 48).

Não se exige demonstração do dolo específico e de ofensividade e lesividade da conduta. Para a perfectibilização do delito, basta que o agente incorra um dos verbos previstos na norma penal incriminadora, sem comprovação de finalidade específica.

Já decidiu esta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. MATERIALIDADE DO DELITO E AUTORIA INCONTROVERSAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO CALCADO NA ATIPICIDADE DA CONDUTA. ALEGADA AUSÊNCIA DE LESIVIDADE A BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA INCRIMINADORA. DESCABIMENTO. CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. RISCO À INCOLUMIDADE PÚBLICA CONFIGURADO PELA SIMPLES AÇÃO DO AGENTE. QUESTÃO PACIFICADA NESTE TRIBUNAL E NAS CORTES SUPERIORES. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] RECURSO DESPROVIDO (Ap. Crim. 2014.075064-1, Rel. Des. Rui Fortes, j. 24.11.15).

Logo, ao possuir uma pistola calibre .380 e 11 munições do mesmo calibre o Recorrente Edson Pereira de Andrade Júnior cometeu o delito previsto no art. 12 da Lei 10.826/03.

É inviável, pois, proclamar a sua absolvição.

4. O pleito absolutório deduzido pelo Apelante Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, em relação ao crime de receptação dolosa, igualmente não merece acolhimento.

A materialidade e a autoria delitivas encontram-se positivadas no boletim de ocorrência das fls. 2-6 e 375; no auto de exibição e apreensão das fls. 7-8; no auto de avaliação indireta da fl. 9; no termo de reconhecimento e entrega da fl. 10; e na prova oral coligida aos autos.

Novamente faz-se remissão ao acervo probatório delineado nos autos.

Como visto, o Recorrente Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, após adquirir as joias de pessoa que não identificou, a qual denominou de “casqueiro”, divulgou-as no site de venda popularmente conhecido como “OLX”, o que possibilitou suas identificações e localização pelos Policiais Civis.

Também é seguro que Valdir e os demais Apelantes empreendiam, de maneira conjunta, o narcotráfico, o que leva a concluir, seguramente, que mantinha em depósito, de forma livre e consciente, todos os materiais ilícitos apreendidos no imóvel, inclusive as joias, com registro de roubo.

O Recorrente Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, na fase administrativa, admitiu que adquiriu as joias roubadas de “uns casqueiros” e que elas foram localizadas em seu quarto (mídia da fl. 50).

Na fase judicial, o Apelante Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade igualmente confessou que adquiriu as joias; comprou de dois rapazes que precisavam de dinheiro; e que perguntou se eram roubadas, demonstrando clara consciência de que os valores pelos quais eram oferecidas estavam *aquém* dos de mercado. Alegou, ainda, que comprou os objetos para uso próprio, por R\$ 2.000,00, não esclarecendo, porém, o que supostamente fazia com esta quantia em mãos na ocasião da

aquisição (mídia da fl. 504).

Contudo, ao ser inquirida em Juízo, sua namorada Nathany Prestes informou que, com a profissão de jardineiro que exercia, Valdir auferia em torno de R\$ 1.000,00 a R\$ 1.200,00 mensais, dizendo acreditar que ele comprou as joias porque estavam baratas (mídia da fl. 504).

Os bens receiptados valiam aproximadamente R\$ 9.000,00 conforme positivado no laudo de avaliação da fl. 9, já que os relógios eram de marcas bastante conhecidas e caras (Armani e Tissot), e as joias, de ouro. Não bastasse, em uma das correntes estava gravado o nome do filho da Vítima do roubo, o que tornava inviável o desconhecimento da origem ilícita.

O registro de ocorrência efetuado pela Vítima Sidney José Martins certifica a origem espúria dos bens, a qual relatou que o crime foi praticado por três agentes, encapuzados com balaclava e, ao ser procurado pelos Policiais Civis, reconheceu as joias roubadas (mídia da fl. 452).

Os Policiais Civis também confirmaram que as joias foram encontraram em poder do Recorrente Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade (mídia da fl. 504).

Frente ao conjunto probatório amealhado aos autos, tem-se que Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade adquiriu e ocultava joias e relógios proveniente de roubo, ocorrido poucos dias antes dos fatos narrados na denúncia e de propriedade da Vítima Sidney José Martins, conduta que se amolda ao tipo penal previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal:

Art. 180 – Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Destaca-se que os traficantes de drogas são grandes incentivadores

dessas práticas criminosas porquanto aceitam quaisquer bens ou objetos como contraprestação pelos narcóticos que comercializam.

Pelas circunstâncias que envolvem a prática delitiva, o dolo, consubstanciado na prévia ciência da origem ilícita dos bens, está configurado no feito, de modo que deve ser mantida a condenação de Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade pela prática do crime de receptação (CP, art. 180, *caput*).

5. Em relação à dosimetria da pena, todos os Apelantes requerem a concessão do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Sem razão, porém.

Ao estabelecer a pena-base de Edson Pereira de Andrade Júnior, Gustavo da Silva Carriço, Maique Fogaça da Silva e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, quanto ao crime de tráfico de drogas, a Magistrada de Primeiro Grau justificou o acréscimo de 1 ano e 3 meses nos seguintes termos:

Considerando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei 11.343/06, observo que a culpabilidade do réu ressoa em grau moderado. A droga apreendida é vultosa, considerando que apreendidos em torno de 2 kg de *crack*, e 1 kg de maconha, além de grande quantidade fracionada para o comércio (880 petecas de *crack*), merecendo maior grau de reprovabilidade. O acusado não registra antecedentes. Sobre sua conduta social e personalidade, nada foi coletado. Os motivos do crime devem ser tidos como normais à espécie, certamente visando a obtenção de lucro fácil. As circunstâncias e as consequências são consideradas normais ao tipo. A vítima é a sociedade e a saúde pública.

Considerando as circunstâncias judiciais, preponderantemente a natureza e quantidade das drogas, aumento a pena base pela fração de 1/4 (um quarto), fixando-a em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e pena de multa-tipo fixada em 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa (fls. 1.027-1.032).

Quanto ao aumento da pena implementado com base nas



circunstâncias do crime, é certo que o preceito contido no art. 42 da Lei 11.343/06 possibilita a ponderação da natureza e quantidade da droga na primeira etapa dosimétrica. Confira-se: “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

O aumento será mantido nessa etapa considerando a natureza das drogas confiscadas (maconha, *haxixe*, *crack* e cocaína), seguindo a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é viável o incremento da reprimenda basilar com fulcro apenas na natureza dos narcóticos (STJ, REsp 1.708.563, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 1º.2.18; e AgRg do REsp 1.395.738, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, j. 26.9.17).

Mantém-se, portanto, o acréscimo da pena-base em 1/4, fixando-a em 6 anos e 3 meses de reclusão e 625 dias-multa para todos os Recorrentes.

Na etapa intermediária, são ausentes agravantes e atenuantes a serem consideradas.

Na derradeira fase dosimétrica, todos os Apelantes postulam a concessão do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em grau máximo.

Consignou a Doutora Juíza de Direito na sentença resistida:

Por fim, quanto ao pedido dos réus Edson Pereira de Andrade Júnior, Gustavo da Silva Carriço, Maique Fogaça da Silva e Valdir Bento da Silva de Andrade para a aplicação da causa especial de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, entendo que razão não lhes assiste.

Isso porque, conforme demonstrado nos autos, especialmente pelas descrições atinentes às perícias realizadas nos aparelhos celulares apreendidos com os réus, denota-se que mantinham intensa atividade criminosa, participando de negociações relacionadas a vários crimes, tais

como o comércio de entorpecentes e a clonagem de veículos:

Participants (2)

(owner) ze 554899315919@s.whatsapp.net

bonde dos loko!!!???? 554797906908@s.whatsapp.net

Conversation

bonde dos loko!!!????

e tu não tem uns carros pra jogo

(...)

ze

Mas que jeito que vocês querem o carro? Carro daquele jeito...  
clonadão ou pra nunca?

ze

ou quitadinho, família?

bonde dos loko!!!????

Nada guri, tô precisando de uns carro roubado guri, tá ligado? (...)

(...)

bonde dos loko!!!????

o feio eu ia fazer um jogo num fumo

ze

quantos,

ze

??

bonde dos loko!!!????

olha o fumo ai

bonde dos loko!!!????

eu ia lansar 1kl e 300g

bonde dos loko!!!????

desse fuma ai da foto

[...]

ze

vamo la no mano ver o ouro

13/05/2017 15:17:12(UTC-3)

ze

se tu quise

13/05/2017 15:17:18(UTC-3)

maique

me encarno

13/05/2017 16:02:57(UTC-3)

Além disso, quando operado o flagrante pelos policiais civis, os réus estavam em plena atividade relacionada à narcotraficância, na medida em que preparavam drogas para futura comercialização.

Logo, é patente a participação dos acusados em intensas atividades criminosas, requisito que, por si só, afasta qualquer possibilidade de aplicação do privilégio previsto da lei de regência.

Ademais, vale frisar que os requisitos elencados no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, devem estar cumulativamente satisfeitos para que seja concedido benefício (“primariedade”, “bons antecedentes”, “não dedicação a atividades criminosas” e “não integração de organização criminosa”).

Portanto, sendo este o requisito de que se vale o magistrado para refutar o benefício aos réus, nada obsta seja a “grande quantidade” e “variedade” de drogas apreendidas utilizada para a exasperação da pena base, nos termos do art. 42 da referida legislação [...]

Destarte, diante do não preenchimento dos requisitos necessários, afastado

a aplicação do benefício inculpidado no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas (fls. 1.023-1.025).

A prova amealhada ao feito constitui critério válido para inaplicar a pretendida causa de redução da pena, por aclarar que os Recorrentes Edson Pereira de Andrade Júnior, Gustavo da Silva Carriço, Maique Fogaça da Silva e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade não se enquadram no conceito de traficante eventual.

A teor do descrito na norma citada, a minorante só se mostra aplicável quando o acusado preenche cumulativamente as seguintes exigências: a) primariedade; b) bons antecedentes; e c) não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.

A respeito, lecionam Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Rogério Sanches Cunha e William Terra de Oliveira:

No delito de tráfico (art. 33, *caput*) e nas formas equiparadas (§ 1º), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo habitual e ocasional).

Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles inviável a benesse legal (*Nova lei de drogas comentada*: Lei 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 165).

Os requisitos necessários para a concessão do benefício não se encontram preenchidos no presente feito, visto que os Apelantes, embora tecnicamente primários, dedicavam-se à atividade criminosa.

A dedicação está evidenciada, sobretudo, nas informações extraídas do aparelho celular de Edson Pereira de Andrade Júnior (fls. 534-550), pois, apesar do pouco tempo de conversa, ficou evidente o envolvimento de todos os Recorrentes no crime, conforme acima transcrito e fundamentado.

Importa consignar que a dedicação às atividades criminosas não

precisa ser exclusiva, de tempo integral e de máxima participação. Pode ser concorrente com atividades lícitas, parcial e mínima, assim como fazem os Apelantes.

Além disso, verifica-se que o Recorrente Edson Pereira de Andrade Júnior respondia por idêntica prática criminosa nos autos 0030257-08.2014 (fl. 52, atualmente em grau recursal perante a Quinta Câmara Criminal deste Tribunal) quando preso em flagrante por estes fatos, mas ainda assim persistiu no cometimento de delito, não se tratando de um episódio isolado em sua vida.

Sobre a configuração do requisito de atividades criminosas, já deliberou o Supremo Tribunal Federal:

[...] A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas (RHC 94.806, Min. Cármen Lúcia, j. 16.4.10).

Ainda, sobre a possibilidade de considerar ações penais em curso como critério para aferir a dedicação a atividades criminosas, reiteradamente decide o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. ESTABELECIMENTO DO REGIME FECHADO. CONSIDERADO QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Na hipótese dos autos, observa-se que, na esteira da jurisprudência desta Corte, o Tribunal de origem concluiu, motivadamente, pela dedicação do recorrente ao tráfico ilícito de entorpecentes levando em conta a expressiva quantidade de droga apreendida. Assim, a modificação desse entendimento - para acolher a pretensão de que ele não se dedica à

atividade criminosa - exige o revolvimento do conteúdo fático-probatório, inadmissível em recurso especial (Súmula 7/STJ). 2. A dedicação do recorrido às atividades criminosas se infere também pelo fato de o réu responder a outro processo pendente de condenação com trânsito em julgado. Releva salientar que “a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas” (HC 330.418/RS, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe 9/11/2015). [...] (AgRg no AREsp 985.012, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 18.8.17).

Ao editar o dispositivo previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, buscou o Legislador privilegiar apenas os traficantes de primeira viagem ou de baixa periculosidade (TJSC, Ap. Crim. 2013.023304-9, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 8.8.13), sem poder se dar igual tratamento àqueles que fazem do crime seu meio de vida.

Portanto, não faz jus a essa benesse o agente que se pôs a executar atividade ilícita constante, com estado de espírito favorável à reiteração. Enfim, a proibição da aplicação desse redutor alcança aquele que tem orientação habitual para a prática delituosa, inclinação para a transgressão da norma, de modo que não se mostra merecedor da medida menor da pena.

Não bastasse isso, a expressiva quantidade de drogas apreendida na operação policial (4 porções de maconha, com peso total de 937,2g; uma porção de *baxixe*, com massa bruta de 4,1g; uma de cocaína, com peso de 32,5g e 884 porções de *crack*, com massa total de 1.145g) reforça o comprometimento dos Apelantes com o crime, pois, fossem inexperientes no ramo mercantil, dificilmente guardariam tamanha quantidade de entorpecentes (cf. STJ, HC 363.995, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 22.9.16; e AgRg no HC 357.165, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 1º.9.16).

*In casu*, não há falar em *bis in idem* na fundamentação, visto que o aumento quando a natureza da droga foi mantido para elevar a pena-base

e a quantidade considerada nessa última etapa. Além disso, a quantidade não constituiu o fundamento preponderante para indeferir a aplicação da causa especial de redução de pena, servindo como fator complementar, pois ficou comprovada a dedicação às atividades criminosas.

Logo, a pena foi corretamente fixada, quanto ao crime de tráfico de drogas, em 6 anos e 3 meses e 625 dias-multa para cada Recorrente.

Em relação ao crimes de receptação dolosa e posse irregular de arma de fogo de uso permitido, atribuído aos Apelantes Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade e Edson Pereira de Andrade Júnior, as penas foram aplicadas no mínimo legal cominadas aos tipos, ou seja, em 1 ano de reclusão e 10 dias multa, e em 1 ano de detenção e 10 dias-multa, respectivamente, reconhecida apenas a atenuante da confissão espontânea, contudo sem redução da pena diante do contido no enunciado sumular 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Diante do concurso material de delitos (CP, art. 69), somam-se as penas, resultando em 7 anos e 3 meses de reclusão e 635 dias-multa para Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade, e em 6 anos e 3 meses de reclusão e 1 ano de detenção, e 635 dias-multa, arbitrados individualmente no mínimo legal, quanto ao Recorrente Edson Pereira de Andrade Júnior.

6. O regime inicialmente semiaberto, estabelecido para o cumprimento da pena corporal em relação aos Apelantes, afeiçoa-se o mais adequado ao caso concreto, conforme dicção do art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal, sem possibilidade de modificá-lo para o aberto, consoante anseiam.

7. Também é inviável converter a pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, pois o *quantum* de seu apenamento suplanta o limite de 4 anos estipulado no art. 44 do Código Penal.

8. O pleito atinente à detração, formulado pelo Recorrente Gustavo

da Silva Carriço, também não merece acolhimento.

O art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal determina que “o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”.

Consignou a Magistrada na sentença resistida: “Em atenção §2º do art. 387 do Código de Processo Penal (incluído pela Lei n. 12.736, de 2012), anoto que o acusado não cumpre os requisitos para iniciar o cumprimento da pena em regime menos severo” (fl. 1.029).

A Doutora Juíza de Direito deliberou acertadamente porque o Apelante foi condenado a 6 anos e 3 meses de reclusão e esteve em prisão provisória, até a data da prolação da sentença, por 8 meses, de modo que o *quantum* a ser considerado (remanescente, de 5 anos e 7 meses) não leva ao abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena, que, nos termos do art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal, deve ser o semiaberto.

Tampouco considerada a data do julgamento do presente recurso é viável a detração, pois o tempo de prisão provisória, até hoje (19.6.18), é de 1 ano, 1 mês e 1 dia, e seriam necessários pelo menos 2 anos e 3 meses de custódia cautelar para que a detração pudesse impactar no sistema inicial de cumprimento de pena.

9. Deve ser mantida a perda em favor da união dos bens apreendidos em poder dos Recorrentes (celulares; *tablet* e *notebook*), nos termos do art. 63 da Lei 11.343/06, porquanto nem sequer comprovaram a origem lícita dos objetos confiscados.

10. O Recorrente Gustavo da Silva Carriço requer a concessão da liberdade provisória, para que possa recorrer em liberdade.

O pleito não pode ser deferido.



Não se olvida que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *HC* 104.339, deliberou pela inconstitucionalidade, à luz do princípio da proporcionalidade, da vedação abstrata contida no art. 44 da Lei 11.343/06, que impossibilita a concessão de liberdade provisória em crimes de tráfico de drogas.

Ocorre que, consoante fundamentado pela Doutora Juíza de Direito, os motivos que ensejaram a decretação da custódia cautelar ainda permanecem hígidos, pois, além de o Recorrente ter permanecido segregado durante toda a instrução processual, a gravidade concreta dos fatos enseja sua manutenção (fl. 1034).

Factualmente, não houve mudança na situação do Apelante desde a última decisão. Assim, permanece hígida, pois, a necessidade de garantir a ordem pública pela possibilidade do cometimento de novos crimes.

Soma-se a isso o fato de não se mostrar lógico que o Recorrente ultrapasse a instrução processual segregado e, no advento da sentença condenatória, seja liberado.

Quer-se com isso dizer: se, quando há meros indícios de autoria e materialidade, é correta a medida extrema, com muito mais razão o é após a produção da prova, o contraditório e exarado juízo de certeza proferido pelo Estado-juiz na derradeira decisão.

Lógico que o Magistrado é falível e, com razão, é garantido o acesso às superiores instâncias. Mas, se as condições autorizadoras da prisão preventiva continuam presentes, não há óbice para a análise meritória enquanto o demandante encontra-se recolhido. Em realidade, mostra coerência sistêmica.

O Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento:

PROIBIÇÃO DE RECORRER EM LIBERDADE.  
SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP.  
COMPROVADA HABITUALIDADE CRIMINOSA. PACIENTE

QUE PERMANECEU PRESA DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRISÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se presentes os motivos para a segregação preventiva. 2. A comprovada dedicação da condenada à prática de crimes somada à gravidade concreta do delito praticado, justificam a manutenção da custódia antecipada, ante a necessidade de se garantir a ordem pública (*HC* 281.433, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 8.4.14).

Registre-se que a imposição do regime semiaberto não é óbice para a manutenção da segregação cautelar.

O disposto no art. 33, § 1º, alínea “b”, do Código Penal, conquanto seja mais brando do que o previsto na alínea “a” do sobredito dispositivo legal, ainda encerra modalidade de resgate da sanção privativa de liberdade e não garante a soltura àqueles que são submetidos às normas atinentes ao semiaberto.

A propósito:

Não há constrangimento ilegal na negativa do direito de recorrer em liberdade por persistirem o risco à ordem pública e à aplicação da lei penal, já devidamente demonstrados no anterior decreto prisional, mesmo diante da fixação de regime prisional semiaberto (STJ, AgRg no AREsp 574.256, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 6.11.14).

A orientação é pacífica naquela Corte (cf. *HC* 286.470, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 7.10.14; *RHC* 45.863, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, j. 2.10.14; *RHC* 49.559, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 2.9.14; e *RHC* 46.321, Relª. Minª. Regina Helena Costa, j. 26.8.14) e é majoritária neste Tribunal (cf. *HC* 2014.053010-4, Relator este Magistrado, j. 19.8.14; *HC* 2014.031610-2, Relª. Desª. Salete Silva Sommariva, j. 10.6.14; *HC* 2014.027080-6, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 29.5.14; e *HC* 2014.002711-9, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 6.2.14).

Com a devida vênia, posicionamento contrário afronta o disposto na Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe que “admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”, justamente porque é incoerente aprisionar o agente a título provisório e em cognição sumária, mas soltá-lo após a prolação de decisão de mérito em cognição exauriente que reconhece sua responsabilidade penal sem que tenha ocorrido modificação do *periculum libertatis*.

A adequação para o regime estipulado em Primeira Instância deve ser resolvida, por ora, perante o Juízo da Execução (competente para a análise de tal matéria, cf. LEP, art. 66, VI), nos autos do PEC Provisório, como dispõem os arts. 8º e 9º da Resolução 113/10 do Conselho Nacional de Justiça.

Aliás, consoante novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, é devida a execução da pena imediatamente após a condenação por esta Corte (ARExtra 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 11.11.16), o que reforça a impossibilidade de o Apelante recorrer em liberdade.

Como arremate, anota-se que não se faz necessária a manifestação expressa acerca de todos os dispositivos legais invocados para configuração do pressuposto de prequestionamento 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 no Edcl no REsp 626.033, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 23.11.06).

Além disso, mesmo que todos os artigos mencionados nos apelos não tenham sido objeto de explícita deliberação por esta Câmara, foram abordados, ainda que de forma implícita, no momento da apreciação do mérito recursal.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e desprovimento dos recursos.

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 aos Acusados, caso isso ainda não tenha sido implementado, nos termos da orientação do Supremo Tribunal Federal (AREExtra 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 11.11.16).

Para os fins do disposto no § 5º do art. 87 do Regimento Interno desta Corte, nas Resoluções 44, 50 e 172 do Conselho Nacional de Justiça e no Provimento 29 da Corregedoria Nacional de Justiça, os nomes dos Acusados Edson Pereira de Andrade Júnior, Gustavo da Silva Carriço, Maique Fogaça da Silva e Valdir Antônio Bento da Silva de Andrade devem ser incluídos, com fulcro no art. 1º, 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).

**TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL****Apelação Criminal n. 0006667-79.2012.8.24.0020, de Criciúma**

Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida

APELAÇÕES CRIMINAIS. DENÚNCIA PELO CRIME DE LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVÍSSIMA COM DOLO EVENTUAL (ART. 129, §2º, III C/C 18, I, *IN FINE*, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA (ART. 386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). RECURSOS MINISTERIAL E DEFENSIVO.

APELO MINISTERIAL. PRETENZA CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA EXORDIAL. ACOLHIMENTO EM PARTE. PROVA DOCUMENTAL EVIDENCIANDO QUE O RÉU, NA CONDIÇÃO DE MÉDICO ANESTESISTA E DESCUMPRINDO SEU DEVER DE VIGILÂNCIA PERMANENTE DA PACIENTE, AUSENTOU-SE DA SALA CIRÚRGICA DURANTE O PROCEDIMENTO E NÃO PRESTOU-LHE AUXÍLIO IMEDIATO DIANTE DA INTERCORRÊNCIA OCORRIDA, ASSUMINDO O RISCO DE CAUSAR-LHE AS LESÕES QUE RESULTARAM NA INCAPACIDADE PERMANENTE PARA O TRABALHO. DESCRIÇÃO CONTIDA NA DENÚNCIA. CONDENAÇÃO PELO ART. 129, §2º, I, DO CÓDIGO PENAL QUE SE REVELA ADEQUADA. EXEGESE DO ART. 383 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

APELO DEFENSIVO PLEITEANDO A ALTERAÇÃO DO FUNDAMENTO DA ABSOLVIÇÃO PREJUDICADO.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. 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).

APELOS CONHECIDOS, PROVIDO EM PARTE O MINISTERIAL E PREJUDICADO O DEFENSIVO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0006667-79.2012.8.24.0020, da comarca de Criciúma em que *é/são* Apte/Apdo(s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apdo/Apte(s) Fábio Henrique Nascimento.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos, dar parcial provimento ao apelo Ministerial, condenando-se Fábio Henrique Nascimento como incurso nas sanções do art. 129, §2º, I c/c art. 18, I, *in fine*, do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, determinando-se sua intimação, pelo juízo *a quo*, para início imediato de sua execução e julgar prejudicada a análise do recurso defensivo.

Presidiu o julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann. Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Abel Antunes de Mello.  
Florianópolis, 27 de março de 2018.

Desembargador Ernani Guetten de Almeida  
Relator

## RELATÓRIO

Na comarca de Criciúma, o Órgão Ministerial ofereceu denúncia contra Fábio Henrique Nascimento, imputando-lhe a prática do delito

capitulado no art. 129, §2º, III c/c art. 18, I, in fine, ambos do Código Penal, pois, segundo consta na inicial acusatória:

Conforme narra o caderno indiciário epigrafado, no dia 24 de outubro de 2011, às 16:00 horas, Angélica França, com 58 anos de idade, após a realização de todos os exames necessários e estando apta para tanto, nas dependências do Hospital São José, localizado nesta cidade, foi submetida, simultaneamente, às cirurgias de ‘Herniorrafia Lombar - hérnia incisional’, aos cuidados do Dr. Giancarlo Búrico e ‘Abdominoplastia’, aos cuidados do Dr. Paulo Júnior Alberton Michels, restando o procedimento anestésico (anestesia peridural) aos cuidados do ora denunciado, Dr. FABIO HENRIQUE NASCIMENTO, tudo conforme prontuário médico correspondente de fls. 36/54. Nessa condição, então, inclusive nos termos da Resolução CFM n.º 1.802/2006, que dispõe sobre a prática do ato anestésico, para conduzir com segurança a anestesia, cuidar e proteger sua paciente, o denunciado tinha o dever de ‘vigilância permanente e exclusiva’ à Sra. Angélica França, como seu garante legal, com vistas ao controle e à manutenção das funções vitais da paciente em níveis seguros.

Ocorre que, durante o ato cirúrgico, faltando, assim, com seu dever, o denunciado ausentou-se da sala de cirurgia por algumas vezes, ao que parece tão logo concluída a ‘Herniorrafia’ e iniciada a ‘Abdominoplastia’, incidindo desta forma em omissão penalmente relevante, na medida em que a Sra. Angélica França sofreu intercorrência médica previsível e evitável, ou pelo menos, passível de minimização significativa de seus efeitos se atendida a tempo, segundo doutrina médica específica e parecer técnico que ora se requer a juntada, vez que incorreu em ‘Anóxia Cerebral’ falta de oxigênio no cérebro em razão de ‘Bradycardia’ diminuição da frequência cardíaca - (ou mesmo parada cardiorespiratória) grave e prolongada, circunstância que, inclusive, levou à suspensão do procedimento em curso, que restou incompleto.

Consta que em razão da mencionada intercorrência e ausência de intervenção suficiente e a tempo, a Sra. Angélica França restou com lesões corporais de natureza gravíssima descritas no auto de exame de corpo de delito de fl. 18, na medida em que apresentava-se com perda e inutilidade de função e ação, eis que sem capacidade deambulatória, com atrofia

muscular dos membros, fala enrolada e de difícil compreensão, dentre outros.

Ainda, colhe-se do caderno indiciário, mormente dos documentos de fls. 33/35 e prontuários das pacientes Tayane Silva Bernardo e Francisca Caciatori de Lucca, que pra também se requer a juntada com suas respectivas autorizações, que o Dr. FABIO HENRIQUE NASCIMENTO responsabilizou-se pela realização simultânea de anestesia de três pacientes distintas, conduta que, aliada àquela situação fática desenhada, bem revela que assumiu o risco do resultado, especialmente quanto a Sra. Angélica França, afastando-se por vezes da sala de cirurgia para atender às duas outras em que atuou simultaneamente, resultando nominada paciente gravíssimamente lesionada, estando hoje sob curatela provisória (fls. 106).

Concluída a instrução criminal, a Magistrada a quo julgou improcedente a denúncia para absolvê-lo do crime que lhe fora imputado, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 458/471). Irresignados, defesa e Ministério Público apelaram.

A defesa pugnou pela alteração do fundamento da absolvição para o disposto no art. 386, I, do Código de Processo Penal (fls. 516/521).

O Órgão Ministerial, por sua vez, requereu a condenação nos termos da denúncia (fls. 477/483).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 501/504 e 522/526), os autos ascenderam a este Tribunal, oportunidade em que a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra da Dra. Sonia Maria Demeda Groisman Piardi manifestou-se pelo conhecimento dos apelos, desprovimento do interposto pela defesa e provimento do Ministerial (fls. 528/539).

Este é o relatório.

## VOTO

Os recursos, próprios e tempestivos, merecem conhecimento.

Consoante narra a denúncia, a vítima Angélica França, após a efetivação



dos exames devidos e considerada apta ao desiderato, submeteu-se à realização das cirurgias de correção de hérnia incisional e abdominoplastia, em que Fábio Henrique Nascimento atuaria como anestesista.

Ocorre que, no decorrer dos procedimentos, sofreu uma bradicardia (redução severa dos batimentos cardíacos), a qual não foi prontamente revertida pelo anestesista, ora réu, diante da sua ausência no local - embora lhe competisse a vigilância exclusiva e permanente da paciente, estaria realizando outros procedimentos concomitantemente -, resultando na falta de oxigenação do cérebro.

Diante disso, houve a suspensão dos procedimentos e a paciente foi encaminhada à Unidade de Tratamento Intensivo da Unimed, onde ficou internada com quadro de “anóxia cerebral pós-operatória” (fl. 11), do qual resultou diversas sequelas, como falta de “capacidade deambulatória, com atrofia muscular dos membros, fala enrolada e de difícil compreensão”.

### **Do apelo Ministerial**

Pugna o representante do Ministério Público pela condenação do apelado nos termos da denúncia.

Com razão em parte.

Imputa-se ao apelado Fábio o crime de lesão corporal de natureza gravíssima previsto no art. 129, §2º, III, do Código Penal, uma vez que ausente no momento em que ocorreu uma intercorrência (bradicardia) durante a cirurgia realizada na vítima em que figurava como médico anestesista, não prestando o imediato auxílio e, portanto, assumindo os riscos de causar-lhe as lesões corporais decorrentes da anóxia cerebral (falta de oxigênio no cérebro), as quais teriam resultado a perda parcial de funções e a incapacidade permanente para o trabalho.

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo atestado médico de fl. 11, indicativo de anóxia cerebral pós-operatória, pela decisão que concedeu auxílio-doença por incapacidade para o trabalho (fl. 14), imagens da vítima de fls. 15/17, laudo pericial de fl. 18, apontando ofensa à integridade corporal por “energia de ordem biodinâmica

(anóxia cerebral)”, resultando “sequela que por mais que se reverta, sua reversibilidade jamais atingirá os parâmetros normais” e incapacidade para o trabalho, “principalmente para o trabalho específico e quanto ao trabalho geral terá imensa limitação” e pelos documentos do histórico da cirurgia de fls. 45/54.

Sobre a autoria, necessário, inicialmente, o resumo dos relatos prestados nos autos.

A técnica em enfermagem Gorete, ouvida na Delegacia de Polícia, disse que estava na sala de cirurgia e o anestesista se manteve no local, ausentando-se uma única vez, sem saber por quanto tempo, bem como que a paciente não teve nenhuma parada cardiorrespiratória. Presenciou o apelado Fábio entubando a paciente, mas desconhece o motivo (fl. 61). Em juízo, de outro turno, falou que não se recordava se o apelado havia se ausentado da sala cirúrgica, bem como que lá permaneceu durante todo o procedimento e desconhecia a realização de outras cirurgias ao mesmo tempo. Lembra que Dr. Fábio solicitou que fosse chamado outro médico anestesista, o Dr. Bruno, no início da intervenção emergencial, sendo que a paciente já estava entubada. Esclareceu que são os cirurgiões que agendam os procedimentos, e não os anestesistas, assim como que não ocorre de marcarem duas anestésias ao mesmo tempo em salas distintas. Por fim, afirmou não ter percebido que a situação da paciente estava se complicando (fl. 262).

A também técnica de enfermagem Elisa aduziu, extrajudicialmente, que a paciente estava lúcida e orientada ao entrar na sala de cirurgia. Disse que o Dr. Fábio era o anestesista e se ausentou algumas vezes durante o procedimento. Relatou, ainda, que houve uma intercorrência com a paciente e que Gorete saiu da sala para chamar mais um anestesista, a pedido do Dr. Fábio (fl. 62).

Judicialmente, contou que participou da cirurgia em análise, em que o apelado realizou a anestesia da paciente, e não percebeu sua eventual ausência da sala cirúrgica, inclusive em razão de ter a visão prejudicada

pela existência de uma cortina em sua frente. Disse que a paciente estava bem quando entrou na sala e desconhece eventual intercorrência durante a cirurgia. Sabe que houve alguma movimentação, mas não se recorda o que de fato ocorreu. Aduziu que não mentiu na Delegacia de Polícia e confirma sua assinatura no termo de depoimento lá prestado. Não tem ciência de lesão corporal suportada pela paciente em consequência daquele procedimento médico (fl. 409).

Por sua vez, o médico Giancarlo, em ambas as fases em que foi ouvido, informou que a paciente Angélica França sofreu bradicardia no momento em que era por si realizada a cirurgia de correção da hérnia, após a abdominoplastia feita pelo Dr. Paulo. Que o Dr. Fábio, anestesista e ora apelado, permaneceu em tempo integral na cirurgia, foi quem percebeu a intercorrência e solicitou-lhe que cessasse o ato cirúrgico imediatamente para que pudesse entubar a paciente, administrar drogas e realizar a massagem cardíaca, esta última efetivada pelo então residente Dr. Eduardo. Posteriormente encaminharam a paciente à Unidade de Tratamento Intensivo da Unimed. Ressaltou que a intercorrência é algo imprevisível e que pode acontecer, mas acredita que os procedimentos adotados foram suficientes (fls. 68 e 381).

No mesmo sentido o testigo Paulo relatou que é cirurgião plástico e realizaria as cirurgias de abdominoplastia e lipoaspiração na paciente Angélica. Pontuou que no dia dos fatos, antes do início dos procedimentos, achou-a “um pouco fora”, tendo que se desfazer da touca para que lhe reconhecesse. Questionou-a sobre eventual uso de medicamentos para se acalmar, o que foi negado. Procedeu o deslocamento da pele extra na abdominoplastia, o que levou cerca de 30 minutos, e depois o Dr. Giancarlo corrigiria a hérnia para que então realizasse a lipoaspiração. Conversava com o Dr. Fábio enquanto aguardava o término do procedimento quando a paciente sofreu a bradicardia. Contou que o Dr. Fábio prontamente iniciou o manuseio das drogas necessárias quando foi buscar o carrinho de parada cardíaca, caso fosse necessário. “No momento

em que eu fui pegar e voltei, cerca de 40s, a situação já estava controlada”. Acredita que a intercorrência durou cerca de 1 minuto. Enfatizou que todos os responsáveis estavam na sala: ele, o Dr. Fábio, o Dr. Gian e as técnicas, e que nenhum deles de lá se ausentou. Mencionou que mesmo com a intervenção imediata poderiam haver sequelas e que não sabe se houve massagem cardíaca, mas lhe relataram a efetivação de manobras cardíacas. Por fim, disse estar respondendo a procedimento junto ao Conselho Regional de Medicina por este episódio (fls. 76 e 374).

Judicialmente, a testemunha Eduardo afirmou que participou da cirurgia auxiliando como médico residente. Não se recorda se o apelado ausentou-se da sala durante o procedimento, mas frisou que normalmente isso não pode ocorrer. Lembra, entretanto, que em certo momento o Dr. Fábio solicitou que a cirurgia fosse interrompida porque a paciente estava sofrendo bradicardia, o que ocorreu, ele tomou algumas medidas e entubou-a, continuando parcialmente o procedimento (fl. 393).

O informante Bruno aduziu que é anestesista e amigo do apelado e, apesar de não ter participado da cirurgia, foi chamado a prestar-lhe auxílio em razão de uma intercorrência. “No monitor cardíaco tinha uma bradicardia importante, talvez compatível com uma atividade elétrica sem pulso ou talvez apenas uma bradicardia”. Disse que no pouco tempo que esteve presente no local, Fábio já havia tomado as providências protocolares (fl. 381).

Ainda, o médico Erick afirmou ter elaborado o parecer de fl. 210 a pedido do réu e que, em sua opinião, mesmo com auxílio imediato, sequelas poderiam existir, mas que a demora na intervenção influencia em sua própria resposta (fl. 381).

O médico cardiologista e intensivista Cristiano, ouvido apenas em juízo, contou, em suma (fl. 317):

    Não participou da cirurgia. A filha da paciente, Patrícia, que solicitou um parecer sobre os efeitos colaterais com o tipo de procedimento anestésico. Não tinha ciência sobre a existência de processos criminais. Não foi sobre o caso específico, mas de forma genérica. Recebeu uma folha de

sala da anestesia da paciente antes da elaboração do parecer. A anestesia aplicada foi a peridural (na coluna), não a geral. A paciente passou por uma cirurgia de pequeno porte, que não envolve riscos cardiovasculares graves. Até onde sabia a paciente também não tinha doenças a ponto de aumentar seu risco. É vedado pelo CRM a aplicação de anestesia em mais de um procedimento, o médico não pode atender mais de uma pessoa ao mesmo tempo. A família lhe relatou que o médico saiu da sala. Os efeitos colaterais da anestesia são a redução do bpm (bradicardia, que pode evoluir a parada cardíaca) e da pressão arterial (hipotensão). Às vezes acontecem juntos e às vezes um antes do outro. A intervenção é a utilização de atropina, adrenalina e manobras de reanimação. Existem aparelhos que medem a pressão automaticamente, conforme a programação do médico. Por isso é necessária vigilância permanente. No seu entender é obrigação apenas do anestesista, e não do cirurgião. O que se vê na ressonância magnética são lesões de isquemia, que ocorrem em paciente com pressão e batimento cardíaco baixos. Pelo que a família relatou a paciente não possuía prévios problemas neurológicos. Na folha de sala cirúrgica, onde constam gráficos com as intervenções, infere-se que o réu usou atropina e adrenalina no momento em que detectou a baixa dos bpm's. Não pode acusar o réu de estar ou não na sala. Há na folha o horário da intervenção especificamente, mas não pode precisar se o réu demorou para agir. Essa ficha pode ser confeccionada retrospectivamente, então não tem o dado concreto porque não estava na sala. As lesões são ocasionadas pelo evento. Se houvesse intervenção rapidamente a probabilidade de reversão do efeito colateral é muito grande e a chance de o paciente não ter sequelas aumenta muito. É comum um anestesista necessitar intervir em razão de baixa de pressão e bpm's por conta de anestesia. São os efeitos mais esperados e o médico deve ficar atento. Pela descrição da filha a paciente ficou num estado vegetativo persistente. A seqüela é relacionada ao tempo em que o paciente fica com o batimento baixo. Quanto mais rápido há o atendimento, menos sequelas ficam. Mesmo com o pronto atendimento é possível sequelas. Se há um pronto atendimento a intercorrência deixa de existir porque a intervenção é muito simples. Mesmo com a reanimação adequada o paciente pode sofrer sequelas.

*Patrícia, filha da vítima, aduziu judicialmente (fl. 328):*

A gente conseguiu concluir que ele não estava na sala. Eu sou médica

também e a gente sabe que é contra o anestesista estar em várias salas ao mesmo tempo. Pelo que a gente concluiu, que a gente conseguiu pegar..Minha irmã é delegada, então a gente conseguiu por mandado de busca o prontuário e tal. Ele tava em outras salas na hora que minha mãe passou mal. Ela teve uma anóxia de um tempo bem grave, hoje ela ficou inválida. Ele omitiu o tempo inteiro. A gente não é leiga, está na área, a gente sabe. Então assim, eu tava em Londrina no dia que aconteceu. Minha mãe entrou pra fazer uma cirurgia de hérnia e junto ia fazer uma lipo. E aí eu recebi uma ligação da minha irmã que os médicos disseram que ela teve uma pequena intercorrência na cirurgia e estava indo para o hospital ficar um dia na UTI. E aí eu liguei para a intensivista, achei estranho. Eu mesma liguei pra ela , ela falou que não era bem assim, que ela estava correndo risco de vida, que não passava daquele dia. Eu peguei um avião, vim correndo, peguei minha irmã e fomos pra lá. Chegou lá a plantonista não sabia o que tinha acontecido, que os colegas não passaram, mas o caso dela é grave, ela está em coma e a gente acha que ela não vai sobreviver. E aí como eu tenho influencia com os colegas eu liguei ao Dr. Marcos (inaudível), Rodrigo Carluzo, todos os neurocirurgiões e eles acharam estranho o que aconteceu com a minha mãe. Minha mãe não era diabética, não era hipertensa, tinha uma saúde boa, não era obesa. Então como assim saiu da cirurgia e ficou daquele jeito? Inclusive o Dr. Marcos pediu a um colega dele ir vê-la na UTI. E dai com a nossa pressão começamos a questionar várias coisas. Todas as hipóteses que os médicos passavam eram contestadas aqui. Não, isso não é, é impossível ter acontecido isso. Eles levantaram que podia ter sido um AVC, podia ter sido um (inaudível) que despreendeu, enfim. O meu cunhado também é médico, a gente até questionou com eles se em algum momento eles não saíram da sala porque tava muito estranho o caso da minha mãe. Eles negaram, mas depois a gente conseguiu ver que ele estava na mesma hora em duas ou três cirurgias. A gente começou a desconfiar porque a gente sabe que isso é comum. A plantonista falou assim “acho que tá na hora de os colegas começarem a falar a verdade, começar a falar o que realmente aconteceu na sala”. As plantonistas também acharam estranho a forma como minha mãe chegou. Elas falaram “tá muito estranho, uma senhora jovem. Vocês vão ter que começar a contestar com eles o que aconteceu”. E assim, divergiu muito. O anestesista não sabia falar, ele só roía unha e não sabia falar nada. O cirurgião começou a levantar várias hipóteses e

foram todas contestadas, a gente como médico viu que ne? E os exames comprovaram: minha mãe teve uma anóxia, ficou sem oxigenação por muito tempo. Foi gravíssimo o que aconteceu e ficou comprovado. A responsabilidade da oxigenação é do anestesista. O anestesista está lá para qualquer intercorrência [...]. Ninguém disse que o anestesista não estava lá na hora que ela teve essa falta de oxigenação, mas no prontuário constava que ele estava em três cirurgias ao mesmo tempo. E tá aqui o horário que a minha mãe passou mal: 18h25min. 18h15min ele tava dando alta para outra paciente e 18h35min para outra. Um anestesista não pode fazer isso, ele tem que estar ali. O corpo da pessoa está ali e ele precisa estar ajudando, vendo [...]. Foi um milagre ela ter ficado viva. Ela não anda, ficou com quadro tipo de Alzheimer, recorda muito pouco da gente, lembra e esquece. Precisa de cuidadora 24 horas. Ficou com bastante deficiência na fala. Fala, mas arrastado. Sou médica psiquiatra. Na formação tive trabalho no centro cirúrgico, mas não é meu dia a dia. Não conheço o centro cirúrgico do Hospital São José. Acompanhei o pré-operatório da cirurgia, falei com ela. E até uma das coisas que o médico comentou que talvez ela estivesse dopada. Então é isso: se ela estivesse dopada, foi fazer a cirurgia, o que ele fez? Eu falei com ela, os exames tavam normais, ela não tinha nada, tanto que eles marcaram a cirurgia. Minha mãe já tinha realizado outras cirurgias e uma das coisas que ele alegou é que ela era viciada em cirurgia plástica. É inadmissível uma coisa dessas. Ela já tinha feito acho que duas cirurgias aqui no hospital e não teve nenhuma intercorrência. Quem afirmou se não me engano foi o Dr. Paulo Michels [...] Ela fez uma de útero, que não teve intercorrência nenhuma também. Outra coisa que levantamos é que ela fez várias outras cirurgias e não teve nada porque os médicos sempre deram os suporte. Não me recordo se minha mãe usava medicamentos quando fez a cirurgia. Mas uso contínuo não. Ela tomava um remédio pra dormir, em dose baixa. Rivotril acho. E Pondera. Acredito que informou os remédios para fazer a cirurgia. Eu trabalho com várias pacientes que se submetem à cirurgia e esses remédios não tem problema nenhum [...] São remédios controlados, mas que não tem interação nenhuma. A intensivista da UTI do Hospital da Unimed é a Carmen Lúcia. Acredito que não houve intercorrência no deslocamento de um hospital ao outro porque foi solicitada a vaga na UTI pelo Dr. Gean, que fez a cirurgia da hérnia. E para pedir a vaga na UTI é que o paciente já não está bem. Só se o caso for

extremamente grave. A pedido dos médicos que participaram da cirurgia. A informação de que o médico não estava na hora da intercorrência foi conseguida através de documentos. Consta lá na escala três cirurgias ao mesmo tempo e também o resultado final. Existe resolução na área médica proibindo isso, o atendimento é exclusivo.

*A médica Cristiane relatou que não participou do procedimento cirúrgico, conhecendo a vítima apenas na Unidade de Tratamento Intensivo da Unimed. Tinha conhecimento de que a paciente possuía lesão em decorrência de bradicardia ou parada cardíaca, da qual derivou seu quadro médico. Informou que uma intervenção de imediato poderia ter mitigado ou evitado a situação, mas que seria possível, em tese, que ainda assim resultassem sequelas (fls. 64 e 317).*

Se, contudo, por um lado, a prova oral não é contundente quanto à ausência do réu na sala cirúrgica no momento da ocorrência da bradicardia, os documentos juntados aos autos são inequívocos quanto à prática criminosa.

Explica-se.

O apelado Fábio, em todas as vezes em que fora ouvido (fls. 77, 341/343 e 381), disse, em suma, que: 1) o horário marcado para as cirurgias não reflete o momento em que de fato se iniciaram, de modo que o conflito de agendamentos não significa sua realização simultânea; 2) não atuou como anestesista em pacientes distintos concomitantemente; 3) permaneceu na sala cirúrgica desde a anestesia até o término do procedimento na vítima, inclusive quando ocorrida a bradicardia, tomando imediatamente as medidas devidas para evitar ou abrandar sequelas advindas da intercorrência; 4) os registros hospitalares não são confiáveis quanto aos horários; 5) os prontuários eletrônicos constantes nos autos foram por si preenchidos, mas os dados neles constantes são inexatos.

Conforme se infere dos autos, de fato há conflito temporal entre os prontuários eletrônicos e os demais registros hospitalares – o que foi uma



das bases para a absolvição em primeiro grau.

São observadas incongruências, por exemplo, entre os registros de fls. 46, 49 e 51. Enquanto o prontuário eletrônico indica o início da monitorização dos sinais da vítima pelo anestesista às 16h45min, o documento assinado pela enfermeira Gorete aponta que a paciente chegou no centro cirúrgico somente às 17h28min e o lavado pela enfermeira Daniela revela que foi encaminhada ao centro cirúrgico às 17h43min.

No entanto, percebe-se que tais divergências ocorrem porque os registros são oriundos de diversos funcionários distintos do corpo clínico, o que as torna compreensíveis, apesar de não ser a prática ideal.

O que não se pode relativizar, contudo, considerando-os indeterminados, são os dados informados pelo próprio médico anestesista e anotados durante a cirurgia, o que é inerente a sua função, inclusive.

As informações constantes nos prontuários eletrônicos são de responsabilidade, portanto, inteiramente e exclusivamente do médico anestesista, que deve monitorar os sinais vitais dos pacientes e certificá-los com a apropriada precisão, mormente diante da importância peculiar a tais dados. É isso ainda que anotados no decorrer do procedimento e posteriormente repassados ao computador a fim de gerar o prontuário eletrônico (PEPO), consoante logística adotada pelo réu, segundo sustentou.

É inadmissível, inobstante, que sejam inseridos em prontuários médicos elementos aleatórios, como dito pelo réu. Ainda que, por óbvio, o anestesista esteja impossibilitado de exercer esta incumbência durante o socorro de eventual intercorrência, deve fazê-lo tão logo possa para garantir a credibilidade de suas informações.

E exatamente com fulcro nos elementos por si noticiados, e que devem ser tidos como verdadeiros, que é possível extrair-se que, além de ter faltado com seus deveres dispostos na resolução 1.802/2006 do Conselho

Federal de Medicina, em especial de manter vigilância permanente a seus pacientes e de não realizar anestésias simultâneas em pacientes distintos (art. 1º, II e IV), não estava presente na sala cirúrgica no momento em que a vítima Angélica sofreu a bradicardia, de modo que não realizou o pronto atendimento da intercorrência, resultando em anóxia cerebral (falta de oxigenação do cérebro), com as consequentes lesões corporais de natureza gravíssima.

Dessumi-se, pois, dos prontuários eletrônicos peroperatórios de fls. 46, 145, 151 e 368 (descartando-se os horários pré-agendados para as cirurgias, bem como o momento em que os funcionários efetuaram os registros no sistema, mas sim considerando o início das medições dos sinais vitais dos pacientes pelo apelado, o que é de sua alçada, como admitiu no interrogatório judicial) que foram anestesiados e monitorados por Fábio Henrique Nascimento, simultaneamente à ora vítima Angélica, os pacientes Tayane, Rafael e Francisca (Tayane: início da monitoração às 16h36min e fim às 16h58min; Angélica: início da monitoração às 16h45min e fim às 20h52min; Rafael: início da monitoração às 16h59min e fim às 19h11min; Francisca: início da monitoração às 17h10min e fim às 17h22min).

Além disso, e aqui reside o cerne da questão, no período das 18h20min às 18h33min os batimentos cardíacos por minuto da vítima foram de 66 (18h20min) a 33 (18h26min) e 128 (18h33min), indicando que houve a bradicardia (abaixo de 50 bpm) e consequente anóxia cerebral, com posterior recuperação da frequência. E, nesse ínterim, às 18h27min (um minuto após a intercorrência), o apelado estava na sala onde ocorria a cirurgia do paciente Rafael marcando seus sinais vitais (fl. 368).

A corroborar, o documento de fl. 358 evidencia a alta da paciente Francisca da sala de recuperação pós anestésica (SRPA), o que é de competência exclusiva do anestesista (art. 4º, §3º, da resolução n. 1802/2006 do Conselho Federal de Medicina), às 18h35min, escrito à mão e com

carimbo e assinatura do Dr. Fábio, ora apelado.

Dessarte, por óbvio que esse breve intervalo de tempo seria inábil à aplicação e reação de dois tipos de drogas na vítima, massagem cardíaca e entubação – procedimentos que Fábio alega ter realizado – e também medição dos sinais vitais do paciente Rafael e avaliação/alta de Francisca. E, mesmo que considerada uma margem de erro em razão de os horários declarados pelo anestesista serem meramente aproximados – o que não se admite, como já dito - o lapso ainda seria exíguo aos atos ditos como praticados.

A prova documental no caso dos autos, portanto, é incontroversa e *suficiente a ensejar a condenação*.

*E nem mesmo os citados relatos dos testigos oculares prestados, na hipótese em específico, é capaz de derruí-la.*

Primeiramente, porque devem ser analisados com a devida cautela, porquanto o apelado e todos os testigos presentes na sala cirúrgica no momento em que ocorreu a bradicardia na ofendida eram diretamente relacionados entre si e com o estabelecimento hospitalar. Aliás, os cirurgiões Giancarlo Búrigo e Paulo Júnior Alberton Michels, ouvidos nestes autos, são réus na ação cível de indenização por erro médico, juntamente com o ora apelado, a Sociedade Literária e Caritativa Santo Agostinho – Hospital São José e a Unimed Criciúma, onde inclusive já há deferimento de tutela antecipada compelindo-os, de forma solidária, ao pagamento mensal de despesas necessárias ao tratamento da saúde de Angélica França (autos 020.13.022117-1), de modo que possuem interesse no julgamento absolutório nos autos em análise.

Depois, porque causa estranheza que duas dessas testemunhas, as técnicas em enfermagem Gorete e Elisa, tenham afirmado, na Delegacia de Polícia, que o apelado ausentou-se da sala durante a cirurgia da vítima e, em juízo, tenham alterado suas versões, tendo aquela dito que não

se recordava e esta que não percebeu sua eventual ausência e tampouco qualquer intercorrência durante o procedimento.

Assim, por mais que os relatos judiciais das testemunhas presenciais tenham sido prestados no sentido de que Fábio não se ausentou em nenhum momento da sala onde ocorria a cirurgia na vítima, a prova documental foi eficaz em demonstrar que, embora vedado pelo Conselho Federal de Medicina, realizou anestesia simultaneamente na vítima e em outros três pacientes, assumindo o risco do resultado, bem como que a bradicardia em Angélica França ocorreu em sua ausência, fator que não permitiu que agisse imediatamente para sua reversão, o que causou-lhe as sequelas permanentes descritas no laudo de fl. 18.

Ademais, pela análise do contexto fático em conjunto com o atestado médico de fl. 11, laudo de fl. 18 e depoimentos das testemunhas Patrícia e Cristiane extrai-se que o atraso na reversão da bradicardia foi a causa da anóxia cerebral e, conseqüentemente, das lesões dela decorrentes.

O elemento subjetivo igualmente restou configurado quando Fábio, deliberadamente e ciente de suas obrigações como médico anestesista (monitoramento constante dos sinais vitais, detecção de eventuais complicações e sua correção) e das possíveis conseqüências que poderiam advir de sua omissão – inclusive de anóxia cerebral, de ocorrência possível, embora não provável - deixou de vigiar permanentemente a paciente, assumindo o risco de produzir as lesões corporais de natureza gravíssima dela decorrentes.

Nesse tocante, cita-se trecho do acórdão proferido na Apelação Criminal n. 1359355-8, do Tribunal de Justiça do Paraná, que *mutatis mutandis*, aplica-se ao caso em comento (TJPR - 1ª C.Criminal - AC - 1359355-8 - Curitiba - Rel.: Miguel Kfoury Neto - Por maioria - J. 17.03.2016):

Neste caso concreto, portanto, de culpa consciente não se pode cogitar, pois o anesthesiologista sabia, de antemão, que ao se ausentar da sala de cirurgia, jamais teria condições de evitar os eventos adversos ao paciente

que, porventura, se verificassem. Tampouco poderia, por estar fora da sala, valer-se de sua capacidade profissional para minimizar os resultados desses eventos. Tais ocorrências como as reações do tipo anafilactóide são sobejamente conhecidas pelos anestesistas, que as têm, sempre, como prováveis.

Ou seja, o recorrente ERICH tinha plena consciência dos males que poderiam advir, caso não permanecesse, todo o tempo, à cabeceira da paciente. Mas isso não foi suficiente para impedi-lo de se ausentar. Aí se desenha, com nitidez, o dolo eventual.

Os anestesistas têm plena consciência, desde os bancos acadêmicos, passando pela residência médica e, ao depois, durante todos os dias da sua vida profissional de ser-lhes terminantemente vedado, por imperativo consagrado em ato normativo (Resolução do Conselho Federal de Medicina) e, sobretudo, por mandamento da ética médica e de sua própria consciência afastar-se da sala de cirurgia.

Tais especialistas dizem ser a anestesia composta por “noventa e nove por cento de tédio e um por cento de pânico”. Justamente por isso, nesses momentos em que a situação exige pronta e adequada intervenção, é que os anestesistas devem permanecer à cabeceira do paciente desde a indução anestésica até a completa recuperação, sem se permitir mínimo afastamento.

Portanto, no momento em que se ausenta da sala de cirurgia, deixando o paciente entregue à sua própria sorte, o anesthesiologista aceita o resultado, ou seja, aquiesce à probabilidade de a pessoa que se submete à cirurgia venha a sofrer todas as consequências nefastas danos irreversíveis ou morte provenientes da privação de oxigênio no cérebro. Por saber exatamente o que pode acontecer e sabedor que, em sua ausência, nada poderá ser feito, pois ele não estará Tais ocorrências como as reações do tipo anafilactóide são sobejamente conhecidas pelos anestesistas, que as têm, sempre, como prováveis.

Ou seja, o recorrente ERICH tinha plena consciência dos males que poderiam advir, caso não permanecesse, todo o tempo, à cabeceira da paciente. Mas isso não foi suficiente para impedi-lo de se ausentar. Aí se desenha, com nitidez, o dolo eventual.

Os anestesistas têm plena consciência, desde os bancos acadêmicos, passando pela residência médica e, ao depois, durante todos os dias da sua vida profissional de ser-lhes terminantemente vedado, por imperativo consagrado em ato normativo (Resolução do Conselho Federal de Medicina) e, sobretudo, por mandamento da ética médica e de sua própria consciência afastar-se da sala de cirurgia.

Tais especialistas dizem ser a anestesia composta por “noventa e nove por cento de tédio e um por cento de pânico”. Justamente por isso, nesses momentos em que a situação exige pronta e adequada intervenção, é que os anestesistas devem permanecer à cabeceira do paciente desde a indução anestésica até a completa recuperação, sem se permitir mínimo afastamento.

Portanto, no momento em que se ausenta da sala de cirurgia, deixando o paciente entregue à sua própria sorte, o anesthesiologista aceita o resultado, ou seja, aquiesce à probabilidade de a pessoa que se submete à cirurgia venha a sofrer todas as consequências nefastas danos irreversíveis ou morte provenientes da privação de oxigênio no cérebro. Por saber exatamente o que pode acontecer e sabedor que, em sua ausência, nada poderá ser feito, pois ele não estará da sua conduta, o crime é doloso e não culposo. Na culpa consciente o resultado é representado em um juízo de simples possibilidade; no dolo eventual, em um juízo de probabilidade.” (2.º TAERJ Ap. 15.957-RJ Rel. Juiz GAMA MALCHER 1.ª C. j. 04.10.82 Un. RF 287/363 apud AMARO, MOHAMED. Código Penal na Expressão dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 179.)

Parece-me de curial inferência que o réu ERICH, especialista em anesthesiologia, médico experiente prova disso é o exercício, mencionado nos autos, de funções de direção em hospitais teve (e tem) plena consciência de que o pior poderia acontecer, quando estivesse ausente da sala de cirurgia (para tratar da visória do carro, segundo noticiam os autos ou por qualquer outro motivo, sem deixar substituto ocupando seu lugar, todo o tempo).

E o pior aconteceu.

Neste caso, pelas próprias características do acusado com formação superior em Medicina e especialização em Anestesia “Se a assunção

do risco de produzir o resultado é mais do que evidente, não há que se falar em culpa consciente (...). Os limites entre dolo eventual e a culpa consciente são definidos através da concreção do direito, pois é certo que em ambos o evento é previsto, só que no primeiro ocorre a adesão da vontade ao mesmo, por via da assunção do risco de ocorrência do resultado e na culpa consciente não.” (TACRIM-SP Ap. 378.927-5 Rel. Juiz FORTES BARBOSA 2.<sup>a</sup> C. j. 21.3.85 Un. JTACRIMSP 82/374 apud AMARO, MOHAMED. Op. et loc. cit.)

Ainda na jurisprudência, encontramos: “Não dando seu assentimento, sua aquiescência, sua anuência ao resultado, não age o acusado com dolo eventual mas, sim, com culpa consciente, que é confinante com aquele, sendo sutil a linha divisória entre ambos.” (TJSP Ap. Crim. 5.001-3 Rel. Des. MARINO FALCÃO -1.<sup>a</sup> C. Crim. j. 09.02.81 Un. RT 589/317 apud AMARO, MOHAMED. Op. cit., p. 180.)

Ao revés, quando o anestesiológista, contrariando todas as advertências normativas, da literatura e da experiência médicas, abandona a sala de cirurgia para tratar de interesses outros, desprezando aquela vida humana entregue aos seus cuidados, que deveriam ser permanentes e ininterruptos dando causa a lesões gravíssimas e incapacitantes pode-se afirmar, com exatidão, que tinha consciência e anuiu àqueles resultados.

Agiu, pois, com claro e inequívoco dolo eventual.

Ao tratar das implicações civis da prática anestesiológica (in “Responsabilidade Civil dos Hospitais”, 2ed., São Paulo: RT, 2015, p. 154 ss.), enfatizamos que o anestesiológista ministra ao paciente, de forma individualizada, por breve período (de minutos a algumas horas), a maior quantidade de drogas que qualquer outro médico. Como nenhum outro médico, o anestesiológista enfrenta um quadro prolongado de hipotensão arterial além de se deparar e ter que solucionar, com frequência, direta e pessoalmente, paradas respiratórias, induzidas artificialmente ou não. Além disso, em nenhuma outra especialidade o médico cria situação favorável para desestabilização e obstrução da via respiratória. O anestesiológista possui pouquíssimo tempo para tomar decisões críticas e não só em casos de emergência, mas em condições normais. E em nenhuma outra especialidade se requer a presença ininterrupta do médico, durante todo o procedimento. É ingenuidade

pensar que os anestésicos são inócuos. Podem existir cirurgias menores, mas não há anestésias menores. Em suma, a escolha da modalidade adequada de anestesia, dos equipamentos, a ausência de defeitos na aparelhagem (manômetros, monitores, oxímetros), o tipo, quantidade e dosagem das drogas anestésicas, o monitoramento ininterrupto com permanência contínua na sala de cirurgia e não realização de anestésias simultâneas, o domínio das técnicas de reanimação tudo isso constitui obrigação contratual do anestesiológico.

Competia a ERICH, enquanto médico anestesiológico designado para acompanhar a cirurgia em questão, assegurar, durante todo o procedimento, que os sinais vitais de Suzana permanecessem estáveis, a fim de prontamente atuar caso fosse observada alguma anormalidade.

Era previsível que Suzana poderia sofrer alguma intercorrência anestésica durante o período em que ERICH afastou-se da sala de cirurgia, como de fato ocorreu. Ainda mais considerando que ela foi submetida a múltipla cirurgia, circunstância essa que certamente representa maior risco, dado o longo período em que Suzana teve que permanecer sedada.

Está demonstrado, portanto, que ERICH, ciente dos riscos que sua ausência representaria, consentiu previamente com o resultado lesões corporais gravíssimas sofridas por Suzana.

Devidamente comprovadas, pois, autoria e materialidade delitivas.

No caso dos autos, contudo, a lesão corporal gravíssima restou caracterizada pela incapacidade permanente para o trabalho (inciso I do §2º do art. 129 do Código Penal), descrita no laudo de fl. 18 mencionado na denúncia, e não pelo inciso III do mesmo artigo, conforme constante em sua capitulação, até porque a prova demonstrou que houve, além da incapacidade laboral, a debilidade das funções, e não sua perda – deficiência na memória, na fala e no andar.

Assim, com fulcro no art. 383 do Código de Processo Penal, a condenação do réu pela prática do crime previsto no art. 129, §2º, I c/c art. 18, I, in fine, ambos do Código Penal, é de rigor.

Cumprе ressaltar, de mais a mais, que se tratando de procedimentos particulares (não cobertos pela rede de saúde pública), a anestesia em



pacientes concomitantemente pelo réu - proibida pelo Conselho de classe e da qual derivou o delito em análise - visava, por óbvio, obtenção ilegal de maior lucro, pois ao anestésiar vários pacientes simultaneamente, aumentava seus ganhos, sem se importar com os riscos decorrentes de tal ação.

Passa-se, pois, à dosimetria da pena.

A culpabilidade foi normal para o tipo penal infringido. O réu não possui antecedentes penais. Não se coletaram maiores elementos sobre a sua conduta social e inexistem dados técnicos para aferição de sua personalidade. O motivo do delito merece sopesamento desfavorável, pois, conforme já mencionado, decorrente da adoção de prática pelo réu que, embora vedada por Resolução do Conselho Federal de Medicina, visava maior lucro. Reitere-se que se tratando de procedimentos particulares (não cobertos pela rede de saúde pública), a anestesia pelo réu em mais de uma pessoa concomitantemente, movido pela ganância, visava, por óbvio, obtenção ilegal de maior lucro, pois ao realizá-las simultaneamente, aumentava seus ganhos, sem se importar com os riscos que tal ação trazia a seus pacientes. Suas consequências e circunstâncias, por outro lado, são inerentes ao tipo penal. O comportamento da vítima em nada influenciou para a prática criminosa.

Portanto, em razão do motivo do delito majora-se a reprimenda em 4 (quatro) meses, restando fixada em 2 (dois) anos e 4 (meses) nesta fase.

Reconhece-se a agravante prevista no art. 61, II, 'g', do Código Penal, uma vez que o crime foi cometido com violação de dever inerente à profissão, como demonstrado na fundamentação supra, pelo que se aumenta a reprimenda em 04 (quatro) meses e 20 (vinte) dias, resultando em 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias.

Inexistem, por outro lado, atenuantes a serem reconhecidas, tampouco causas de aumento ou diminuição da pena, pelo que resta definitivamente fixada em 2 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

O regime inicial para cumprimento da pena é o aberto, consoante previsão

do art. 33, §2º, 'c', do Código Penal.

Com fulcro no art. 44, III, do Código Penal, deixa-se de substituir a reprimenda corporal por restritivas de direitos, tendo em vista que os motivos do crime não indicam que a substituição seja suficiente, eis que, como já dito, derivado da adoção de prática pelo réu que, embora vedada por Resolução do Conselho Federal de Medicina, visava maior lucro. Tratando-se de procedimentos particulares (não cobertos pela rede de saúde pública), a anestesia em pacientes concomitantemente visava, por óbvio, obtenção ilegal de maior lucro, pois ao realizá-las simultaneamente, aumentava seus ganhos, sem se importar com os riscos decorrentes de tal ação.

Pelos mesmos fundamentos, inviável a suspensão condicional da pena, conforme art. 77, II, do Código Penal.

Assim, acolhe-se em parte o pedido Ministerial, condenando-se Fábio Henrique Nascimento como incurso no art. 129, §2º, I c/c art. 18, I, in fine, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) de reclusão, em regime inicial aberto.

### **Do apelo defensivo**

De outro norte, diante da condenação do réu neste grau de jurisdição, conforme acima delineado, resta prejudicada a análise do apelo defensivo, que visava a alteração do fundamento da absolvição para o art. 386, I, do Código de Processo Penal.

### **Execução provisória**

Por fim, proferida condenação por esta Corte de Justiça, nos termos do novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292/SP e das razões contidas no voto vencedor deste Relator nos autos n. 0000516-81.2010.8.24.0048, especialmente pela impossibilidade de rediscussão da matéria fática nas Instâncias Superiores, determina-se a intimação de Fábio Henrique Nascimento, pelo juízo a quo, para início imediato da execução da pena.

**Do dispositivo**

O voto é, portanto, no sentido de conhecer dos recursos, dar parcial provimento ao apelo Ministerial, condenando-se Fábio Henrique Nascimento como incurso nas sanções do art. 129, §2º, I c/c art. 18, I, in fine, do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, determinando-se sua intimação, pelo juízo a quo, para início imediato de sua execução, e julgar prejudicada a análise do recurso defensivo.

Encaminhe-se cópia da presente decisão ao Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina e à 2ª Vara Cível da Comarca de Criciúma, onde tramita a ação de indenização por erro médico n. 0022117-28.2013, para ciência e providências cabíveis.

Este é o voto.

**Apelação Criminal n. 0014707-16.2013.8.24.0020**

Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONCUSSÃO EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 316 C/C O ART. 71 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

**RECURSO DEFENSIVO.** RAZÕES RECURSAIS QUE SE LIMITAM A FAZER REMISSÃO ÀS ALEGAÇÕES FINAIS. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA SEQUER DE REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS DE FATO E DE DIREITO. INSURGÊNCIA QUE NÃO INFIRMA A FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. CONTRADITÓRIO E PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM ÂMBITO RECURSAL INVIABILIZADOS. PRECEDENTES.

Em não se tratando sequer de reiteração dos argumentos expendidos noutra peça processual, mas de mera remissão às alegações finais, o recurso carece da mínima fundamentação de fato e/ou de direito. Com as razões da sentença não impugnadas, a manifestação da vontade de recorrer se esvazia, há infringência do princípio da dialeticidade, conseqüente violação ao postulado contraditório e, assim, exsurge obstáculo intransponível para a apreciação da causa por esta Corte de Justiça.

**RECURSO MINISTERIAL.** PEDIDO DE MAJORAÇÃO DO VALOR DOS DIAS-MULTA E DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. ACOLHIMENTO. EFETIVO PROVEITO PATRIMONIAL E CONDUTA CRIMINOSA PRATICADA POR TRÊS VEZES. CONDIÇÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS DO APELADO QUE JUSTIFICAM A EXASPERAÇÃO, SOB PENA DE AS SANÇÕES NÃO TEREM NENHUM EFEITO PREVENTIVO E RETRIBUTIVO.

ADEMAIS, VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO DA PENA SUBSTITUTIVA QUE DEVE SER AQUELE VIGENTE À ÉPOCA DO PAGAMENTO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

**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). CUMPRIMENTO IMEDIATO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E DE PERDA DO CARGO QUE SE IMPÕE.

RECURSO DEFENSIVO NÃO CONHECIDO. RECURSO MINISTERIAL CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0014707-16.2013.8.24.0020, da comarca de Criciúma 1ª Vara Criminal, em que é apelante/apelado Moacir Dajori e apelante/apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, não conhecer do recurso defensivo, conhecer e dar provimento ao recurso Ministerial e, de ofício, determinar o cumprimento imediato das penas restritivas de direitos e de perda do cargo. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Rui Fortes, e dele participaram os Excelentíssimos Srs. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann e Des. Rui Fortes. Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Dr. Humberto Scharf Vieira.  
Florianópolis, 6 de março de 2018.

Desembargador Ernani Guetten de Almeida  
Relator

## RELATÓRIO

Na comarca da Criciúma (1ª Vara Criminal), o Órgão do Ministério Público aditou a denúncia outrora ofertada para imputar a Moacir Dajori a prática do crime previsto no art. 316 c/c o art. 71, ambos do Código Penal, em virtude dos seguintes fatos narrados às fls. XIX e 1.220 a 1.221 (aditamento):

Por três oportunidades, no início dos meses de abril, maio e junho de 2013, o denunciado Moacir Dajori, valendo-se das prerrogativas do cargo de vereador, exigiu que sua assessora Osnilda Tibincoski Casagrande com ele dividisse seus vencimentos, como condição para permanecer no cargo. Salienta-se que Osnilda havia sido nomeada para o cargo de provimento em comissão no mês de fevereiro de 2013, já ciente de que a condição para ocupá-lo seria repassar a Dajori parcela do seu salário.

Desta forma, assim que recebia seus vencimentos, Osnilda entregava a Dajori aproximadamente R\$ 2.000,00. [...]

Entre janeiro e fevereiro do ano de 2013, em local e horário a ser especificado durante a instrução processual, o denunciado Moacir Dajori, valendo-se das prerrogativas do cargo de vereador, exigiu para si, diretamente, vantagem indevida de seu assessor parlamentar Celeni Hercílio Pacheco. Na ocasião, Moacir Dajori exigiu que seu assessor Celeni dividisse com ele seus vencimentos, como condição para permanecer no cargo. Celeni negou-se a cumprir a exigência indevida e, assim, Moacir acabou exonerando-o no dia 8 de fevereiro de 2013 (fls. 21-23). Após a exoneração de Celeni, Moacir Dajori contratou nova assessora parlamentar, Osnilda Tibincoski, cujas condutas ilícitas já estão descritas no item VI da denúncia de fls. II/XX.

Antes do referido aditamento, fora declarada a incompetência da Justiça Comum para processar e julgar os crimes de quadrilha, peculato e prevaricação descritos às fls. II a XXIII, oportunidade em que foram remetidos à Justiça Eleitoral em razão da conexão com delitos eleitorais (fls. 1.177 a 1.179).

Concluída a instrução do feito, a Magistrada *a quo* julgou procedente

a denúncia para condenar Moacir Dajori à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, no regime inicial aberto, substituída por 2 (duas) penas restritivas de direitos, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa no valor mínimo legal, tendo em vista a infração ao art. art. 316 c/c o art. 71, ambos do Código Penal, além da perda do cargo público (fls. 1.335 a 1.356).

Irresignado com parcela da sentença prolatada, o Ministério Público apelou às fls. 1.359 a 1.372, nas quais requer exclusivamente a majoração do valor dos dias-multa e da prestação pecuniária.

Por outro lado, inconformado com a prestação jurisdicional entregue, Moacir interpôs recurso de apelação às fls. 1.375 e 1.403 a 1.405, nas quais pleiteia o acolhimento das teses arguidas nas alegações finais.

Contrarrazões acostadas às fls. 1382 e 1.422 a 1.444.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Excelentíssimo Sr. Dr. Gercino Gerson Gomes Neto, que se manifestou pelo conhecimento dos recursos, provimento do apelo Ministerial e desprovimento do recurso da defesa (fls. 1.446 a 1.458).

Este é o relatório.

## VOTO

O recurso defensivo, embora próprio e tempestivo, não deve ser conhecido, ao contrário do apelo Ministerial.

### 1) Do recurso defensivo

A defesa, para requerer a reforma da integralidade do julgado, faz remissão à peça processual apresentada antes da prolação da sentença condenatória, na medida em que aduz: “como razões de Recurso se

reporta às alegações finais apresentadas perante o Juízo de primeiro grau, cujas cópias junta na presente oportunidade” (fl. 1.404).

Por isso, o apelo não comporta conhecimento.

Com efeito, o exercício do direito de recorrer pressupõe, além do julgamento desfavorável (interesse) e da vontade da parte (ato voluntário), a infirmação mínima das razões de fato e/ou de direito utilizadas no pronunciamento judicial recorrido, sob pena de inviabilizar a apresentação das contrarrazões e a própria análise do objeto recursal pela instância superior, característica que se denomina de dialeticidade.

Em outros dizeres, os recursos de modo geral e, no caso, a apelação, diversamente do que se dá com relação a outras peças processuais, como ato voluntário que pode impugnar parte de somenos importância ou toda sentença (arts. 574 e 599 do Código de Processo Penal) e, portanto, não indispensáveis para o exercício da ampla defesa, submete-se a uma série de requisitos de admissibilidade, dentre os quais, sob pena de inépcia, constituem as razões para a pretensa reforma ou cassação (art. 1.010, incisos II a IV, do Código de Processo Civil c/c o art. 3º do Código de Processo Penal).

Sobre esse princípio recursal, evidentemente violado nesta hipótese, veja-se a seguinte lição (LIMA, Renato Brasileiro de; Manual de Processo Penal. VII. Niterói: Impetus, 2012, p. 849):

Por conta do princípio da dialeticidade, a petição de um recurso deve conter os fundamentos de fato e de direito que embasam o inconformismo do recorrente. O recurso deve, portanto, ser dialético, discursivo, ou seja, incumbe ao recorrente declinar os fundamentos do pedido de reexame da decisão impugnada, pois somente assim poderá a parte contrária apresentar suas contrarrazões, respeitando-se o contraditório em matéria recursal. Destarte, em virtude desse princípio, exige-se do recorrente a exposição da fundamentação recursal (causa de pedir: error in iudicando e error in procedendo) e do pedido, que poderá ser de reforma, invalidação, integração ou esclarecimento da decisão impugnada.



Outrossim, assinala Gustavo Henrique Badaró (Processo Penal. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 822):

Por princípio da dialeticidade deve se entender que o recurso deve ser discursivo, argumentativo, dialético. O recorrente deverá expor as razões pelas quais recorre e a parte contrária terá o direito de apresentar contrarrazões.

No caso, as razões deste apelo, além de fazerem mera menção e juntada das alegações finais, não apresentam qualquer irresignação aos fundamentos da sentença, o que evidencia a impossibilidade de contra-argumentação, isto é, de firmar o contraditório.

Assim, mesmo que intimado o defensor constituído para tanto, não há razões recursais e esse agir equivale a pleitear a reforma da sentença sem qualquer fundamento, o que não admite esta Câmara Criminal:

1) Recurso em Sentido Estrito n. 0006244-66.2014.8.24.0015, de Canoinhas, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 12-07-2016:

RECURSO CRIMINAL. PEDIDO DE ANULAÇÃO DO PROCESSO A PARTIR DA DEFESA PRÉVIA SEM NENHUM FUNDAMENTO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. Não é possível o conhecimento do pedido de nulidade do feito, porque a defesa não mencionou especificamente os motivos que ensejariam tal mácula, nem apresentou, no decorrer da peça, qualquer argumentação a amparar o requerimento, em desrespeito ao princípio da dialeticidade. “O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal” (STJ, HC n. 303.925/SP, Min. Jorge Mussi, DJUe de 26/11/2014). [...] RECLAMO NÃO PROVIDO.

2) Apelação n. 0005465-10.2015.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Rui Fortes, j. 02-08-2016:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE APRECIÇÃO DE TODAS AS TESES ARGUIDAS NA DEFESA PRELIMINAR E NAS ALEGAÇÕES FINAIS. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. PRECEDENTES. [...]

3) Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.085469-5, de Chapecó, rel. Des. Rui Fortes, j. 05-05-2015:

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS, E CORRUPÇÃO DE MENORES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. TENTATIVA DE ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE DÚVIDAS QUANTO À MATERIALIDADE E À AUTORIA DO DELITO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO NO PONTO. [...]

Nesse mesmo sentido, vejam-se julgados de outros Órgãos Julgadores Corte de Justiça:

1) Apelação Criminal n. 0900477-18.2015.8.24.0005, de Balneário Camboriú, Quarta Câmara Criminal, rel. Des. José Everaldo Silva, j. 16-03-2017:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, §2º, I E II, DO CP). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DOS RÉUS. APELO DO RÉU BRUNO. RAZÕES DE RECURSO QUE REPRODUZEM INTEGRALMENTE AS ALEGAÇÕES FINAIS. OBSERVÂNCIA AO ART. 1.010, II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C/C ART. 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO

PENAL E PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO. APELO DA RÉ FRANCINE. ALEGADA ATIPICIDADE DE CONDUTA E NECESSIDADE DE APLICAR O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS PELO ROBUSTO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. RÉ QUE ATUOU COMO PARTÍCIPE, REPASSANDO INFORMAÇÕES SOBRE O LOCAL DOS FATOS, BEM COMO ROTINA DA VÍTIMA. RÉU QUE CONSUMOU O ROUBO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

2) Apelação Criminal n. 0042921-08.2013.8.24.0023, da Capital, Primeira Câmara Criminal, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, j. 23-02-2017:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A PESSOA. LESÕES CORPORAIS COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, POR DUAS VEZES (CÓDIGO PENAL, ART. 129, § 1º, I, COMBINADO COM § 10 E ART. 129, § 9º, NA FORMA DA LEI 11.340/2006, ART. 7º, I E II). SENTENÇA CONDENATÓRIA EM RELAÇÃO A UMA DAS VÍTIMAS. INSURGIMENTO DA DEFESA. PRETENSA OBTENÇÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. MÉRITO. PLEITOS ABSOLUTÓRIO E DE NÃO APLICAÇÃO DA PENA COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA. REPRODUÇÃO IPSIS LITTERIS DOS FUNDAMENTOS EXPOSTOS PRETERITAMENTE NAS ALEGAÇÕES FINAIS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. INTELECÇÃO CONJUNTA DOS ARTS. 3º DO CPP E 1.010, II E III, DA LEI 13.105/2015. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO. É dever da parte indicar os motivos de fato e de direito pelos quais requer a reforma da decisão hostilizada, sendo-lhe vedado reproduzir o teor de peça apresentada ao Juízo a quo, sob pena de afronta ao princípio da dialeticidade recursal.

Outrossim, decidiu o Superior Tribunal de Justiça (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 904.609/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016):

PENAL E PROCESSO PENAL. ACLARATÓRIOS NO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEÇA PROCESSUAL QUE É RÉPLICA DA PEÇA ANTERIOR. REGULARIDADE FORMAL. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. DESOBEDIÊNCIA. ACLARATÓRIOS NÃO CONHECIDOS. 1. “O exercício do direito de recorrer pressupõe do interessado o cumprimento da regularidade formal, em cujo espectro insere-se o princípio da dialeticidade, de modo que lhe cumpre afrontar fundamentadamente a motivação utilizada no ato decisório para negar a sua pretensão, sob pena de não conhecimento do recurso”. (AgRg na AR 5.451/BA, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 14/10/2014). 2. Embargos não conhecidos.

Aliás, se fossem consideradas as alegações finais como razões recursais, bastaria, no caso, assentar que a sentença, cujos fundamentos não foram minimamente rebatidos, não merece nenhum reparo, porque devida e corretamente fundamentada tanto em relação às preliminares quando ao mérito.

No mais, oportuno ressaltar que não se admite a complementação ou esclarecimento acerca das razões recursais, que, no caso, sequer existem, como pretende a defesa às fls. 1.464 a 1.468, em razão do fenômeno da preclusão consumativa (Nesse sentido, vejam-se: STJ - AgRg no RESP n. 1382260 e 1373420; TJSC - RESE n. 0008565-28.2007.8.24.0045, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 11-07-2017; AgEx n. 0005172-30.2017.8.24.0018, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 08-08-2017; AC n. 0003173-21.2013.8.24.0038, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, Primeira Câmara Criminal, j. 13-12-2016).

Logo, o recurso defensivo não deve ser conhecido.

## 2) Do recurso Ministerial

Por seu turno, o Órgão do Ministério Público requer a majoração

do valor dos dias-multa e da pena substitutiva de prestação pecuniária, a qual pretende que seja fixada com base no valor do salário mínimo à época do pagamento, tendo em vista as condições financeiras do apelado.

Com razão.

Pelo que se infere dos autos, entre janeiro e junho de 2013, em local e horário imprecisos, o apelado, vereador no município de Criciúma, exigiu de Celeni Hercílio Pacheco e, por mais de uma vez, de Osnilda Tibincoski Casa-grande, assessores parlamentares, parte da remuneração que percebiam, a fim de que fossem mantidos nesses cargos em comissão.

Consta, ainda, que, por não ter cedido à tal exigência, Celeni fora exonerado em fevereiro de 2013, ao passo que Osnilda, que o substituiu, entregava cerca de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por mês ao apelado.

Isso posto, em respeito ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum* e ao princípio da dialeticidade, mormente diante do que dispõe o art. 599 do Código de Processo penal, analisar-se-á somente a parte da sentença contra a qual se insurgiu a acusação.

No que concerne, extrai-se da sentença (fl. 1.356):

E, nos termos do que já foi fundamentado, aumento a reprimenda em 1/5 (um quinto) totalizando a pena corporal em 2 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do crime. A pena privativa de liberdade, de acordo com o quantum supra estabelecido, a teor do que dispõe o art. 33, § 2.º, “c” do Código Penal, deverá ser executada em regime aberto.

Por fim, avaliando as circunstâncias judiciais, vê-se que o réu é primário e a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44 do Código Penal, apresenta-se recomendável e suficiente para fins de reprovação e prevenção, auxiliando o exercício da consciência cívica do acusado. Assim, eis que cumpridos os requisitos objetivos para tanto (art. 44 do Código Penal) substituo as penas anteriormente aplicadas por duas penas restritivas de direitos, consistente prestação de serviços

à comunidade na razão de uma hora de serviço por dia de condenação e prestação pecuniária que fixo em 1 (um) salário mínimo vigente na data dos fatos, devidamente atualizado na forma do Provimento CGJ n.º 13/95, a ser revertido nos termos da Portaria n.º 04/2014 deste Juízo, que será oportunamente destinado a entidade cadastrada com a Central de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Criciúma, nos termos da normativa mencionada.

Conquanto tenham sido estabelecidos o valor dos dias-multa e a prestação pecuniária no mínimo legal, a fixação deve observar, tanto num quanto noutro caso, as condições socioeconômicas e financeiras do agente, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

1) REsp 1535956/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. 381, II E III, DO CPP NÃO CONFIGURADA. PENA DE MULTA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À CONCRETA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. FIXAÇÃO DO DIA-MULTA NO VALOR MÍNIMO. EVASÃO DE DIVISAS. DIVERSAS OPERAÇÕES “DÓLAR-CABO” EM VALORES INFERIORES A R\$ 10 MIL. TIPICIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO EM RAZÃO DA COMPLEXIDADE DO ESQUEMA DE REMESSA DE VALORES. ADMISSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 2. A pena de multa deve ser fixada em duas fases. Na primeira, fixa-se o número de dias-multa, considerando-se as circunstâncias judiciais (art. 59, do CP). Na segunda, determina-se o valor de cada dia-multa, levando-se em conta a situação econômica do réu. [...] 8. Recurso parcialmente provido, apenas no que se refere à fixação do valor do dia-multa.

2) AgRg no AREsp 1012044/BA, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. QUANTUM DE REDUÇÃO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. SITUAÇÃO

ECONÔMICA DO ACUSADO. NECESSIDADE DE ANÁLISE APROFUNDADA DE PROVAS. SÚM. N. 7/STJ. [...] III. A apreciação da situação econômico-financeira do acusado, indispensável para aferir a razoabilidade da quantia estipulada a título de prestação pecuniária, exige, igualmente, análise do conjunto probatório, providência incompatível com o recurso especial, conforme preceitua a Súmula n. 7/STJ. IV. Agravo regimental a que se nega provimento.

3) AgRg no REsp 1263860/PA, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 05/12/2014:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA- BASE. FUNDAMENTAÇÃO. EXISTÊNCIA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. 41 KG DE COCAÍNA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REQUISITOS. AFERIÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PENA PECUNIÁRIA. QUANTIDADE DE DIAS-MULTA. ESTABELECIMENTO NO MÍNIMO. DESCABIMENTO. PROPORCIONALIDADE COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. VALOR UNITÁRIO. FIXAÇÃO NO MÍNIMO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. [...] 3. A estipulação da quantidade de dias-multa não leva em consideração a capacidade financeira do condenado, mas, a partir das cominações mínima e máxima abstratamente previstas para a pena pecuniária, estabelece-se a quantidade de dias que seja proporcional ao quantum da pena privativa de liberdade, com observância das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. 4. Tão só quando da fixação do valor unitário do dia-multa, a análise da condição socioeconômica é objeto de apreciação. Contudo, inexistente ilegalidade na fixação do valor unitário do dia-multa sem a apreciação das condições econômicas do réu, se foi ele estabelecido no mínimo legalmente previsto, como no caso concreto (REsp n. 1.243.923/AM, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 27/8/2014). [...] 6. Agravo regimental improvido.

Ademais, como pleiteia o Ministério Público, diversamente da pena de multa, a prestação pecuniária, que não precisa guardar proporcionalidade com a reprimenda corporal, até porque se destina ao

ressarcimento da vítima, dependentes ou à entidade social, deve ser fixada com base em salários mínimos, de um a trezentos e sessenta, no valor vigente à época do pagamento, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

1) AgRg no AREsp 1003136/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 09/03/2017, DJe 15/03/2017:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 45, § 1º, DO CP. SUPOSTA ILEGALIDADE NA DECISÃO QUE CALCULOU A PENA SUBSTITUTIVA CONSIDERANDO O VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO PAGAMENTO. TESE DE QUE O VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO É AQUELE VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO § 1º DO ART. 49 DO CP. IMPOSSIBILIDADE. INSTITUTOS DISTINTOS. ACÓRDÃO IMPUGNADO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NESTA CORTE SUPERIOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

2) AgInt no REsp 1644812/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. PROPORCIONALIDADE EM FACE DA PENA CORPORAL. NÃO OBRIGATORIEDADE. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS PREVISTOS NO § 1º DO ARTIGO 45 DO CÓDIGO PENAL.

1. A prestação pecuniária resultante da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos não precisa, necessariamente, ser proporcional à pena privativa de liberdade fixada porque sua finalidade é a reparação do dano causado pela infração penal, devendo ser estabelecida segundo os critérios do artigo 45 do Código Penal. Precedentes. 2. Se o Tribunal a quo reconhece, expressamente, que o valor fixado na sentença não era excessivo considerando o montante de tributos sonegados e que não era possível extrair informação da atual situação financeira do réu que permita avaliar a exorbitância da pena pecuniária, não poderia o



Tribunal a quo ter reduzido a pena pecuniária com fundamento exclusivo na proporcionalidade em face da pena substituída, olvidando-se de atender aos critérios do artigo 45 do Código Penal. 3. Agravo regimental improvido.

3) AgRg no RHC 32.328/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FIXAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS COMO PARÂMETRO PARA O PAGAMENTO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA IMPOSTA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A prestação pecuniária prevista no art. 45, § 1º, do Código Penal, tem a natureza de pena (restritiva de direitos), tratando-se de pagamento em dinheiro à vítima, seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo e nem superior a 360 (trezentos e sessenta), nos termos do art. 45, § 1º, do Código Penal. Por ser pena, em caso de descumprimento, pode ser convertida em pena privativa de liberdade. 2. Ao contrário, a pena de multa - prestação de obrigação monetária perante o fundo penitenciário - cuida de valor fixado na sentença condenatória e calculado em dias-multa, cuja medida unitária não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente à época do fato, nem superior a cinco vezes tal salário. Na hipótese de não pagamento, não será convertida em pena privativa de liberdade, pois incide na espécie a legislação própria da dívida ativa da Fazenda Pública, nos termos do art. 51 do Código Penal. 3. A natureza diversa dos institutos inviabiliza a aplicação analógica do disposto no art. 49, § 1º, do Código Penal, mormente por conta da natureza de recomposição do dano causado à vítima da prestação pecuniária. 4. Agravo regimental não provido.

Na hipótese, como se extrai do apelo Ministerial, das informações de caráter público (vencimentos de agentes estatais) e dos interrogatórios do apelante (fl. 300 e CD de fl. 1.289), que, empresário e patrocinado por advogado particular, ainda exerce o mandato de vereador de Criciúma, com subsídio atual de R\$ 8.401,99 (oito mil, quatrocentos e um reais e

noventa e nove centavos) e com ganhos totais de aproximadamente R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) mensais, há condições econômico-financeiras para arcar com penas de multa e substitutiva em patamar mais elevado.

Para além do prejuízo suportado pela Administração Pública Municipal, sobretudo de caráter extrapatrimonial, consta da sentença que o apelado efetivamente obteve parte do salário de Osnilda por 2 (duas) vezes, em abril e maio de 2013, o que evidencia também o proveito financeiro.

Aliás, o aumento dessas penas deve ocorrer sob risco de não ter nenhum efeito preventivo e/ou retributivo à ação criminosa reconhecida na sentença, praticada por 3 (três) vezes (1 contra Cenedi e 2 contra Osnilda),

Nesse contexto, reputa-se razoável fixar em 1 (um) salário mínimo cada dia-multa, visto que admissível de 1/30 (um trigésimo) até 5 (cinco) vezes (art. 49, §1º, do Código Penal), e em 20 (vinte) salários mínimos o valor da prestação pecuniária, porquanto permitido de 1 (um) a 360 (trezentos e sessenta), cujas naturezas jurídicas e destinações são distintas, conforme os arts. 45, §1º, e 49 do Código Penal.

Por conseguinte, em resumo, não se conhece do apelo defensivo e dá-se provimento ao recurso Ministerial para modificar as quantias/valores das penas substitutiva e de multa para: 1) prestação pecuniária no valor de 20 (vinte) salários mínimos vigentes à época do pagamento; e 2) 12 (doze) dias-multa no valor individual de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, nos termos do art. 49, §1º, do Código Penal).

### 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 intimação pelo juízo de origem do apelante/apelado Moacir Dajori para iniciar o cumprimento das penas restritivas de direitos impostas na sentença com as modificações realizadas neste acórdão.

Ademais, como determinado na sentença, pelos fundamentos expostos acima e considerando que, se o próprio princípio da presunção de inocência, que se destina a garantir a liberdade individual, valor constitucional muito mais valioso se confrontado com o exercício de cargo ou função pública, pode ser mitigado em caso de condenação criminal de segunda instância, impõe-se a perda do mandato de vereador municipal do Município de Criciúma.

Aliás, se a Lei da Ficha Limpa (art. 1º, inciso I, alínea “e”, 1, da Lei Complementar n. 135/2010), cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (ADC’s n. 29 e 30), torna inelegível o condenado por órgão colegiado em razão de crime contra a administração pública, como na hipótese em apreço, e, assim, impede o registro da candidatura e possibilita até mesmo a cassação do diploma, não há razão para submeter a perda do mandato eletivo ao trânsito em julgado da condenação criminal.

Do contrário, permitir a prisão a título de execução provisória, possível também em razão do descumprimento das penas restritivas de direitos ora modificadas, sem a cassação do mandato eletivo seria admitir, nesta e noutras hipóteses, a figura do denominado “político-presidiário”.

Consequentemente, deve também o Magistrado a quo providenciar as comunicações à Justiça Eleitoral e à Câmara de Vereadores do Município de Criciúma para informar sobre a imediata perda do cargo ora imposta, conforme preceitua o art. 21, §3º, da Lei Orgânica Municipal.

Do dispositivo:

Diante do exposto, vota-se por não conhecer do recurso defensivo, conhecer e dar provimento ao recurso Ministerial e, de ofício, determinar o cumprimento imediato das penas restritivas de direitos e de perda do cargo.

Este é o voto.

**Apelação Criminal n. 0004570-19.2016.8.24.0036, de Jaraguá do Sul**

Relator: Desembargador Getúlio Corrêa

APELAÇÕES CRIMINAIS – CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, IV) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSOS DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

CERCEAMENTO DE DEFESA – ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA – INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REDESIGNAÇÃO DA SESSÃO PLENÁRIA – NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO APENAS SEIS DIAS ANTES DO ATO – ANTECEDÊNCIA INCOMPATÍVEL COM A COMPLEXIDADE DO FEITO – PREJUÍZO EVIDENCIADO – DEFENSOR DATIVO QUE NÃO FORNECE NOVO ENDEREÇO DE TESTEMUNHAS ANTERIORMENTE ARROLADAS EM CARÁTER DE IMPRESCINDIBILIDADE – NULIDADE – REALIZAÇÃO DE NOVA SESSÃO DE JULGAMENTO – PRELIMINAR ACOLHIDA.

A nomeação de defensor dativo em substituição a defensor público, diante do indeferimento da redesignação da sessão plenária do Tribunal do Júri, enseja nulidade se for efetuada sem razoável antecedência e isso implicar concreto prejuízo à defesa, a ser demonstrado casuisticamente.

RECURSO DEFENSIVO CONHECIDO E PROVIDO – PREJUDICIALIDADE DO APELO MINISTERIAL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0004570-19.2016.8.24.0036, de comarca de Jaraguá do Sul (1ª Vara Criminal) em que é Apte/ Apdo: Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apdo/Apte: Jhonison Fernando Rodrigues Fogaça, Apdo/ Apte: Derli José Pedroso.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso defensivo e dar-lhe provimento, acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa para declarar a nulidade parcial do feito, ficando prejudicado o apelo ministerial. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Leopoldo Augusto Brüggemann (Presidente) e Ernani Guetten de Almeida.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Francisco Bissoli Filho.

Florianópolis, 10 de julho de 2018.

Desembargador Getúlio Corrêa  
Relator

## RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia contra Derli José Pedroso, vulgo Cebola, e Jhonison Fernando Rodrigues Fogaça, que contavam 26 e 23 anos à época dos fatos, respectivamente. A eles foi imputada a prática, em tese, do delito de homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, II e IV). Ao primeiro, ainda, foi atribuída a suposta prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (Lei n. 10.826/03, art. 14). Os fatos foram assim narrados:

“Consta do incluso caderno indiciário que no dia 20 de junho de 2016, por volta das 20h, os denunciados DERLI JOSÉ PEDROSO e JHONISON FERNANDO RODRIGUES FOGAÇA, agindo em comunhão de desígnios e união de esforços, cada um aderindo à conduta do outro e com firme propósito de ceifarem a vida da vítima Jhonstam

Gumz, se dirigiram até a residência desta, localizada na Rua José Vicenzi nº 381, Santo Antonio, nesta cidade e comarca.

Chegando ao local dos fatos, enquanto o acusado JHONISON FERNANDO dava guarida, o denunciado DERLI JOSÉ, se passando por amigo da vítima, pediu para chamá-la, quando então, de inopino, sacou de sua arma de fogo e efetuou certo disparo no olho esquerdo da vítima, ofendendo-lhe a integridade física e causando-lhe, em decorrência as lesões descritas nos documentos de fls. 76 *usque* 82.

De se destacar que o delito foi praticado por motivo fútil, pois o denunciado DERLI JOSÉ acreditava que a vítima havia agredido um amigo seu e imaginou que esta queria lhe matar, e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, porquanto se fez passar por um amigo desta, efetuando o disparo de inopino, sem que a vítima pudesse esboçar alguma reação defensiva, que somente não se consumou por circunstâncias alheias a vontade dos denunciados, pois em que pese o tiro tenha atingido a vítima em seu rosto (olho esquerdo), esta recebeu pronto atendimento médico.

Ressalta-se, por fim, que o denunciado DERLI JOSÉ havia adquirido e portava aquela arma de fogo, tipo revólver, calibre .38, sem possuir o necessário registro ou porte, logo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar” (fls. 01-03).

Nos autos n. 0003769-06.2016.8.24.0036, em apenso, foi decretada a prisão preventiva e autorizada a busca e apreensão domiciliar (fls. 36-39). Os mandados foram cumpridos em 29.06.2016 (Derli José - fls. 50-51) e em 30.06.2016 (Jhonison - fls. 56-57).

Recebida a peça acusatória em 09.08.2016 (fl. 115), os denunciados foram citados (fls. 118 e 121) e ofertaram resposta escrita por intermédio da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina (fls. 137-139).

Após a instrução do feito, houve aditamento à denúncia diante do falecimento da vítima (fl. 273).

As partes apresentaram alegações finais (fls. 287-304 e 312-321) e, ao final, os réus foram pronunciado pela decisão interlocutória mista de fls. 322-336, lavrada pela Magistrada Anna Finke Suszek, concluída nos seguintes termos:

“ANTE O EXPOSTO, julgo parcialmente procedente o pedido formulado na denúncia para:

1. Com base no art. 414 do Código de Processo Penal, IMPRONUNCIAR o acusado Derli José Pedroso da imputação de infração ao disposto no art. 14 da Lei nº 10.826/03;

2. Com fundamento no art. 413, do Código de Processo Penal, PRONUNCIAR o acusado Derli José Pedroso, a fim de que seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal; e

3. Com fundamento no art. 413, do Código de Processo Penal,

PRONUNCIAR o acusado Jhonison Fernando Rodrigues, a fim de que seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal”.

O recurso em sentido estrito, interposto pela defesa (fls. 365-376), foi desprovido em 28.03.2017 (fls. 413-428).

Cumpridas as diligências necessárias para a sessão do Tribunal do Júri, foi instalado o Conselho de Sentença (fl. 627-629).

Na votação dos quesitos, o Conselho de Sentença reconheceu a existência de provas suficientes da materialidade, da autoria de Derli, e da participação de menor importância de Jhonison admitindo a qualificadora do emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima. A sentença (fls. 646-650), diante da parcial procedência dos pedidos formulados na denúncia, teve o dispositivo assim redigido:

“Pelo exposto, julgo PARCIALMENTE procedentes a denúncia e a pronúncia e, em consequência:



- a) Condeno o réu DERLI JOSÉ PEDROSO, qualificado nos autos, a uma pena de 16 (dezesseis) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito capitulado no artigo 121, parágrafo 2º, IV, do CP;
- b) Condene o réu JHONISON FERNANDO RODRIGUES FOGAÇA, qualificado nos autos a uma pena de 10 anos e 8 oito meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito capitulado no artigo 121, parágrafo 2º, IV, c/c art. 29, parágrafo 1º, do CP”.

Irresignadas, as partes apelaram.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina alegou ser impossível a redução máxima da pena na terceira etapa em relação ao acusado Jhonison, pois ele auxiliou na preparação e na execução do delito, bem como na fuga. Por isso, requereu a minoração no mínimo legal ou o mais próximo disso possível (fls. 657 e 662-666).

Derli José Pedroso e Jhonison Fernando Rodrigues Fogaça pleitearam: *a)* a anulação da sessão de julgamento, diante da nomeação de defensor dativo aos acusados, por violação aos princípios do defensor natural e da ampla defesa e ao disposto no art. 456 do CPP; *b)* a submissão a novo julgamento, pois a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos quanto à participação de Jhonison e à legítima defesa putativa em relação a Derli (fls. 685-700).

Contrarrazões às fls. 707-716 e 736-741.

Em 24.04.2018 os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça (fl. 743), que, por parecer do Procurador de Justiça Raul Schaefer Filho, manifestou-se pelo desprovemento dos recursos e, de ofício, pelo afastamento da reincidência e pela fixação de honorários advocatícios ao defensor nomeado para apresentar contrarrazões (fls. 747-753).

Os autos retornaram conclusos em 02.05.2018 (fl. 754).

## VOTO

1. Presentes os pressupostos legais, o recurso defensivo é conhecido e provido, acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa, ficando prejudicado o apelo ministerial.

2. Preliminarmente, os acusados requereram a anulação da sessão de julgamento, diante da nomeação de defensor dativo, nada obstante serem assistidos pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Disseram que, com isso, houve violação aos princípios do defensor natural, da ampla defesa e à regra do art. 456 do CPP.

Desde o princípio do feito os réus foram assistidos pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Designada a data de 10.10.2017 para realização da sessão plenária (fls. 447-448), o Defensor Público responsável pleiteou, em 14.09.2017, a redesignação do ato porque estaria afastado de suas atividades (fl. 471).

Em 19.09.2017, na audiência para o sorteio dos jurados, a Magistrada Flávia Carneiro de Paris indeferiu o pedido nos seguintes termos:

“Em relação ao pedido de redesignação da sessão de júri prevista para o dia 10/10/2017 (p. 471), entendo que o pleito deve ser indeferido, pois há outro Defensor Público atuante na comarca, razão pela qual poderá este assumir o encargo, a fim de não causar prejuízo aos acusados, pois trata-se de processo envolvendo réus presos. Assim, oficie-se à Defensoria Pública Geral do Estado de Santa Catarina para que, na impossibilidade do Defensor Público atuante na 2ª Defensoria da comarca assumir o encargo, designe um substituto para o ato” (fls. 474-475).

Em resposta ao ofício, o Defensor Público-Geral manifestou-se pela impossibilidade de designar outro profissional para o ato, devido ao quadro exíguo da instituição, reforçando ser o Defensor Público Sidney

Hideo Gomes “o defensor natural com atribuições para atuar na 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaraguá do Sul”. Além disso, expôs:

“De outro lado, encontra-se em vigor o Ato nº. 30, publicado no DOE no dia 14/08/2017, que regulamenta a nomeação de advogados pelo juízo, inclusive com tabela própria e forma de nomeação e processamento de pagamento, valendo destacar, neste íterim, as disposições transitórias de aludido Ato, que conforme noticiado pela Doutra Corregedoria do Egrégio TJSC, já o é de conhecimento dos doutos magistrados de nosso Estado” (fl. 556).

Em 02.10.2017, a Magistrada Anna Finke Suszek nomeou como defensor dativo o Dr. Diego Augusto Bayer (fl. 572), intimado por publicação oficial em 04.10.2017 (fl. 593).

Diante da não localização das testemunhas indicadas pela defesa como imprescindíveis (fl. 446), o defensor dativo foi intimado, por publicação oficial, em 06.10.2017 para indicar novo endereço (fl. 618). Não houve manifestação a respeito.

Em 10.10.2017, na sessão do Júri, o defensor nomeado compareceu ao ato acompanhado de outro profissional (fl. 629).

Conforme o art. 134 da CF, compete à Defensoria Pública a assistência jurídica aos necessitados. Entretanto, diante das dificuldades referentes à estruturação do órgão, admite-se a eventual nomeação de defensores dativos a fim de assegurar a defesa técnica aos hipossuficientes, o que, por si só, não implica violação ao princípio do defensor natural. Nesse sentido:

*“1. ‘O art. 4º-A da Lei Complementar N. 80/1994 estabelece que são direitos dos assistidos pela Defensoria Pública ‘o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural’ (designação por critérios legais), o que não se confunde com exclusividade do órgão para atuar nas causas em que figure pessoa carente, sobretudo se considerada a atual realidade institucional’ (HC 123.494, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em*

16/2/2016, DJe 2/3/2016).

2. Esta Corte já decidiu que, 'por mais que o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido preferência de nomeação da Defensoria Pública para representação do réu incapaz de custear seu próprio patrono (se a Defensoria está devidamente estruturada no local), tal interpretação é passível de uma série de exceções e mitigações e não impede a substituição pontual do Defensor Público por defensor dativo' (RMS 49.902/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/5/2017, DJe 26/5/2017)" (STJ, HC n. 310704, Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 20.02.2018).

Na hipótese, o Defensor Público requereu a redesignação da sessão plenária sem expor quaisquer justificativas. Nada obstante, a Magistrada enviou ofício ao Defensor Público Geral visando à substituição do profissional, o que foi informado ser impossível. À luz do princípio da cooperação, o recomendado seria a redesignação da sessão plenária, até porque o Defensor Público poderia realizá-la no dia seguinte. É verdade que a organização da pauta de audiências e de sessões do Tribunal do Júri envolve diversas questões de logística e deve seguir uma ordem legal (CPP, art. 429); entretanto, nenhuma dessas razões práticas e de natureza infraconstitucional podem superar o direito do acusado à plenitude de defesa.

Porém, o cerne da questão e verdadeira causa de nulidade foi a nomeação de defensor dativo intimado para o ato apenas seis dias antes de sua ocorrência. Por mais habilitoso que o profissional tenha se mostrado, deve-se levar em conta que o feito não é simples: envolve dois réus presos (a segregação, diante do exíguo prazo, é um severo limitador ao direito de reunião antecipada entre os acusados e o defensor), com seis testemunhas ouvidas na fase judicial, além de haver diversas teses defensivas suscitadas nas alegações finais (insuficiência de provas, legítima defesa, cooperação dolosamente distinta, participação de menor

importância). Ou seja, trata-se de um processo complexo, cuja preparação para o Plenário do Júri, sem dúvidas, exige mais que seis dias – até porque o advogado nomeado, certamente, não atuava apenas neste caso. Sobre o tema, colhe-se da jurisprudência:

“PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRELIMINAR. ACOLHIMENTO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO NA VÉSPERA DO JULGAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DO JULGAMENTO. NOVA SESSÃO. PROVIMENTO PARCIAL.

Defesa realizada pelo defensor dativo, convocado as vésperas do julgamento pelo Tribunal do Júri mostra-se limitada, tendo em vista que, o mesmo estava sem conhecimento apurado do caso, violando o princípio do contraditório e da ampla defesa. Cerceamento de defesa evidenciado, justificando a realização de um novo julgamento pelo Tribunal do Júri. Provimento parcial” (TJMA, ACrim n. 192242007, Des. Mário Lima Reis, j. 24.11.2008).

Nesse sentido, conforme exposto nas razões defensivas, é possível fazer um paralelo com o prazo do art. 456 do CPP, que assim dispõe:

“Art. 456. Se a falta, sem escusa legítima, for do advogado do acusado, e se outro não for por este constituído, o fato será imediatamente comunicado ao presidente da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, com a data designada para a nova sessão.

§ 1º Não havendo escusa legítima, o julgamento será adiado somente uma vez, devendo o acusado ser julgado quando chamado novamente.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, o juiz intimará a Defensoria Pública para o novo julgamento, que será adiado para o primeiro dia desimpedido, observado o prazo mínimo de 10 (dez) dias”.

Embora o dispositivo refira-se à hipótese de não comparecimento

do defensor constituído na sessão de julgamento, a norma que se extrai do texto legal pode ser assim sintetizada: em caso de intimação da Defensoria Pública para eventual atuação na sessão remarçada, exige-se que haja um prazo mínimo (10 dias) para que o defensor possa preparar-se para o caso. Segundo a doutrina de Nestor Távora e Fábio Roque, esse “*é o tempo mínimo, previsto pelo CPP, para a preparação de uma defesa de qualidade, já que a deficiência defensiva ocasiona nulidade (súmula n. 523, STF)*” (*Código de processo penal para concursos*. JusPodivm. 6. ed. Salvador, 2015, p. 587).

Contudo, “*Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*” (CPP, art. 563), o que, segundo a jurisprudência, alcança inclusive as nulidades absolutas.

No caso, a defesa apontou a existência de efetivo prejuízo em decorrência da substituição do defensor público pelo dativo às vésperas do julgamento. Isso porque haviam sido arroladas duas testemunhas em caráter de imprescindibilidade e, diante de sua não localização, o defensor dativo foi intimado – quatro dias antes – para que substituísse o endereço, o que nem chegou a acontecer. Diante disso, nenhuma delas foi ouvida em Plenário, prejudicando a estratégia defensiva.

Diante do exposto, reconhece-se a nulidade da nomeação de defensor dativo sem a necessária antecedência para efetuar a defesa dos acusados na sessão do Tribunal do Júri. Outra, portanto, deve ser realizada, oportunizando a defesa a indicação de novos endereços das testemunhas.

**3.** À vista do exposto, vota-se pelo conhecimento e provimento do recurso defensivo para acolher a preliminar de cerceamento de defesa e anular o feito desde a nomeação do defensor dativo (fl. 572), submetendo os acusados a nova sessão do Tribunal do Júri, e pelo não conhecimento do apelo do Ministério Público por prejudicialidade.

## QUARTA CÂMARA CRIMINAL

### Apelação Criminal n. 0002801-93.2017.8.24.0018

Relator: Desembargador Substituto Luiz Antônio Zanini Fornerolli

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE ROUBO TENTADO (ART. 157 C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DA DEFESA – DOSIMETRIA – ANTECEDENTES CRIMINAIS VALORADOS COM CONDENAÇÕES CRIMINAIS DE PENAS EXTINTAS HÁ MAIS DE 05 ANOS – PRAZO DEPURADOR DO ART. 64, I, DO CP NÃO ATINGE A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL – POSSIBILIDADE DE INCREMENTO DA PENA-BASE POR MAIS 5 ANOS APÓS O PRAZO QUINQUENAL DA REINCIDÊNCIA – PRECEDENTES.

A fim de evitar uma perpétua valoração de condenação definitiva, esta Câmara Criminal passou a entender que os efeitos dos antecedentes criminais também devem ser limitados no tempo, a exemplo do que ocorre com a reincidência - a qual, aliás, não deixa de ser uma espécie de antecedente. Em homenagem ao princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, as condenações transitadas em julgado que não se prestem à configuração da reincidência devem conservar seus efeitos, para fins de maus antecedentes, por mais cinco anos, a contar da prescrição quinquenal prevista no art. 64, I, do Código Penal (TJSC, ACr n. 0002915-10.2015.8.24.0048, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 25.01.2018).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0002801-93.2017.8.24.0018, da comarca de Chapecó 1ª Vara Criminal em

que é/são Apelante(s) Adilson Mercio Stefens e Apelado(s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Exaurida a possibilidade de interposição de recursos nesta instância, nos termos da decisão proferida no julgamento do ARE n. 964.246, encaminhe-se cópia do acórdão à comarca de origem, para que se expeça a documentação necessária à execução da pena. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Alexandre D'Ivanenko, presidente com voto, e o Exmo. Des. José Everaldo Silva.

Florianópolis, 1º de março de 2018.

Luiz Antônio Zanini Fornerolli  
RELATOR

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta por Adilson Mércio Stefens, assistido pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, contra sentença que o condenou ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, por infração ao art. 157, *caput*, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Em suas razões recursais, insurge-se contra a dosimetria da pena descrita na sentença, argumentando que condenações anteriores cujas



penas já foram cumpridas ou extintas há mais de 05 (cinco) anos não podem ser usadas para elevação da pena nos antecedentes criminais, por afronta ao direito ao esquecimento, consagrado pelo Supremo Tribunal Federal. Diante desses fatos, requer o afastamento do vetor desfavorável nos maus antecedentes, readequando a pena-base para o mínimo legal (fls. 175-180).

Nas contrarrazões, o Ministério Público pede pela manutenção da sentença condenatória (fls. 184-190).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Jayne Abdalá Bandeira, que opinou pelo conhecimento e desprovemento do recurso (fls. 198-203).

Este é o relatório.

## VOTO

Trata-se de apelação criminal interposta por Adilson Mércio Stefens, assistido pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, contra sentença que o condenou ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixados em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, por infração ao art. 157, *caput*, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Em suas razões recursais, insurge-se contra a dosimetria da pena descrita na sentença, argumentando que condenações anteriores cujas penas já foram cumpridas ou extintas há mais de 05 (cinco) anos não podem ser usadas para elevação da pena nos antecedentes criminais, por afronta ao direito ao esquecimento, consagrado pelo Supremo Tribunal Federal. Diante desses fatos, requer o afastamento do vetor desfavorável nos maus antecedentes, readequando a pena-base para o mínimo legal

(fls. 175-180).

Tal pretensão, no entanto, não merece ser acolhida.

Esse debate é de grandiosa divergência jurisprudencial e doutrinária, com os mais variados argumentos e posicionamentos.

O Supremo Tribunal Federal, no HC n. 126315, julgado em 15.09.2017, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, considerou ser impossível alargar a interpretação do art. 64, I, do CP, de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes quando decorridos mais de 05 anos desde a extinção da pena da condenação anterior. Este posicionamento foi reafirmado em momentos posteriores pela Corte Suprema: HC 142371, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. em 30/05/2017.

Porém, em posicionamento contrário, o Min. Edson Fachin, embasado também em precedentes, já se posicionou: HC 132120 AgR, 1ª Turma, j. em 06/12/2016.

Diante dessa divergência e da relevância da questão, por meio do Recurso Extraordinário n. 593.818, da rel. ex-Min. Joaquim Barbosa (conduzido agora pelo Exmo. Min. Roberto Barroso), a sistemática foi submetida ao tema de repercussão geral (Tema 150), pendendo a matéria ainda de julgamento.

Com essa lacuna estabelecida, a jurisprudência deste Tribunal estadual vem se consolidando, em cunho majoritário, “que os efeitos dos antecedentes criminais também devem ser limitados no tempo, a exemplo do que ocorre com a reincidência - a qual, aliás, não deixa de ser uma espécie de antecedente. Em homenagem ao princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, as condenações transitadas em julgado que não se prestem à configuração da reincidência devem conservar seus efeitos, para fins de maus antecedentes, por mais cinco anos, a contar da prescrição quinquenal prevista no art. 64, I, do Código Penal” (ACr n. 0002915-10.2015.8.24.0048, de Balneário Piçarras,

rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, 4ª CCr, j. 25-01-2018).

Em outras palavras, as condenações pretéritas, com trânsito em julgado há mais de cinco anos, são aptas a gerar os maus antecedentes, servindo de alicerce para a valoração negativa da citada circunstância judicial, desde que observado o prazo de 5 anos após a ocorrência da prescrição quinquenal prevista no art. 64, I, do CP. Trata-se, em verdade, de um critério de 5 (anos) + 5 (anos); deixando de ser vista a condenação como reincidência, pode ela ser valorada como maus antecedentes por mais 5 anos. Passado esse período (10 anos da extinção do cumprimento da pena), não pode nem mesmo servir como maus antecedentes.

Seguindo essa mesma linha: TJSC, ACr n. 0005981-57.2017.8.24.0038, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. em 01.02.2018; ACr n. 0007464-38.2016.8.24.0045, rel. Des. José Everaldo Silva, j. em 18.01.2018; Revisão Criminal n. 4009755-78.2016.8.24.0000, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Seção Criminal, j. em 24.05.2017.

Com isso, voltando atenção para o caso em tela, verifica-se que o ora apelante possui um rol extenso de antecedentes criminais, segundo se extrai das fls. 20-33. Dessas condenações pretéritas, 04 foram consideradas como antecedentes criminais na primeira fase da dosimetria da pena do réu, as constantes nas fls. 28, 29, 31 e 33, com datas de extinção da pena em prazo superior a 05 anos e inferiores a 10 anos.

Assim, alinhado ao posicionamento jurisprudencial dominante nesta Corte e nas Cortes Superiores, tem-se como escorreita a fundamentação lançada na sentença, pois todas as condenações utilizadas são inferiores a 05 anos da prescrição quinquenal prevista no art. 64, I, do Código Penal, razão pela qual suas valorações na pena-base, no vetor de antecedentes criminais, é de rigor.

Ante o exposto, o voto é pelo desprovimento do recurso.

Este é o voto.

**Apelação Criminal n. 0005549-97.2014.8.24.0020,**

Relator: Desembargador Substituto Luiz Antônio Zanini Fornerolli

APELAÇÃO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI – IMPUTAÇÃO AO RÉU DE UM CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ASFIXIA – ART. 121, § 2º, III, DO CP – CONSELHO DE SENTENÇA QUE ADMITE A PRÁTICA DE HOMICÍDIO SIMPLES (CP, ART. 121, *CAPUT*) – RECURSO MINISTERIAL.

ALEGADA DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – JURADOS QUE AFASTARAM A INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA DO EMPREGO DE ASFIXIA EM CONTRADIÇÃO À CONCLUSÃO DO LAUDO PERICIAL DE EXAME CADAVÉRICO – ACOLHIMENTO – VEREDICTO QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO EM QUALQUER PROVA DO PROCESSO – *DECISUM* ANULADO.

O Conselho de Sentença, assim como o juiz singular, não fica adstrito à conclusão das provas técnicas, podendo formar a sua convicção com base em outros elementos probatórios. Todavia, para que possa se afastar da conclusão alcançada pela prova técnica, deverá se basear em outros elementos probatórios, inexistentes na espécie, sob pena de incorrer em julgamento contrário à prova dos autos.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0005549-97.2014.8.24.0020, da comarca de Criciúma 1ª Vara Criminal em que é Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelado Ademir Alano de Souza.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, dar

provimento ao recurso, de modo a anular a decisão dos jurados e submeter o réu a novo julgamento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Alexandre D'Ivanenko, presidente com voto, e o Exmo. Des. Sidney Eloy Dalabrida.

Florianópolis, 26 de abril de 2018.

Luiz Antônio Zanini Fornerolli  
RELATOR

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público contra a sentença que condenou Ademir Alano de Souza ao cumprimento da pena de 6 anos de reclusão, em regime semiaberto, por infração ao art. 121, *caput*, do CP, em face da vítima Silvia Regina Leodato David, ex-companheira do acusado.

Em suas razões, o *Parquet* sustenta, em síntese, que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, visto que afastou a qualificadora da asfixia em contradição com a conclusão do laudo pericial de exame cadavérico de fls. 63-67. Assim, requer a anulação da decisão proferida pelo Tribunal do Júri, a fim de submeter o réu a novo julgamento (fls. 712-720).

Em suas contrarrazões, o acusado requer o desprovimento do recurso (fls. 744-748).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Lio Marcos Marin, que opinou pelo provimento do recurso (fls. 752-755).

Este é o relatório.

## VOTO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público contra a sentença que condenou Ademir Alano de Souza ao cumprimento da pena de 6 anos de reclusão, em regime semiaberto, por infração ao art. 121, *caput*, do CP, em face da vítima Silvia Regina Leodato David, ex-companheira do acusado.

Em suas razões, o *Parquet* sustenta, em síntese, que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, visto que afastou a qualificadora da asfixia em contradição com a conclusão do laudo pericial de exame cadavérico de fls. 63-67. Assim, requer a anulação da decisão proferida pelo Tribunal do Júri, a fim de submeter o réu a novo julgamento (fls. 712-720).

Primeiramente, é preciso destacar que a anulação do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, com fulcro no art. 593, III, d, do CPP, exige a demonstração de que a decisão está totalmente dissociada do acervo probatório produzido nos autos, conforme têm decidido este Tribunal de Justiça e os Tribunais Superiores.

Nesse sentido, o STJ já assentou que, “não estando a tese acolhida pelos jurados efetivamente divorciada das provas produzidas no processo, inadmissível é a sua reavaliação pelo Tribunal de Justiça, desconstituindo a opção do Júri, sob pena de afrontar o princípio da soberania dos veredictos, consagrado no art. 5.º, XXXVIII, c, da Constituição Federal” (HC n. 45.878/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 13.2.2007).

Portanto, se os jurados, diante das versões apresentadas – pela acusação, de que o acusado praticou homicídio qualificado pela asfixia, e pela defesa, de que não houve asfixia –, optaram pelo acolhimento da

tese defensiva e esta versão não encontrar suporte em qualquer elemento de prova, configurada está uma decisão contrária à prova dos autos, devendo ser anulado o veredicto.

É esse exatamente o caso dos autos!

Segundo se retira do laudo pericial de exame cadavérico de fls. 63-67, a causa da morte da vítima foi “trauma crânio encefálico combinado com estrangulamento” (fl. 65), apontando ainda que “causas e concausas se somam no desfecho da morte. Primeiramente, a vítima foi esmurrada na face e região nasal, e para continuidade da violência, foi atingida por objeto rombo no crânio posterior. Como ainda agonizasse, lhe foi aplicada uma gravata ou coisa similar com os antebraços do agressor, levando à sufocação direta. Claro que as concausas somam-se simultâneas, pois a vítima morreria pelo trauma caniano sofrido, e pelo amolecimento cerebral verificado não suportaria o sofrimento, mesmo com assistência médica imediata. Mas para o agressor, disposto a dar cabo final, praticou a sufocação direta na certeza de garantir a morte da vítima. Essa concausa concomitante se verifica pela presença de petéquias na conjuntiva superior do olho esquerdo da vítima, que é um sinal característico da asfixia mecânica” (fl. 65).

Portanto, a prova técnica existente no caderno processual aponta - inegavelmente - o emprego de asfixia.

Ainda, conquanto os jurados – assim como o juiz singular – não fiquem adstritos à prova pericial acumulada aos autos, sendo possível, por analogia ao disposto no art. 182 do CPP (princípio da persuasão racional), que entendam de modo diverso à conclusão apresentada pelo perito criminal, é preciso que a decisão encontre arrimo em algum outro elemento probatório.

*In casu*, no entanto, isso não se verifica. Não há qualquer prova que coloque em dúvida a conclusão do laudo pericial, a não ser a tese apresentada pela defesa nos debates orais (consignada na ata do

juízo à fl. 692-v, no sentido de que não ficou demonstrada a configuração dessa qualificadora).

Veja-se que nem mesmo dos interrogatórios do réu é possível extrair qualquer informação acerca de eventual não emprego de asfixia, uma vez que ele, devidamente acompanhado por defensor constituído, preferiu ficar em silêncio na delegacia (fl. 45) e durante a instrução criminal (audiência de fl. 174-175), somente se manifestando em Plenário, oportunidade em que alegou ter agido em legítima defesa, não chegando a mencionar qualquer explicação quanto à asfixia constatada pela prova técnica (mídia de fl. 698).

Outrossim, a prova testemunhal nada esclareceu nesse sentido, visto que o crime não foi presenciado por qualquer uma delas.

Destarte, a decisão dos jurados de afastar a qualificadora do emprego de asfixia se mostra, efetivamente, contrária à prova dos autos, devendo o veredicto ser anulado por este tribunal *ad quem*, submetendo-se o acusado a novo julgamento.

Ante o exposto, o voto é pelo provimento ao recurso, de modo a anular a decisão dos jurados e submeter o réu a novo julgamento.

Este é o voto.



**Recurso Em Sentido Estrito n. 0028962-28.2017.8.24.0023**

Relator: Desembargador Sidney Eloy Dalabrida

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO (ART. 14, *CAPUT*, DA LEI N. 10.826/03). REJEIÇÃO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA (ART. 395, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). INSURGÊNCIA MINISTERIAL. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. SENTENÇA MANTIDA.

Conquanto o crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03 possa ser classificado como de mera conduta e perigo abstrato, a apreensão de apenas uma munição, dentro de um simulacro utilizado para a prática de *airsoft*, justifica a aplicação excepcional do princípio da insignificância.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito n. 0028962-28.2017.8.24.0023, da comarca da Capital 1ª Vara Criminal em que é Recorrente Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Recorrido Joathan David Machado.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Alexandre d'Ivanenko, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador José Everaldo Silva. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Genivaldo da Silva.

Florianópolis, 14 de junho de 2018.

Desembargador Sidney Eloy Dalabrida  
Relator

## RELATÓRIO

Na comarca da Capital, o órgão do Ministério Público ofereceu denúncia em face de Joathan David Machado, imputando-lhe a prática do delito capitulado no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03, pois, segundo consta na inicial:

No dia 22 de dezembro de 2017, por volta das 23h, na Rodovia João Gualberto Soares, n. 6731, São João do Rio Vermelho, nesta Capital, o denunciado Joathan David Machado trazia consigo e transportava, no interior do seu veículo, 01 (uma) munição calibre .380, a qual estava acoplada ao interior de um simulacro de arma de fogo, munição esta de uso permitido, nos termos do Decreto n. 3.665/00, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 44-45).

O magistrado *a quo*, ao analisar a admissibilidade da acusação, rejeitou a denúncia, com fundamento no art. 395, III, do Código de Processo Penal, por entender que a conduta narrada é atípica, diante da inexpressividade de lesão à incolumidade pública (fls. 51-55):

[...] No caso, em que pese a demonstração dos fatos narrados na exordial acusatória, bem como a existência de indícios suficientes da autoria, entendo que falta à ação justa causa, consistente na tipicidade material da conduta do réu, tendo em vista a imperativa aplicação do princípio da insignificância. Senão vejamos:

O crime denunciado pelo Ministério Público, disposto no art. 14 da Lei n. 10.826/03, é delito de ação múltipla, o qual possui 13 (treze) condutas possíveis que, uma vez realizadas, tem o condão de consumir o delito.

Da narrativa exposta na denúncia, denota-se que a conduta atribuída ao réu é a de portar munição. A Lei n. 10.826/03 prevê:

[...]

Ao compulsar os autos, no entanto, verifico que a materialidade do crime não restou plenamente demonstrada, pois, apesar da apreensão de 01 (uma) munição, calibre .380 (fl. 05), a qual foi encontrada no

veículo do acusado, tenho que a conduta descrita, embora tipificada formalmente, carece de tipicidade material.

Sobre o seu aspecto material da tipicidade penal, esta se traduz na lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado.

O direito não pode se ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor não represente prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social, numa clara observância aos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal.

[...]

No caso, foi apreendida somente 01 (uma) munição no interior do veículo, acompanhada de um simulacro de arma, destinado ao laser tipo “air soft”. Frisa-se que o acusado confessou a propriedade da réplica e afirmou que achava que a munição também tratava-se de réplica, tanto que a munição apreendida estava no carregador desde que comprou o simulacro (fl. 07).

Sua conduta, pois, deve ser considerada insignificante, inexistindo a adequação material típica do comportamento ao crime denunciado.

A propósito, nesse sentido, extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

[...]

Logo, a inexpressividade da lesão à incolumidade pública autoriza o reconhecimento do princípio da insignificância em relação ao crime denunciado, de modo a tornar atípica a conduta do agente (tipicidade material).

Ante o exposto, com fundamento no art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal, REJEITO a denúncia ante a evidente ausência de justa causa para a ação penal, em virtude da aplicação do princípio da insignificância ao presente caso. [...].

Inconformado com a prestação jurisdicional, o membro do Ministério Público interpõe recurso em sentido estrito, postulando

a reforma da decisão, com o recebimento da denúncia e o regular processamento da ação penal (fls. 60-64).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 71-75), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio da Exma. Dra. Jayne Abdala Bandeira, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do reclamo, com a cassação da decisão que rejeitou a denúncia (fls. 84-86).

## VOTO

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Consoante relatado alhures, a pretensão do *parquet* cinge-se ao afastamento da decisão do magistrado singular, que rejeitou a denúncia por ausência de justa causa, ao argumento de que a conduta, apesar de formalmente típica, não é capaz de causar expressiva lesão ao bem jurídico.

Na hipótese, após o recebimento de denúncias acerca de possível porte de arma por parte do condutor do veículo GM/Montana, placas INE0131, policiais militares avistaram o automóvel e realizaram a abordagem. Na ocasião, localizaram embaixo do banco do motorista um simulacro de pistola carregada com uma munição de calibre .380.

Ato contínuo, o Ministério Público ofereceu denúncia contra o recorrido, em relação à munição apreendida, e requereu o arquivamento em relação à arma, pois, “embora o simulacro apreendido não tenha sido submetido à exame pericial, a fim de atestar-se a sua ineficiência, os policiais militares que atenderam a ocorrência são concisos ao afirmarem que trata-se de réplica de uma pistola .380, de modo que reconheceram de pronto a natureza do objeto. Nesse mesmo sentido, o investigado confirmou à fl. 07, que o objeto cuida-se de arma falsa, tipo “air soft”,

sendo que a adquiriu através de transação realizada via rede social” (fls. 46-47).

Feitos esses esclarecimentos, passa-se à análise do mérito recursal.

A conduta típica descrita no art. 14 do Estatuto do Desarmamento consiste em “portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

O juízo *a quo*, contudo, entendeu que a materialidade do crime não estaria demonstrada, pois, além de carecer a conduta de tipicidade material, o próprio acusado confessou a propriedade da réplica, e afirmou que acreditava que a munição também se tratava de imitação, porquanto estava no carregador desde que adquiriu o simulacro.

Não há que se olvidar, ainda, que o crime de porte ilegal de arma de fogo ou munição de uso permitido, imputado ao réu, é de mera conduta e perigo abstrato, cujo bem protegido é a incolumidade pública, portanto para a sua configuração basta a simples prática de um dos verbos nucleares elencados no tipo penal.

Outrossim, o réu incidiu em um dos verbos nucleares previstos no tipo penal incriminador, razão pela qual é possível dizer que está presente a tipicidade formal da conduta, o que é incontroverso nos autos. A discussão cinge-se, portanto, à questão da tipicidade material.

Nesse contexto, importante esclarecer que o Direito Penal é a *ultima ratio* na proteção estatal de bens jurídicos. Em virtude disso, apenas aqueles tidos como fundamentais são tutelados nessa seara. Isso se justifica pela gravidade das sanções aplicáveis, se comparadas àquelas estabelecidas as esferas civil ou administrativa.

No âmbito do direito penal mínimo, orientado pelos princípios

da fragmentariedade, subsidiariedade, é que se insere o princípio da insignificância ou da criminalidade de bagatela, que constitui vetor interpretativo, justificando-se por razões de política criminal, atuando de forma a restringir a intervenção penal na sociedade.

Acerca do tema, leciona Cezar Roberto Bitencourt:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. [...] Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. (*Tratado de direito penal*: v. 1 - parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 62).

Avulta salientar, ainda, que não há um consenso acerca do que possa ser considerado como insignificante para fins de afastar a tipicidade material da conduta.

A partir disso, buscando estabelecer um parâmetro, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento de que, para a aplicação do princípio da insignificância, devem estar presentes, de forma cumulativa, as seguintes condições, de ordem objetiva: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) nenhuma periculosidade social da ação; (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento; e, (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF, Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 129813/MS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 31/5/2016).

No tocante aos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado o princípio da insignificância em determinadas situações excepcionais, na forma do entendimento adotado pelo magistrado *a quo*:

*Habeas corpus*. Penal. Posse ilegal de munição de uso restrito. Artigo 16 da Lei nº 10.826/03. Condenação transitada em julgado. Impetração

utilizada como sucedâneo de revisão criminal. Possibilidade em hipóteses excepcionais, quando líquidos e incontrovertidos os fatos postos à apreciação da Corte. Precedente da Segunda Turma. Cognoscibilidade do *habeas corpus*. Pretendido reconhecimento do princípio da insignificância. Possibilidade, à luz do caso concreto. Paciente que guardava em sua residência uma única munição de fuzil (calibre 762). Ação que não tem o condão de gerar perigo para a sociedade, de modo a contundir o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. Precedentes. Atipicidade material da conduta reconhecida. Ordem concedida. 1. A decisão que se pretende desconstituir transitou em julgado, sendo o *writ*, portanto, manejado como sucedâneo de revisão criminal (v.g. RHC nº 110.513/RJ, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 18/6/12). 2. Todavia, a Segunda Turma (RHC nº 146.327/RS, Relator o Ministro Gilmar Mendes, julgado em 27/2/18) assentou, expressamente, a cognoscibilidade de *habeas corpus* manejado em face de decisão já transitada em julgado em hipóteses excepcionais, desde que líquidos e incontrovertidos os fatos postos à apreciação do Supremo Tribunal Federal. 3. O conhecimento da impetração bem se amolda ao julgado paradigma. 4. O paciente foi condenado pelo delito de posse de munição de uso restrito (art. 16 da Lei nº 10.826/03), sendo apenado em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 11 dias-multa. 5. Na linha de precedentes, o porte ilegal de arma ou munições é crime de perigo abstrato, cuja consumação independente de demonstração de sua potencialidade lesiva. 6. A hipótese retratada autoriza a mitigação do referido entendimento, uma vez que a conduta do paciente de manter em sua posse uma única munição de fuzil (calibre 762), recebida, segundo a sentença, de amigos que trabalharam no Exército, não tem o condão de gerar perigo para a sociedade, de modo a contundir o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. 7. É certo que a sentença condenatória reconheceu a reincidência do paciente. Porém, bem apontou a Procuradoria-Geral da República que a questão “está pendente de análise em sede de revisão criminal, porque, ao que parece, a condenação que gerou a reincidência refere-se ao homônimo ‘José Luiz da Silva Gonçalves’.” 8. Não há, portanto, óbice à aplicação do princípio da insignificância na espécie, sendo de rigor seu reconhecimento. 9. Ordem concedida para, em razão do princípio da insignificância, reconhecer a atipicidade material da conduta imputada

ao paciente. (HC 154390, rel. Min. Dias Toffoli, j. em 17/4/2018 – grifou-se).

Ainda da Suprema Corte:

*HABEAS CORPUS*. DELITO DO ART. 16, *CAPUT*, DA LEI N. 10.826/2003. PACIENTE PORTANDO MUNIÇÃO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A análise dos documentos pelos quais se instrui pedido e dos demais argumentos articulados na inicial demonstra a presença dos requisitos essenciais à incidência do princípio da insignificância e a excepcionalidade do caso a justificar a flexibilização da jurisprudência deste Supremo Tribunal segundo a qual o delito de porte de munição de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, é crime de mera conduta. 2. A conduta do Paciente não resultou em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade. Não se há subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do direito penal, que somente deve ser acionado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. 3. Ordem concedida. (HC 133984, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 17/5/2016).

A atipicidade material em crimes da mesma natureza vem sendo reiteradamente reconhecida também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional competente pela interpretação das leis federais infraconstitucionais:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. ABSOLVIÇÃO. EXCEPCIONALIDADE NA VIA ELEITA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA EVIDENCIADA. UMA MUNIÇÃO APREENDIDA. AUSÊNCIA DE DISPOSITIVO DE DISPARO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso



legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. O *habeas corpus* não se presta para apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. 3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça aponta que os crimes previstos no art. 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. Por esses motivos, via de regra, inaplicável, nos termos da jurisprudência desta Corte, o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo ou munição, sendo irrelevante inquirir a quantidade de munição apreendida. 4. O Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, analisando as circunstâncias do caso concreto, reconheceu ser possível aplicar a bagatela na hipótese de apreensão de apenas uma munição de uso permitido desacompanhada de arma de fogo, tendo concluído pela total inexistência de perigo à incolumidade pública (RHC 143.449/MS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Dje 9/10/2017). 5. No caso, o réu foi preso em flagrante em posse de uma munição calibre 38, de uso permitido, desacompanhada de dispositivo que possibilitasse o disparo do projétil. Por conseguinte, deve ser reconhecida a inocorrência de ofensa à incolumidade pública, sendo, pois, de rigor o afastamento da tipicidade material do fato, conquanto seja a conduta formalmente típica. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente do crime do art. 14 da Lei n. 10.826/2003. (HC 428.181/RS, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 20/3/2018) (grifo nosso).

E:

*HABEAS CORPUS*. POSSE DE MUNIÇÃO. ARTS. 12 E 16 DA LEI N. 10.826/2003. APREENSÃO DE APENAS DUAS MUNIÇÕES (SEM AS RESPECTIVAS ARMAS DE FOGO). MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA. ATIPICIDADE MATERIAL. FLEXIBILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ABSOLVIÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS. CONCLUSÃO INVERSA. REEXAME DE PROVAS.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, [...] os delitos de porte de armas e munição de uso permitido ou restrito, tipificados nos artigos 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003, são crimes de mera conduta e de perigo abstrato, em que se presume a potencialidade lesiva, sendo inaplicável o princípio da insignificância independentemente da quantidade apreendida (AgRg no REsp n. 1.682.315/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 13/11/2017). 2. A excepcionalidade do caso justifica a flexibilização da jurisprudência, pois o paciente foi condenado à pena de 3 anos e 2 meses de reclusão, e pagamento de 10 dias-multa, por possuir, em sua residência, apenas duas munições, sem a respectiva arma de fogo, o que denota a desproporcionalidade da resposta estatal à conduta cometida. 3. Alinhamento ao entendimento exarado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (RHC n. 143.449/MS), que, apesar de reconhecer que a ação do réu em seu aspecto formal se ajusta a um modelo legal de conduta proibida (arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003), afasta a tipicidade em sua dimensão material, pela mínima ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado (incolumidade pública). 4. Quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes, reconhecida a impossibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão das evidências concretas de que o paciente se dedicava à atividade criminosa, adotar conclusão diversa demandaria a incursão em aspectos fático-probatórios, providência que é incabível nesta via estreita. 5. Ordem parcialmente concedida para, cassando-se o acórdão condenatório, absolver o paciente da prática dos delitos tipificados nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal. (HC 325.085/MS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 20/3/2018) (grifo nosso).

*In casu*, a incidência do princípio da insignificância se justifica tanto pela diminuta quantidade de munição apreendida (fl. 5) – apenas

uma –, quanto pelas circunstâncias em que se deram a apreensão.

Com efeito, apenas a título de *obter dictum*, como bem pontuado pelo sentenciante, o denunciado adquiriu o simulacro como brinquedo, para a prática de *airsoft*, e juntamente com este estava a munição. Assim, ainda que não fosse reconhecida a infração bagatelar, seria possível o reconhecimento de erro de tipo, a afastar a tipicidade da conduta.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso.

## QUINTA CÂMARA CRIMINAL

### **Apelação Criminal n. 0000169-20.2013.8.24.0088, de Lebon Régis**

Relator: Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, I, DA LEI N. 8.137/90, EM CONTINUIDADE DELITIVA). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA PLEITEANDO A ABSOLVIÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. QUITAÇÃO DEVIDAMENTE COMPROVADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE SE IMPÕE. INTELIGÊNCIA DO ART. 9º, § 2º DA LEI N. 10.684/03. PRECEDENTES DO STJ. RECLAMO PREJUDICADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0000169-20.2013.8.24.0088, da comarca de Lebon Régis Vara Única em que é Apelante Sandro Santian e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, declarar extinta a punibilidade do recorrente diante da quitação integral do débito, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/03, restando prejudicada a análise do mérito recursal. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Jorge Schaefer Martins, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Luiz Cesar Schweitzer.

Compareceu à sessão como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Sr. Dr. Procurador de Justiça Fábio Strecker Schmitt.

Florianópolis, 3 de maio de 2018

Luiz Neri Oliveira de Souza  
Relator

## RELATÓRIO

**Sandro Santian**, por intermédio de procurador devidamente constituído, interpôs recurso de apelação contra a sentença que, proferida pela magistrada da Vara Única da Comarca de Lebon Régis, julgou procedente a denúncia para condená-lo ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 7 (sete) meses de detenção, em regime aberto, além do pagamento da pena pecuniária de 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, por infração ao art. 2º, I, da Lei n. 8.137/90 c/c art. 71 do CP (várias vezes). Ainda, com fulcro no art. 387, IV, do CPP, fixou-se o valor mínimo da reparação em R\$ 22.065,00 (vinte e dois mil e sessenta e cinco reais), com base na prova documental anexada aos autos.

Em síntese, sustentou o apelante: a) preliminarmente, a nulidade da ação penal, visto que a denúncia baseou-se em processo administrativo nulo; b) a ilegitimidade do apelante para figurar no polo passivo da *actio*; c) não haver provas para embasar um édito condenatório, razão pela qual deve ser absolvido (fls. 203/210).

Em contrarrazões, o Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 213/220).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira pelo não provimento do apelo.

Às fls. 243/245 a Defesa atravessou petição, com documentação inclusa, informando a quitação do débito tributário, manifestando-se, na sequência, o douto Procurador de Justiça pela extinção da punibilidade do recorrente.

Este é o relatório.

## VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **Sandro Santian** contra a sentença penal condenatória proferida pela magistrada *a quo* que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

Ocorre que, após a interposição do apelo, contrarrazões Ministeriais e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, peticionou o recorrente, no dia 20 de março de 2018, informando a quitação integral do débito tributário que originou a ação penal, requerendo, por conseguinte, a extinção da punibilidade, com fulcro no artigo 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003.

Com efeito, dispõe o artigo 9º da Lei n. 10.684/2003, *in verbis*:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo

quando a pessoa jurídica relacionada como agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Da leitura do mencionado artigo, vê-se que o legislador, ao tratar da extinção da punibilidade do agente face o pagamento integral da dívida, não ressalvou se a quitação deveria se dar antes ou depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Contudo, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de que a extinção da punibilidade, nesses casos, pode ser reconhecida a qualquer tempo. A propósito, esse tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...] CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PAGAMENTO DO TRIBUTO. CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ARTIGO 9º, § 2º, DA LEI 10.684/2003. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Com o advento da Lei 10.684/2003, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, o legislador ordinário optou por retirar do ordenamento jurídico o marco temporal previsto para o adimplemento do débito tributário redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite.

2. Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado.

3. Como o édito condenatório foi alcançado pelo trânsito em julgado sem qualquer mácula, os efeitos do reconhecimento da extinção da punibilidade por causa que é superveniente ao aludido marco devem ser equiparados aos da prescrição da pretensão executória.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício

para declarar extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003 (HC 362.478/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 14-9-2017, DJe 20-9-2017).

E do corpo do voto, extrai-se:

Após tornar penalmente típica a figura da sonegação fiscal, representada pelas condutas de suprimir ou reduzir tributo e suas variações, o legislador pátrio editou diversas leis, de forma sucessiva, estabelecendo regramentos para o parcelamento e respectivo pagamento das dívidas tributárias contraídas pelos cidadãos, e a relação de tais fatos com o exercício do jus puniendi por parte do Estado.

À época da Lei 9.249/1995, esta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento de que a admissão do devedor no regime de parcelamento tributário equivaleria ao pagamento, razão pela qual também era considerada causa de extinção da punibilidade.

Posteriormente, a Lei 9.964/2000, que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, disciplinou que, durante o período no qual a pessoa física ou jurídica estivesse incluída no referido regime de parcelamento, a pretensão punitiva do Estado com relação aos delitos contra a ordem tributária permanecia suspensa, desde que a inclusão houvesse ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal, ficando suspenso também o curso do prazo prescricional.

A extinção da punibilidade, entretanto, apenas poderia ser declarada com o pagamento integral do débito tributário, e desde que isto ocorresse antes do Documento: 64982983 - RELATÓRIO E VOTO - Site certificado Página 2 de 6 Superior Tribunal de Justiça recebimento da denúncia, conforme a redação § 3º do artigo 15 da Lei 9.964/2000.

Com o advento da Lei 10.684/2003, optou o legislador por ampliar o lapso temporal durante o qual o adimplemento do débito tributário redundaria na extinção da punibilidade do agente responsável pela redução ou supressão de tributo, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, verbis: [...].

Da leitura do dispositivo colacionado, depreende-se que o



legislador ordinário não fixou um limite temporal dentro do qual o adimplemento da obrigação tributária e seus acessórios significaria a extinção da punibilidade do agente pela prática da sonegação fiscal.

Embora tenha se instaurado certa dúvida acerca do alcance da norma em comento, pacificou-se na jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios o entendimento de que o adimplemento poderia se dar tanto antes como depois do recebimento da denúncia.

A doutrina, ao tratar da matéria, refere-se à interpretação jurisprudencial que vem sendo dada pelos tribunais pátrios, assinalando que “como a regra em comento não traz nenhum marco para sua incidência, o pagamento se pode dar a qualquer tempo” (FISCHER, DOUGLAS. *Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 191).

Tal entendimento, aliás, também é compartilhado pelo Pretório Excelso, conforme se infere do seguinte precedente:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. Documento: 64982983 - RELATÓRIO E VOTO - Site certificado Página 3 de 6 Superior Tribunal de Justiça HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário. (HC 81929, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 16/12/2003, DJ 27-02-2004 PP-00027 EMENT VOL-02141-04 PP-00780).

Embora no caso que deu origem ao precedente citado o adimplemento do débito tributário tenha ocorrido ainda no transcurso da ação penal deflagrada contra acusado, não se pode negar que o legislador ordinário, olvidando-se de estabelecer um limite temporal para a quitação da dívida apta a dar ensejo à extinção da punibilidade do agente, procurou ampliar as possibilidades de arrecadar a exação devida, deixando transparecer que, uma vez em dia com o Fisco, o Estado não teria mais interesse em atribuir-lhe uma reprimenda corporal em razão da

sonegação verificada.

Trata-se, na verdade, de uma forma a mais posta à disposição do Estado para seduzir o contribuinte inadimplente a recolher aos cofres públicos o tributo que deve, satisfazendo, assim, os anseios arrecadatórios da administração pública.

Portanto, se no histórico das leis que regulamentam o tema o legislador ordinário, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, optou por retirar o marco temporal previsto para o adimplemento da obrigação tributária redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, é vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite, ou seja, dizer o que a Lei não diz, em verdadeira interpretação extensiva não cabível na hipótese, porquanto incompatível com a ratio da legislação em apreço.

E, assim, não há como se interpretar o artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003 de outro modo, senão considerando que o adimplemento do débito tributário, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado.

Esta Corte de Justiça, no mesmo sentido tem decidido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DOS AGENTES. SUPERVENIÊNCIA DE PAGAMENTO INTEGRAL DA DÍVIDA. QUITAÇÃO COMPROVADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE RECONHECIDA. INTELIGÊNCIA DO § 2º DO ART. 9º DA LEI N. 10.684/03. RECURSO PREJUDICADO (Apelação Criminal n. 0024332-20.2013.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. José Everaldo Silva, Quarta Câmara Criminal, j. 22-2-2018).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/90). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. SUPERVENIÊNCIA DE PETIÇÃO INFORMANDO A

QUITAÇÃO INTEGRAL DO DÉBITO. PLEITO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS APELANTES. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 9º, §2º, DA LEI N. 10.684/03. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE SE IMPÕE. RECURSO PREJUDICADO (Apelação n. 0002164-54.2010.8.24.0062, de São João Batista, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, Primeira Câmara Criminal, j. 22-3-2016).

Assim, considerando que o apelante logrou êxito em comprovar o adimplemento do débito tributário que originou a presente ação penal (fls. 246/248), mesmo após a publicação da sentença condenatória, é de se reconhecer extinta a sua punibilidade.

Por todo o exposto, voto no sentido de declarar-se extinta a punibilidade do réu Sandro Santian, uma vez que comprovada a quitação integral do débito que deu origem ao presente processo, restando prejudicada a análise do mérito recursal.

Este é o voto.

## **Apelação Criminal n. 0001631-43.2014.8.24.0034, de Itapiranga**

Relator: Desembargador Luiz Neri Oliveira Souza

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ESTUPRO (ART. 213, *CAPUT*, NA FORMA DO ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE, APÓS “LEVAR UM FORA”, AGARRA A VÍTIMA, TOCA SEU CORPO E TENTA LHE CONSTRANGER A MANTER COM ELE RELAÇÕES SEXUAIS E ATOS LIBIDINOSOS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. CONTEXTO DE PROVAS ESTREME DE DÚVIDAS. DEPOIMENTOS DA VÍTIMA UNÍSSONOS E COERENTES, CORROBORADOS PELOS RELATOS DO FILHO DESTA E DO POLICIAL CIVIL. ADEMAIS, VESTIMENTA UTILIZADA PELA OFENDIDA QUE SE MOSTRA IRRELEVANTE PARA A TIPICIDADE DA CONDUTA. DOLO EVIDENCIADO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA AOS DISPOSITIVOS LEGAIS INVOCADOS. *DECISUM* SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

- Os crimes sexuais, via de regra, são cometidos na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, de forma que a palavra da vítima assume especial relevância para a elucidação dos fatos e, somada aos demais elementos de prova, conduz ao decreto condenatório.

- A partir do momento em que a vítima diz “não”, e se recusa a ter qualquer tipo de intimidade com o acusado, os atos por ele perpetrados, contra a vontade da ofendida, são suficientes para configurar a prática delitiva prevista no art. 213, *caput*, do Código Penal.

- Atualmente, espera-se que o homem saiba dos seus limites, tenha consciência dos seus atos e respeite a negativa da mulher, agindo com bom senso diante da vontade desta. Foi-se o tempo em que se admitia a prevalência do machismo na sociedade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0001631-43.2014.8.24.0034, da comarca de Itapiranga Vara Única em que é Apelante D. S. e Apelado M. P. do E. de S. C.

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. De ofício, determinar o imediato cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal (HC n. 126.292/SP). Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva B. Schaefer, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo.

Compareceu à sessão como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 12 de julho de 2018.

Luiz Neri Oliveira de Souza  
Relator

## RELATÓRIO

Na Comarca de Itapiranga o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra D. S. dando-o como incurso nas sanções do

art. 213, *caput*, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, conforme os seguintes fatos descritos na inicial acusatória, *in verbis* (fls. 48-49):

No dia 4 de dezembro de 2014, por volta das 19 horas, na residência localizada na [...] Barro Santa Tereza Alto, o denunciado D. S. tentou constranger, mediante violência, a vítima N. N. L. a praticar com ele ato libidinoso e conjunção carnal, somente não consumando seu desiderato por circunstâncias alheias à sua vontade.

Na ocasião, o denunciado dirigiu-se até a residência da vítima N. e ofereceu frutas à venda. Ato contínuo, após a vítima ter dito que não teria dinheiro para comprar as frutas, o denunciado, usando da superioridade de suas forças, agarrou-a pela cintura e passou as mãos nos seios e região genital de N.

Restou apurado que D. não atingiu seu intento pois a vítima gritou para seu filho, que estava no quarto da residência, e, além disso, resistiu às investidas do denunciado, tanto é que restou com lesões no dedo polegar direito e com arranhões no membro inferior esquerdo, conforme auto de exame de corpo de delito de fl. 15 e fotografias de fls. 20/21.

Encerrada a instrução, o magistrado *a quo* proferiu sentença, nos seguintes termos (fls. 154-166):

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE a denúncia para condenar D. S. já qualificado, como incurso nas sanções do art. 213, *caput*, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, inviabilizadas a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou o *sursis*.

Tendo o réu respondido ao processo solto, concedo-lhe o direito de apelar em liberdade.

Inconformado, o réu interpôs apelação criminal por intermédio de defensor constituído (fl. 43). Nas razões recursais, o apelante requer a sua absolvição, ao argumento de insuficiência de provas para manutenção do decreto condenatório e, havendo dúvidas, deve ser reconhecido o princípio *in dubio pro reo*. Aduz que o depoimento da vítima é frágil e não

merece a relevância atribuída. Subsidiariamente, sustenta que, na verdade, ocorreu uma cantada mal sucedida, bem como haver proximidade entre ambos, sendo atípica a conduta perpetrada, porquanto a própria vítima reconheceu ter contribuído para o episódio. Por fim, prequestionou os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais (fls. 175-183).

Em contrarrazões, o Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento do recurso, mantendo-se incólume a sentença prolatada (fls. 188-197).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Promotor de Justiça convocado Sr. Dr. Alexandre Carrinho Muniz opinou pelo conhecimento e não provimento do reclamo (fls. 204-208).

Este é o relatório.

## VOTO

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conhece-se do recurso.

### 1. Absolvição

O apelante postula sua absolvição ao argumento de que as provas coligidas não são suficientes para respaldar o decreto condenatório e, havendo dúvidas, deve ser aplicado em sua benesse o princípio *in dubio pro reo*.

Novamente, sem razão.

Com efeito a materialidade do delito está comprovada por meio do boletim de ocorrência (fls. 13-14), do auto de exame de corpo de delito (fl. 15), bem como pelas demais provas inseridas nos autos.

A autoria delitiva está sobejamente demonstrada no caderno processual, especialmente pela prova oral coligida, cujas transcrições foram elaboradas com exímio pelo magistrado singular, Dr. Rodrigo Pereira Antunes, e constarão neste voto. Veja-se:

[...] Quanto a versão do acusado, colhe-se do interrogatório (fl. 131):

“Juiz: Como é que foi essa prisão, a Polícia te pegou no mesmo dia, como é que foi isso?

Réu: Deu o acontecido ali que ela daí tipo vou me explicar né, daí eu desci, desci na rua de baixo ali e continuei a venda, continuei vendendo, achei que não né, porque daí eles pararam, até ofereci as frutas pra eles e eles pediram se não tinha acontecido nada, daí eu disse não, comigo não aconteceu nada;

Juiz: Daí eles te levaram pra Delegacia?

Réu: Daí eles falaram que tinha uma acusação e tinham que me levar, quando eu cheguei ali ela tava me acusando que eu tinha tentado agarrar ela e;

Juiz: Você conhecia essa senhora?

Réu: Eu já era a terceira vez que eu falava com ela;

Juiz: Já tinha vendido pra ela?

Réu: Já, já tinha conversado outras vezes, a primeira vez que eu cheguei na casa dela, ela tipo, bati palma, ela abriu a porta na área do banheiro, ela se debruçou, eu ofereci as frutas, ela tava tomando banho, daí ela disse que não tava com condições, até escorou a perna ali, se escorou na porta;

Juiz: Ela estaria com roupa mais íntima assim?

Réu: Ela tava sem nada tipo, tomando banho, daí ela disse que não tava em condições, daí eu saí [...] daí passou uma semana eu vim de novo vender, daí passei lá, conversei com ela, eu pedi se teria uma chance, se ela mãe solteira, se ela era casada;

Juiz: Você gostou dela?



Réu: É, eu me interessei. Pedi se era casada, ela disse que era mãe solteira e tinha um filho e daí;

[...]

Juiz: Tá e essa foi a segunda vez, e ela te deu bola ou não?

Réu: Sim, nós ‘conversemo’, daí eu pedi se eu teria uma chance daí ela fez, me olhou e fez (sinal com as mãos, simbolizando silêncio), fala baixo, que o filho dela tava em casa, daí eu disse então tá outro dia nós ‘conversemo’;

Juiz: E nesse dia aí?

Réu: Daí eu saí, daí eu voltei, passou ali uma semana, nem;

Juiz: Que foi daí agora, nesse dia aqui;

Réu: É, foi no dia do;

Juiz: E, o que tu fez lá?

Réu: Cheguei, bati palma, ela apareceu, ela saiu na área assim e disse ‘oh quem tá ali de novo’, eu cheguei, desci com o carrinho, fui até uma altura, escolhi uns pacote de fruta, mostrei, que tinha maçã e ameixa naquela época, mostrei pra ela e ela disse que não tinha dinheiro, daí eu falei ‘mas vamos fazer um brique né, vou fazer uma proposta boa pra nós negociar’, ela disse que não, que não tinha dinheiro;

Juiz: Que tipo de fruta tu tava vendendo?

Réu: Era ameixa e maçã;

Juiz: Qual era o valor, tu lembra?

Réu: Três por R\$ 10,00, quatro por R\$ 10,00 nós vendia os pacotinho né. Ofereci, daí ela não quis e foi onde tipo eu me aproximei, eu pedi né se eu teria aquela chance com ela, que eu já tinha pedido outra vez, aí no que eu me precipitei, sei lá, eu entendi mal, eu levei a mão até na cintura dela, passei a mão na cintura dela ali;

Juiz: Daí ela reagiu?

Réu: Daí ela tipo ‘frinco’, ‘enfeiou’ a cara ali e chamou o filho dela ‘M. corre aqui que tem um provalecido’ ela disse, daí eu pensei eu

mexendo com a mãe dele ele vai me, vai sair vai querer;

[...]

Juiz: Ela te arranhou, tentou?

Réu: Não, não, nem sequer larguei os pacotes de fruta que eu tava mostrando pra ela tipo [...] tipo ela não gostou que eu tinha entendido errado, pedi desculpa e fui saindo e ela foi tipo chamando o filho dela né, mas eu não, nem sequer entrei na área, nem larguei os pacote

[...];”

O depoimento do acusado é corroborado pelas testemunhas de defesa D. A. L. e I. de F. G. (fl. 103) que, embora não tenham conhecimento sobre os fatos, sustentaram que não acreditam na veracidade daquilo que consta na denúncia, discorrendo sobre a ilibada conduta do acusado.

Todavia, os elementos que visam desconstituir os fatos citados na denúncia caem por terra diante do depoimento da vítima N. N. L., que precisou com detalhes a conduta delitativa. Disse a vítima (fl. 81):

“MP: Nesse dia quem estava na casa da senhora?

Vítima: Só eu e meu filho;

MP: A senhora tava aonde? Em que parte da casa?

Vítima: Eu tava na sala;

MP: E seu filho?

Vítima: No quarto;

MP: No quarto dele?

Vítima: No quarto dele, no computador ele tava ;

[...]

MP: Pode nos contar como foi que aconteceu aquele dia?

Vítima: Bom, eu tava na sala daí alguém chamou lá fora, daí eu saí pra atender, daí eu vi que era ele com o carrinho de frutas né, daí eu falei que eu não queria fruta, eu não passei da porta, fiquei na porta da casa, daí;

MP: A senhora abriu a porta e ficou na porta?

Vítima: Eu abri a porta e fiquei na porta;

MP: Tá, e ele estava a que distância da senhora?

Vítima: A quando ele chegou tava cinco metros, por aí, mais ou menos, aí eu falei que não queria fruta, que não tinha dinheiro, mas assim pra tentar chegar sempre, daí nesse dia ele insistiu, daí eu falei que não queria, que eu não queria;

MP: Insistiu em que sentido?

Vítima: Insistiu em vender as frutas, daí ele disse assim que tinha como fazer, se eu não tivesse dinheiro tinha troca, que podia troca as fruta, ele quis dizer que mantendo relação comigo ele daria as fruta e daí ele veio, daí ele pediu água de novo, daí eu 'di' a água e ele chegou mais perto, e daí eu falando que não queria, não queria e ele veio chegando, e daí ele me agarrou, me agarrou com uma mão assim por trás nas costas e daí ele passou a mão na;

MP: Passou a mão aonde?

Vítima: Passou a mão no meu seio e daí passou a mão nas minhas partes íntimas;

MP: Na vagina?

Vítima: Sim;

MP: Isso por cima da blusa por baixo da blusa?

Vítima: Por cima, por cima;

MP: Tá e o que a senhora fez daí?

Vítima: Daí eu gritei pro meu filho, na hora assim quase que eu perdi a voz assim, porque eu não achei que ele ia fazer assim, eu me assustei né, com, porque eu achei que ele não ia ser capaz de fazer. Daí eu gritei pro meu filho, daí quando eu gritei pro meu filho ele pegou o carrinho e saiu correndo;

MP: Além de ter gritado a senhora reagiu, a senhora fez alguma coisa?

Vítima: Eu empurrei ele, eu empurrei ele;

MP: Essas lesões que a senhora, tem um laudo aqui, que a senhora acabou sofrendo, seria uma lesão no dedo polegar direito e arranhões no membro inferior esquerdo, isso foi decorrente disso ou a senhora já estava machucada?

Vítima: O dedo foi a unha que quebrou e virou pra trás, daí sangrou quando eu empurrei ele e daí na perna acho, não sei assim, na hora ali não sei como é que foi, se ele passou a unha, se ele passou a mão, eu tava de bermuda;

MP: A senhora falou que ele pediu água né?

Vítima: Sim;

MP: A senhora chegou a pegar água pra ele?

Vítima: Não, porque ele tava chegando;

Juiz: A senhora falou que deu água?

Vítima: As outras vezes;

Juiz: A senhora falou “eu ‘di’ a água”, por que a senhora falou que deu a água?

[...]

Vítima: Eu não lembro direito se eu ‘di’ água ou não ‘di’, porque todas as vezes que ele chegava ele pedia sempre água;

[...]

MP: [...]

Vítima: Ele não falou nada, eu não lembro dele ter falado nada assim, só agarrou, eu empurrei ele, daí eu gritei na hora assim quase que não saiu o meu grito, daí eu gritei pro meu filho e daí ele saiu;

MP: A senhora nessa vez e nas outras duas ou três que ele esteve lá a senhora deu algum tipo de confiança pra ele, pra ele achar que tinha alguma chance sexual com a senhora?

Vítima: Não;

MP: Que ele disse aqui que ele entendeu que tinha uma chance com a senhora;

Vítima: É ele disse, eu, eu, assim, eu acho, a única culpa que poderia eu ter é porque assim em casa no verão eu sempre ando de roupa curta, bermuda curta, eu achei que fosse isso que ele achou entender assim, que podia chegar em mim, pela maneira de eu me vestir ou coisa assim talvez;

MP: E ele na hora do contato principal que vocês tiveram foi uma simples mão na cintura ou como é que foi isso? Ele foi mais agressivo?

Vítima: A ele deu a pegada, a pegada assim com;

MP: Pra agarrar a senhora mesmo?

Vítima: Pra agarrar;

MP: Com objetivo sexual?

Vítima: É acho que sim né, porque passando a mão ali;

MP: Seu filho chegou a ver ele?

Vítima: Viu;

[...]

MP: Nas outras vezes que ele esteve lá ele já tinha feito outra proposta sexual pra senhora?

Vítima: A falar que trocar fruta por, que tinha outro jeito, ele não dizia bem diretamente, ele dizia que tinha outro jeito se eu não tinha dinheiro, mas eu dizia que não tinha dinheiro porque eu não gosto de comprar dessas pessoas assim que passam vendendo, não gosto muito de dar confiança pra esse tipo de gente, porque sei lá, acontece tanta coisa. Aí ele sempre insinuava que tinha jeito, que dava pra fazer troca;

[...]

Juiz: Tentou beijar a senhora?

Vítima: Não, ele só agarrou; [...]

Corroborando o depoimento da vítima, o seu filho M. L. B.,

ouvido na qualidade de informante (fl. 81), referiu que sua mãe lhe chamou no momento dos fatos. Destaca-se do seu relato:

“MP: Pode nos contar como foi que aconteceu? O que você estava fazendo? O que você viu?”

I: Bom, eu tava no quarto no computador, daí eu escutei o grito da mãe me chamando e daí quando eu saí lá fora ela tava chorando, tremendo e eu vi o D. saindo, empurrando o carrinho pelo, saindo assim da casa e daí ela não conseguiu me contar na hora o que aconteceu, ela tava chorando e daí quando ela conseguiu me contar tudo bem certinho eu tentei ligar pra Polícia, só que daí não dava ligação de nenhum celular, daí eu chamei um amigo meu, daí ele veio com outro amigo, um ficou cuidando da mãe e nós fomos até a Delegacia pra chamar uma viatura;

MP: O que a tua mãe te contou?

I: Ela disse que ele tinha tentando agarrar ela e começou a passar a mão nela e ela empurrou ele e gritou e nisso ele saiu pra cima, correndo ou caminhando, não sei;

MP: Quando tu viu ele tava caminhando ou correndo?

I: Ele tava caminhando meio ligeiro empurrando um carrinho, só que eu só vi ele de costas;

[...]

I: Ela disse que já não era a primeira vez que ele vinha lá, na primeira vez ela tava tomando banho, daí ela disse que não e coisa, daí ele foi embora [...].”

Em conformidade, ainda, é o depoimento do Policial Civil F. R. H., que acompanhou a investigação do fato descrito na denúncia e assim o detalhou:

“A vítima e o filho dela compareceram lá na Delegacia, inicialmente eu acho que chegou só o filho, mas o filho conversou com meu colega F. e ele pediu pra vítima também vir lá na Delegacia pra relatar os fatos, aí ela relatou que um rapaz, o D., depois foi posteriormente identificado, ele chegou lá na casa pra vender as frutas e que em ato contínuo, sei lá, ela não quis adquirir as frutas e que ele agarrou ela e passou as mãos nas

partes íntimas dela e ela gritou e aí quando o filho dela chegou ele fugiu do local, aí ela passou as características dele, que ele tava de bermuda, camiseta, de boné, que era uma pessoa com pele clara e acho que estava com a barba por fazer e que ele estava com o carrinho de mão, vendendo frutas. Diante disso nós fizemos algumas diligências e localizamos uma pessoa com essas características lá no Bairro Santa Tereza Baixo, lá no Prolongamento da Rua [...], aí abordamos ele e conversamos com ele, ele falou que estava lá na casa daquela senhora e levamos ele até a Delegacia pra ver se ela reconhecia ele, então se fosse ele o autor e lá na Delegacia ela reconheceu ele como sendo o autor que estava lá na casa dela e aí foram realizados os procedimentos legais (1'38" - 2'58") (grifo nosso).

Como se vê, a versão do apelante é frágil e pouco crível, diferentemente dos depoimentos da vítima, do filho desta e do policial civil que atuou na investigação, uníssonos e coerentes entre si, indicando que a conduta perpetrada por D. se amolda ao crime de tentativa de estupro, previsto no art. 213, *caput*, na forma do art. 14, II, ambos do Código Penal.

A propósito, sabe-se que os crimes sexuais, via de regra, são cometidos na clandestinidade, sem a presença de testemunhas, de forma que a palavra da vítima assume especial relevância para a elucidação dos fatos e, somada aos demais elementos de prova, conduz ao decreto condenatório.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “*não há ilegalidade no fato de a condenação estar calcada na declaração da vítima, pois o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, nos crimes às ocultas (sem testemunhas), a palavra da vítima tem especial relevância na formação da convicção do Juiz sentenciante, mormente quando corroborada por outros elementos de prova*” (AgRg no AREsp 1144160/DF, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 28-11-2017).

A respaldar a versão da vítima, tem-se o exame de corpo de delito,

que atestou as lesões decorrentes dos fatos, isso porque, ao se livrar das investidas, a ofendida empurrou o acusado com força e machucou sua unha, bem como sofreu arranhões (fl. 15). Portanto, o contexto de provas não deixa quaisquer dúvidas quanto ao delito perpetrado pelo apelante e que ele tinha plena ciência da ilicitude dos seus atos quando tentou agarrar a ofendida e forçou esta a manter com ele conjunção carnal e outros atos libidinosos.

Da mesma forma, ao contrário do que sustenta a defesa, não se pode dizer que a conduta do apelante foi atípica, porquanto o ato, na verdade, tratava-se de uma cantada mal sucedida e a vítima teria corroborado para o episódio. Conforme já delineado acima, houve uma tentativa de estupro, pois o acusado, após questionar a vítima se “teria uma chance” com ela, ao ser rejeitado, agarrou a ofendida contra sua vontade e passou as mãos em seu corpo, mais precisamente, na vagina desta.

Vê-se, dessa forma, que não houve apenas uma “cantada” ou “flerte” por parte de D., tampouco qualquer influência da vítima para o apelante agir daquela maneira.

Aliás, embora a ofendida tenha alegado que a situação possa ter ocorrido em virtude de suas vestimentas, tal fato não é capaz de eximir a responsabilidade penal do apelante, pois a partir do momento em que a vítima diz “não”, e se recusa a ter qualquer tipo de intimidade com o acusado, os atos por ele perpetrados, contra a vontade da ofendida, são suficientes para configurar a prática delitiva prevista no art. 213, *caput*, do Código Penal.

Outrossim, atualmente, espera-se que o homem saiba dos seus limites, tenha consciência dos seus atos e respeite a negativa da mulher, agindo com bom senso diante da vontade desta. Foi-se o tempo em que se admitia a prevalência do machismo na sociedade.

Em casos similares, colacionam-se julgados desta Corte:



APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES ESTUPRO DE VULNERÁVEL E AMEAÇA [ART. 213 E ART. 147, AMBOS DO CÓDIGO PENAL]. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU PELO CRIME DO ART. 213, DO CÓDIGO PENAL E ABSOLVIÇÃO PELO DELITO DO ART. 147 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DA DEFESA. [...]

PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELA FALTA DE PROVAS E *IN DUBIO PRO REO*. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. PALAVRA DA VÍTIMA FIRME, COERENTE E HARMÔNICA PRESTADA EM JUÍZO. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA OFENDIDA EM CRIMES DESTA NATUREZA, OS QUAIS SÃO, EM REGRA, PRATICADOS NA CLANDESTINIDADE, AINDA MAIS QUANDO AMPARADA PELO CONJUNTO PROBATÓRIO.

“A palavra da vítima, nos crimes sexuais, geralmente cometidos na clandestinidade, assume fundamental importância à elucidação dos fatos e é capaz de embasar a sentença condenatória quando em consonância com as demais provas dos autos. Compete à defesa desconstituir o conjunto probatório produzido pela acusação, que evidencia a prática do crime de estupro de vulnerável, consoante parte inicial do art. 156 do Código de Processo Penal. (TJSC, Apelação Cível n. 0002586-32.2013.8.24.0027, de Ibirama, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 29-11-2016)”. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 0003697-62.2015.8.24.0033, rela. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 26-04-2018).

E:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO (ART. 213, *CAPUT*, DO CP). ALMEJADA ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE A VÍTIMA ERA PROSTITUTA, ESTAVA EMBRIAGADA E QUE O ATO FORA CONSENTIDO. PROVAS ACOSTADAS AOS AUTOS QUE DEMONSTRAM QUE A OFENDIDA FOI FORÇADA A MANTER RELAÇÃO SEXUAL. VESTÍGIOS DE AGRESSÃO COMPROVADOS POR LAUDO PERICIAL. MATERIALIDADE

E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 2013.090743-6, de Araranguá, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 08-04-2014).

Mais:

RECURSO CRIME - APELAÇÃO - INTERPOSIÇÃO TEMPESTIVA - RAZÕES APRESENTADAS FORA DO PRAZO - CONHECIMENTO CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL - ESTUPRO - VIRGINDADE NÃO EXIGIDA COMO PRESSUPOSTO PARA CONFIGURAÇÃO DO CRIME

A lei penal, no art. 213, do CP, tutela a liberdade sexual da mulher, não exigindo como condição que a constrangida seja virgem, íntegra ou puritana, solteira, casada, devassa ou prostituta, mas sim que se comprove que não queira ou não possa consentir com a prática do ato carnal, porque tem a mulher direito à tutela da lei, visto que a proteção se dirige ao direito da livre disposição do próprio corpo. [...] (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 1999.018448-0, de Criciúma, rel. Des. Nilton Macedo Machado, Câmara Especial - Proc. Criminais, j. 27-04-2000, grifo nosso).

Convém ressaltar que, *“vigora no sistema processual penal brasileiro, o princípio do livre convencimento motivado, em que o magistrado pode formar sua convicção ponderando as provas que desejar”* (HC 68.840/BA, rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 28-04-2015).

Diante dessas premissas, inviável acatar o pleito absolutório, motivo pelo qual mantém-se incólume a sentença atacada.

Por fim, cumpre registrar que, adotando o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 126.292/SP, segundo o qual *“a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”*, determina-se o imediato cumprimento da reprimenda.

## 2. Prequestionamento

De forma genérica, a defesa prequestionou dispositivos constitucionais e infraconstitucionais pertinentes ao caso.

Todavia, o requisito de prequestionamento se satisfaz com a apreciação da matéria ventilada no recurso, de modo que é desnecessária a manifestação expressa do Órgão Julgador acerca de cada um dos dispositivos legais indicados, em tese, como violados.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA (CÓDIGO PENAL, ART. 147). CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. [...] PREQUESTIONAMENTO DOS ARTIGOS TIDOS POR VIOLADOS. PEDIDO DE EXPRESSA MENÇÃO NO ACÓRDÃO. DESNECESSIDADE.

É sabido que a decisão judicial, para ter validade, precisa ser motivada. Mas a motivação não exige menção expressa aos dispositivos legais pertinentes à matéria. Assim, ao resolver a *quaestio juris* submetida à apreciação, cabe ao julgador expender as razões pelas quais acolhe ou rejeita o pedido formulado.

RECURSO NÃO PROVIDO. (Apelação Criminal n. 0003738-17.2015.8.24.0037, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 21-09-2017, grifo nosso).

Destarte, sendo dispensável o prequestionamento da matéria, rechaça-se a pretensão defensiva.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento. De ofício, determinar o imediato cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal (HC n. 126.292/SP).

Este é o voto.

**Apelação Criminal n. 0005576-53.2013.8.24.0008, de Blumenau**

Relator: Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33, *CAPUT*, E 35, *CAPUT*, C/C ART. 40, INC. III, TODOS DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DE QUATRO RÉUS E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRELIMINARES. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. EXORDIAL QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS ANOTADOS NO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ALEGADOS VÍCIOS NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. SUSCITADA VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA DIANTE DA AUSÊNCIA DE DECISÃO QUE FRANQUEOU A INTERCEPTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUTOS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA APENSADOS À AÇÃO PENAL. TOTAL ACESSO DAS PARTES ÀS PROVAS ALI CONTIDAS. VÍCIO INEXISTENTE. PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE TELEFONE CELULAR APREENDIDO. FLAGRANTE POSTERIORMENTE RELAXADO. IRRELEVÂNCIA. HIPÓTESE QUE NÃO SE CONFUNDE COM AUTORIZAÇÃO PARA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. PRECEDENTES. VÍCIO INEXISTENTE. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE LAUDO PERICIAL PARA IDENTIFICAÇÃO DA VOZ DOS ACUSADOS. PRESCINDIBILIDADE. VÍCIO INEXISTENTE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO GENÉRICA E PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. PRELIMINARES AFASTADAS. MATÉRIA PREQUESTIONADA. MÉRITO. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DOS RÉUS DAVID, JONILDO E JOILSON.

PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS (ART. 386, INC. V, DO CPP). NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS. REÚS QUE SE ASSOCIARAM A OUTROS INDIVÍDUOS PARA PERPETRAÇÃO O TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DO RÉU ANDRÉ. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. IMPOSSIBILIDADE. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ACUSADO QUE JÁ ERA OBJETO DE INVESTIGAÇÃO POR ENVOLVIMENTO COM A COMERCIALIZAÇÃO DE ENTORPECENTES. AGENTES PÚBLICOS UE DESLOCARAM-SE ATÉ O ENDEREÇO DO RÉU VISANDO CUMPRIR MANDADO DE PRISÃO E LOGRARAM ÊXITO EM ENCONTRAR VULTOSA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE E APETRECHOS RELACIONADOS AO TRÁFICO. PALAVRAS DOS AGENTES PÚBLICOS QUE MERECE ESPECIAL CREDIBILIDADE, SOBRETUDO QUANDO HARMONIOSA COM AS DEMAIS PROVAS CONSTANTES NOS AUTOS. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ASSOCIATIVO MANTIDO DE FORMA ESTÁVEL E PERMANENTE COMPROVADO PELAS CONVERSAS E DADOS OBTIDOS POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E CORROBORADOS PELOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS CIVIS RESPONSÁVEIS PELA INVESTIGAÇÃO. CONDENAÇÕES MANTIDAS. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA A CONDUTA DESCRITA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE, VARIEDADE E CONDIÇÕES EM QUE SE DESENVOLVEU A AÇÃO QUE ELUCIDAM O TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO NÃO PROVIDO. DOSIMETRIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DETRAÇÃO PENAL COM CONCESSÃO IMEDIATA DO REGIME MAIS BENÉFICO EFETUADO PELOS APELANTES DAVID E

JONILDO. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETA AO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. REQUISITO SUBJETIVO ANOTADO NO ART. 112 DA LEI N. 7.210/84 QUE NÃO PODE SER AFERIDO EM CONSULTA AOS AUTOS. REQUERIMENTO QUE DEVE SER EFETUADO EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO MÍNIMO LEGAL COM ALTERAÇÃO DE REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENÁ CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS EFETUADO PELO RÉU ANDRÉ. IMPOSSIBILIDADE. PENA APLICADA DE FORMA ADEQUADA. APELANTE CONDENADO NAS SANÇÕES DOS ARTS. 33, CAPUT, E 35, CAPUT, DA LEI DE DROGAS. CONCURSO MATERIAL. PENA FIXADA E CIRCUNSTÂNCIAS QUE RECOMENDAM A APLICAÇÃO DO REGIME FECHADO. RECURSO NÃO PROVIDO. RECURSO MINISTERIAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. CONDENAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVAS DA ASSOCIAÇÃO PERMANENTE E ESTÁVEL FORMADA COM O DOLO ESPECÍFICO PARA O COMETIMENTO DE CRIMES. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

1. Não há falar em inépcia da denúncia quando a inicial acusatória, fulcrada em amplo conjunto de provas indiciárias, traz elementos dos fatos criminosos, indicando satisfatoriamente a capitulação do crime para cada réu e suas qualificações, bem como indica o rol de testemunhas arroladas pela acusação, uma vez que possibilita-se, assim, a efetivação do contraditório e da ampla defesa a todos os acusados.

2. “Os autos de interceptação telefônica correm em apartado ao principal e em segredo de justiça, nos termos do art. 1º da Lei n. 9.296/96. Finda a medida, é franqueado à defesa o acesso à integralidade do conteúdo das interceptações telefônicas” (Apelação n. 0002252-60.2014.8.24.0189, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 03-05-2016). Assim, inexistente nulidade processual se o *decisum* que autorizou a interceptação telefônica encontra-se acostado aos autos apensos,

e pôde a defesa sobre ele exercer o contraditório.

3. “Como é cediço, a verificação de dados constantes em celular apreendido (chamadas, sms, whatsapp) não configura violação ao sigilo telefônico, pois, conforme o art. 6º, II e III, do CPP, incube à autoridade policial colher todas as provas necessárias para elucidar a prática delituosa” (Apelação n. 0030813-10.2014.8.24.0023, Rel. Des. Rui Fortes, j. 16/03/2016).

4. É pacífico o entendimento deste Tribunal acerca da prescindibilidade de realização de perícia para validação de interceptação telefônica ante a ausência de previsão legal na Lei n. 9.296/96

5. A alegação de violação ao princípio da identidade física do juiz requer comprovação do prejuízo não podendo-se interpreta-lo de maneira absoluta, sobretudo, em face das já conhecidas hipóteses de afastamento justificado do magistrado que presidiu a instrução processual.

6. É acertada a condenação pela prática do crime de associação para o tráfico de drogas, anotado no art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/06, quando a prova constante nos autos, formada por interceptações de dados telefônicos e depoimentos dos agentes públicos, evidenciam o vínculo subjetivo e estável entre o grupo para o fim de comercializar entorpecentes.

7. As palavras dos policiais responsáveis pela investigação, corroboradas pelas declarações de testemunhas, interrogatório do réu e interceptações de dados telefônicos são elementos suficientes para demonstrar a autoria da empreitada criminosa de tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes.

8. É impossível a desclassificação para o delito tipificado no art. 28 da Lei n. 11.343/06 quando comprovada autoria e materialidade do tráfico de entorpecentes.

9. “Não sendo possível verificar pelas provas constantes nos autos a presença do dolo dos réus em formarem outro grupo diverso da associação constituída para o narcotráfico, inviável se

torna a condenação pela prática do delito de quadrilha ou bando, sob pena de configurar bis in idem” (Apelação n. 2012.070948-0, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 20-03-2014).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0005576-53.2013.8.24.0008, da comarca de Blumenau 3ª Vara Criminal em que é Apte/ Apdo Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apdo/Apte André Ricardo dos Santos e outros.

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer e negar provimento aos recursos.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Jorge Schaefer Martins, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva B. Schaefer.

Florianópolis, 25 de janeiro de 2018.

Luiz Neri Oliveira de Souza  
Relator

## RELATÓRIO

Trata-se de Ação Penal instaurada para apuração do envolvimento dos acusados, conforme denúncia de fls. III e IV:

a) **Ander Felipe Martins**, vulgo “Andi” ou “Dian”, natural de Blumenau, nascido no dia 04/05/1992, filho de Maria das Neves dos Santos e de José Carlos Martins, denunciado por infração ao disposto nos artigos 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e art. 180, *caput*, do Código Penal;

b) **André Ricardo dos Santos**, vulgo “Chocolate”, maior imputável, natural de Blumenau, nascido no dia 20/12/1982, filho de Iracy dos Santos, denunciado por infração ao disposto no art. 33, *caput*, e art. 35, *c/c* art. 40, inc. III e VI, todos da Lei n. 11.343/06, e art. 288, parágrafo único, do Código Penal;



c) **Cristiano Ribeiro**, maior imputável, natural de Lages, nascido no dia 15/10/1983, filho de Marlene Menegazzo Ribeiro, denunciado por infração ao disposto no art. 33, *caput*, e art. 35, *c/c* art. 40, inc. III e VI, todos da Lei n. 11.343/06, e art. 288, parágrafo único, do Código Penal;

d) David Machado de Souza, vulgo “Curita” ou “Zidani”, maior imputável, natural de Foz do Iguaçu/PR, nascido no dia 25/01/1982, filho de Maricilia Goerini de Souza, denunciado por infração ao disposto no art. 33, *caput*, e art. 35, *c/c* art. 40, inc. III e VI, todos da Lei n. 11.343/06, e art. 288, parágrafo único, do Código Penal;

e) Diego José Martins, maior imputável, natural de Blumenau, nascido no dia 19/01/1989, filho de Maria das Neves dos Santos e José Carlos Martins, denunciado por infração ao disposto no art. 33, *caput*, e art. 35, *c/c* art. 40, inc. III e VI, todos da Lei n. 11.343/06, e art. 288, parágrafo único, do Código Penal;

f) Everson Denzer, maior imputável, natural de Blumenau, nascido no dia 07/04/1993, filho de Marilete Denzer e Edgar Denzer, denunciado por infração ao disposto no art. 33, *caput*, e art. 35, *c/c* art. 40, inc. III e VI, todos da Lei n. 11.343/06, e art. 288, parágrafo único, do Código Penal;

g) Joilson Bento de Arruda, vulgo “Gordo”, maior imputável, natural de Santo Antonio de Caiuá/PR, nascido no dia 04/05/1987, denunciado por infração ao disposto no art. 33, *caput*, e art. 35, *c/c* art. 40, inc. III e VI, todos da Lei n. 11.343/06, e art. 288, parágrafo único, do Código Penal;

h) Jonildo Souza dos Santos, vulgo “Bugio”, maior imputável, natural de Lages, nascido no dia 20/06/1985, filho de Vitervino Souza dos Santos e de Gracelina Pereira de Andrade dos Santos, denunciado por infração ao disposto no art. 33, *caput*, e art. 35, *c/c* art. 40, inc. III e VI, todos da Lei n. 11.343/06, e art. 288, parágrafo único, do Código Penal;

i) Rafael de Oliveira, vulgo “Orelha”, maior imputável, natural de Colorado do Oeste/RO, nascido no dia 14/09/1983, filho de José Domingos de Oliveira e de Maria Batista de Oliveira, denunciado por infração ao disposto no art. 33, *caput*, e art. 35, *c/c* art. 40, inc. III e VI,

todos da Lei n. 11.343/06, e art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

j) Sara Anita Bittencourt dos Santos, maior imputável, natural de Blumenau, nascido no dia 21/12/1993, filha de Anselma Bittencourt e de Ivo Nei dos Santos, denunciada por infração ao disposto no art. 33, *caput*, e art. 35, c/c art. 40, inc. III e VI, todos da Lei n. 11.343/06, art. 288, parágrafo único, e art. 180, ambos do Código Penal.

k) Valdeci da Silva, vulgo “Petty”, maior imputável, natural de Glória de Dourado/MS, nascido no dia 28/12/1984, denunciado por infração ao disposto no art. 33, *caput*, e art. 35, c/c art. 40, inc. III e VI, todos da Lei n. 11.343/06, e art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

Narra a inicial acusatória, *in verbis*:

Os 11 (onze) denunciados associaram-se para o fim de cometerem crimes dolosos em Santa Catarina, o que levou a população deste estado a ser vítima. Também, venderam e forneceram drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, na cidade de Blumenau, nos anos de 2012 e 2013. Tráfico praticado em comunhão de esforços e união de desígnios entre os denunciados, ou seja, em associação. Crimes previstos na Lei 11.343/2006 que ocorreram, também, nas dependências e imediações de estabelecimentos prisionais e com envolvimento de crianças e adolescentes.

O vínculo entre os denunciados é demonstrado pelas provas angariadas, sendo que alguns é pela a própria associação ao crime outros familiares (irmãos) e outros afetivos (casal). Sendo que todos possuem registros nos antecedentes criminais e estão envolvidos direta ou indiretamente com a organização criminosa denominada PGC (Primeiro Grupo Catarinense), ou seja, influíram em crimes dolosos ocorridos no estado, tais como incêndios, atentados e os previstos no Estatuto do Desarmamento.

No decorrer do mês de outubro de 2012, o denunciado Ander Felipe Martins, mesmo após ter sido preso por tráfico de drogas, em associação com o também recluso Valdeci da Silva e outras pessoas, não identificadas, forneceram e venderam drogas em Blumenau, por meio de ordens dada por telefone, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Tais crimes eram praticados,

também, pela denunciada Sara Anita Bittencourt, amásia de Ander, a qual, aproveitando de sua liberdade, fornecia e vendia as drogas nesta cidade, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Em ação policial anterior aos fatos supranarrados, dia 28 setembro de 2012, Policiais diligenciaram na residência do casal denunciado – Ander e Sara - localizada na rua Jacob Morsch, 176, Itoupava Norte, Blumenau, e apreenderam R\$ 146,10 em moedas e R\$ 2.300,00 em notas de diversos valores, quantia auferida com a venda de drogas. No local, também foram apreendidos instrumentos utilizados na prática do tráfico de drogas: dois aparelhos de telefones celulares, uma balança de precisão, uma calculadora, agenda e caderneta com anotações da contabilidade do tráfico, faca, gilete e prato com resquícios de crack. Na comunhão de vontades, adquiriram/receberam, em proveito próprio, um aparelho celular, de cor branca e capinha rosa, da marca Iphone, modelo S4, mesmo sabendo da origem ilícita do bem.

No suceder do mês de novembro de 2012, os denunciados Ander Felipe Martins, Diego José Martins (irmãos) e Everson Denzer demonstram a finalidade da associação, qual seja, a prática de crimes dolosos, orquestrando e ordenando atentados e incêndio de ônibus em Blumenau, crimes que envolveram menores. Também em novembro, o membro da quadrilha Cristiano Ribeiro, do interior do Presídio, corrompeu menores a praticarem atentados e incêndios contra ônibus. Tais denunciados – Diego José Martins, Everson Denzer e Cristiano Ribeiro -, também, forneceram e venderam drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, nesta Comarca, no mês de novembro de 2012.

No decorrer do mês de novembro de 2012, o denunciado **Joílson Bento de Arruda**, no interior do Presídio, por meio de ordens emanadas por telefone celular, vendeu e forneceu drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, na cidade de Blumenau, isto em associação com a pessoa identificada de Gaúcho e outros. Também, como participante da quadrilha, do mesmo *modus operandi* do crime do tráfico, negociou armas e bem oriundo de crime.

Também no passar de novembro de 2012, o denunciado **David**

**Machado de Souza**, em associação com uma pessoa identificada por Larissa e outras, vendeu e forneceu drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, na cidade de Blumenau. Além disso, associou-se a mais de três pessoas para o fim de cometer crimes dolosos no estado.

Os denunciados André Ricardo dos Santos, Jonildo Souza dos Santos e Rafael de Oliveira, em associação, venderam e forneceram drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, na cidade de Blumenau e Florianópolis, no decorrer do mês de novembro de 2012, bem como associaram-se a mais de três pessoas para o fim de cometerem crimes dolosos [...] (fls. III e IV).

Concluída a instrução processual, a Juíza de Direito Jussara Schittler dos Santos Wandscheer julgou parcialmente a exordial acusatória e:

a) condenou **Ander Felipe Martins** à pena de 11 anos, 4 meses e 13 dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 1876 dias-multa, quantificada a unidade em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 33, *caput*, e art. 35, *c/c* art. 40, inc. III, todos da Lei n. 11.343/06, *c/c* art. 65, inc. I do Código Penal, e o art. 180, *caput*, *c/c* 61, inc. I, ambos do Código Penal, segregado desde 27/02/2013 - fls. 252/254 do segundo volume;

b) condenou **André Ricardo dos Santos** à pena de 13 anos, 7 meses e 9 dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 1632 dias-multa, quantificada a unidade em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 33, *caput*, *c/c* art. 40, inc. III, ao art. 35, *caput*, *c/c* art. 40, inc. III, todos da Lei n. 11.343/06, *c/c* o art. 61, inc. I, do Código Penal, e o absolveu do crime previsto no art. 288, *caput*, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, segregado desde 27/02/2013 - fls. 249 do segundo volume;

c) condenou **Cristiano Ribeiro** à pena de 4 anos, 9 meses e 5 dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 952 dias-multa,

quantificada a unidade em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 35, *caput*, c/c art. 40, inc. III, ambos da Lei n. 11.343/06, c/c art. 61, inc. I do Código Penal, e o absolveu dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e art. 288 do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, segregado desde 27/02/2013 - fl. 261 do segundo volume;

d) condenou **David Machado de Souza** à pena de 4 anos e 1 mês de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 816 dias-multa, quantificada a unidade em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 35, *caput* c/c art. 40, inc. III, todos da Lei n. 11.343/06, c/c art. 61, inc. I, do Código Penal, e o absolveu dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e art. 288 do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, segregado desde 05/03/2013 – fl. 147 dos autos apensos n. 0008.13.004213-4);

e) condenou **Diego José Martins** à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 816 dias-multa, quantificada a unidade em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 35, *caput*, c/c art. 40, inc. III, ambos da Lei n. 11.343/06, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, e o absolveu dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e art. 288 do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, sendo deferido o direito de recorrer em liberdade – fls. 897/899 do quinto volume;

f) condenou **Everson Denzer** à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 816 dias-multa, quantificada a unidade em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 35, *caput*, c/c art. 40, inc. III, ambos da Lei n. 11.343/06, c/c art. 61, inc. I, do Código Penal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, e o absolveu dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e art. 288 do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, deferido o direito de recorrer em liberdade – fls. 895/896 do quinto volume;

g) condenou **Joilson Bento de Arruda** à pena de 3 anos e 6

meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 816 dias-multa, quantificada a unidade em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 35, *caput*, c/c art. 40, inc. III, ambos da Lei n. 11.343/06, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, e o absolveu dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e art. 288 do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, sendo deferido o direito de recorrer em liberdade – fls. 900/907 do quinto volume;

h) condenou **Jonildo Souza dos Santos** à pena de 3 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 700 dias-multa, quantificada a unidade em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/06, c/c art. 61, inc. I, do Código Penal, e o absolveu dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e art. 288 do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, segregado desde 27/03/2013 - fl. 311 do segundo volume;

i) condenou **Rafael de Oliveira** à pena de 5 anos e 3 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 816 dias-multa, quantificada a unidade em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 35, *caput*, c/c art. 40, inc. III, ambos da Lei n. 11.343/06, c/c art. 61, inc. I, do Código Penal, e o absolveu dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 e art. 288 do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, segregado desde 27/02/2013 - fl. 259 do segundo volume;

j) condenou **Sara Anita Bittencourt dos Santos** à pena de 10 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 1643 dias-multa, quantificada a unidade em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 33, *caput*, c/c art. 40, inc. III, ao art. 35, *caput*, c/c art. 40, inc. III, todos da Lei n. 11.343/06, c/c art; 65, inc. I, do Código Penal, e o art. 180, *caput*, c/c art. 65, inc. I, ambos do Código Penal, e a absolveu do crime previsto no art. 288, *caput*, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, segregada desde 18/06/2014 - fls. 932/933 do quinto volume;

k) condenou **Valdeci da Silva** à pena de 12 anos e 8 dias de

reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 1632 dias-multa, quantificada a unidade em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 33, *caput*, c/c art. 40, inc. III, ao art. 35, *caput*, c/c art. 40, inc. III, ambos da Lei n. 11.343/06, c/c o art. 65, inc. I, do Código Penal, e o art. 180, *caput*, c/c art. 65, inc. I, ambos do Código Penal, e o absolveu do crime previsto no art. 288, *caput*, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, segregado desde 27/02/2013 (fl. 255 do segundo volume);

Insatisfeitos, o Ministério Público, David Machado de Souza, Joilson Bento de Arruda, Jonildo Souza dos Santos e André Ricardo dos Santos, deflagraram recursos de apelação.

Em suas razões, clama o representante ministerial a condenação dos réus André Ricardo dos Santos, Cristiano Ribeiro, David Machado de Souza, Diego José Martins, Everson Denzer, Joilson Bento de Arruda, Jonildo Souza dos Santos e Valdeci da Silva pelo crime tipificado no art. 288, *caput*, do Código Penal (fls. 930/931).

Em sede de preliminar, por intermédio de Defensor Público, David Machado de Souza, Jonildo Souza dos Santos e Joilson Bento de Arruda sustentam: 1) a existência de nulidade processual, arguindo que a denúncia é inepta, com fulcro no art. 564, inc. III, alínea “a”, do Código de Processo Penal; 2) a declaração de nulidade da interceptação telefônica, com fundamento no art. 5º, da Lei n. 9.296/1996, alegando que não consta nos autos a decisão que autoriza a diligência e, ainda, que se trata de prova ilícita – art. 157, §1º, do Código de Processo Penal; No mérito 3) a absolvição, com fundamento no art. 386, inc. V, do Código de Processo Penal, argumentando que os réus não concorreram para a infração penal; 4) a fixação do regime inicial aberto para início do cumprimento da reprimenda dos réus David Machado de Souza e Jonildo Souza dos Santos (fls. 947/953).

A defesa do réu André Ricardo dos Santos arguiu 1) preliminarmente, a existência de nulidade da sentença, por violação ao

princípio da identidade física do juiz, com fundamento no art. 399, §2º, do Código de Processo Penal, sustentando que o juiz que recebeu a denúncia não foi o mesmo juiz responsável pela instrução processual; 2) a nulidade processual ante o cerceamento de defesa ocorrido quando do indeferimento da realização do exame pericial nas gravações telefônicas; No mérito 3) a absolvição dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico ou, a desclassificação para o delito previsto no art. 28, *caput*, da Lei de Drogas; 4) alternativamente, caso mantida a condenação, busca a aplicação da pena no mínimo legal, com fixação do regime inicial semiaberto ou aberto, com substituição da pena privativa por restritivas de direitos (fls. 1010/1027 e 1039/1056).

O Ministério Público ofereceu contrarrazões aos recursos interpostos (fls. 1076/1080).

A defensoria apresentou contrarrazões ao recurso interposto pelo representante ministerial (fls. 1081/1088 e 1131/1138).

Da mesma forma a defesa de Valdeci da Silva apresentou contrarrazões ao recurso do Ministério Público (fls. 1139).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Procurador de Justiça Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento dos apelos (fls. 1148/1188).

Este é o relatório.

## VOTO

1. Dos recursos manejados por David Machado de Souza, Jonildo Souza dos Santos, Joilson Bento de Arruda e André Ricardo dos Santos. A responsabilidade dos réus recorrentes emerge das provas colhidas durante toda investigação e instrução processual e os recursos defensivos assemelham-se em diversos pontos, motivo pelos quais passa-se a apreciar



os apelos conjuntamente.

### 1.1. Preliminarmente.

#### 1.1.1. Da aventada nulidade por inépcia da denúncia.

O defensor público, representando David Machado de Souza, Jonildo Souza dos Santos e Joilson Bento de Arruda, sustenta a inépcia da denúncia, porquanto a narrativa dos fatos constantes na exordial acusatória não abordou às elementares do tipo penal de associação criminosa, notadamente a estabilidade e permanência.

Dispõe o art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/06, nestes termos:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do *caput* deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Acerca do crime acima descrito, leciona Renato Brasileiro de Lima:

A associação para fins de tráfico impõe o número mínimo de 2 (dois) agentes. Dentre eles, pouco importa a presença de um inimputável (v.g., menor de 18 anos) ou de um agente que não tenha sido identificado. Deveras, por mais que as autoridades policiais não tenham logrado êxito na identificação de todos os integrantes da associação é perfeitamente possível que apenas um agente seja processado pelo crime do art. 35 da Lei de Drogas, desde que se tenha a certeza da existência do outro membro. [...] Associar-se quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se de maneira estável ou permanente para a consecução de um fim comum. A característica da associação é a estabilidade do vínculo que une os agentes, mesmo que nenhum dos crimes por eles planejados venha a se concretizar. Por isso, por mais que o art. 35 da Lei de Drogas faça uso

da expressão “reiteradamente ou não”, a tipificação desse crime depende da estabilidade ou da permanência (*societas sceleris*), características que o diferenciam de um concurso eventual de agentes [...] (Legislação Criminal Especial Comentada. Volume único. 4. ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 768).

Com efeito, a denúncia e seu recebimento estão vinculados ao preenchimento dos requisitos elencados no art. 41 do Código de Processo Penal, e à existência de elementos seguros que demonstrem a perpetração do crime e meros indícios da autoria.

No caso em análise, a denúncia trouxe os elementos do ato criminoso, fulcrada em amplo conjunto de provas indiciárias, indicando a capitulação do crime para cada réu, suas qualificações, o período e finalidade da união de desígnios existente entre os denunciados, inexistindo, a *contrario sensu* do alegado pela defesa, prejuízo evidente ou afronta ao art. 41 do Código de Processo Penal.

Não fosse isso, conforme apresentado acima, tratando-se de associação criminosa para fins de tráfico de drogas é prescindível a identificação de todos os agentes envolvidos, bastando a comprovação acerca da participação de outro membro nas práticas delitivas descritas nos artigos 33, *caput* e §1º, e 34 da Lei n. 11.343/06.

Nesse ponto, relevante trazer à baila entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. [...] HOMICÍDIO QUALIFICADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DA CONDUTA DO ACUSADO. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS E DESCREVE CRIMES EM TESE. AMPLA DEFESA GARANTIDA. MÁCULA NÃO EVIDENCIADA. [...] 2. Nos chamados crimes de autoria coletiva, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais

dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa. Precedentes. 3. No caso dos autos, verifica-se que a participação do paciente no ilícito descrito na exordial foi devidamente explicitada, tendo o órgão ministerial consignado que, na qualidade de chefe da facção criminosa atuante no tráfico de droga dos bairros de Terra Vermelha, Normília da Cunha, Residencial Jabaeté, João Goulart, Barramares e Cidade de Deus, articulou o homicídio da vítima, que estava realizando roubos na região e prejudicando o comércio ilícito de entorpecentes, delito que foi executado por outros três acusados, também integrantes do grupo, narrativa que lhe permite o exercício da ampla defesa e do contraditório. [...] 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 394.225/ES, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 17/08/2017 – grifo nosso).

Seguindo o mesmo raciocínio, às Câmaras Criminais deste Tribunal, sistematicamente, tem se manifestado no mesmo sentido. Veja-se: Primeira Câmara: Apelação Criminal n. 0001360-27.2015.8.24.0025, de Gaspar, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 24-08-2017; Segunda Câmara: Apelação Criminal n. 0004637-78.2015.8.24.0113, de Camboriú, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 07-03-2017; Terceira Câmara: Apelação Criminal n. 0008845-03.2013.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 04-04-2017; Quarta Câmara: Apelação Criminal n. 0001769-44.2014.8.24.0055, de Rio Negrinho, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 20-10-2016;

Por estas razões, não se vislumbra inépcia da denúncia, afastando-se, portanto, a insurgência prefacial, porquanto presentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

1.1.2. Da aventada nulidade ante a ausência de decisão judicial autorizando a interceptação telefônica, apresentada pela defesa dos acusados David Machado de Souza, Jonildo Souza dos Santos e Joilson Bento de Arruda.

Visando melhor contextualizar os fatos, faz-se necessário apresentar

um sucinto relatório da investigação.

Em consulta minuciosa ao processo constata-se que a investigação teve início em 28/09/2012, com a prisão dos acusados Ander Felipe Martins e Sara Anita Bittencourt dos Santos por suposta infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, narrados no Boletim de ocorrência n. 00111-2012-00354 (fls. 03/04 do processo apenso n. 008.12.022343-8).

Na ocasião, foram apreendidos dois aparelhos celulares, dinheiro, balança de precisão e utensílios para fracionamento do entorpecente (fls. 29/35 n. 008.12.022343-8), Laudo de constatação (fl. 37 n. 008.12.022343-8), Laudo Pericial definitivo (fls. 48/49 n. 008.12.022343-8).

No celular de Ander foram localizadas várias mensagens trocadas, bem como ligações recebidas e efetuadas com presos ligados ao crime organizado, identificado como PGC (Primeiro Grupo Catarinense).

Em continuidade às investigações, a autoridade policial representou pela interceptação telefônica dos telefones n. (47) 9182-3519, (47) 9261-1522, (47) 9276-8788, (47) 9223-0424, (47) 9269-7715, (47) 9278-7333 e (47) 9271-7551, fato devidamente autorizado pelo autoridade judiciária, consoante *decisum* de fls. 52/56 dos autos apensos n. 008.12.022407-8.

Posteriormente, após a colheita de novos dados, a Juíza *a quo* determinou a interceptação de novos números descrita em duas oportunidades, acolhendo às pretensões do delegado de fls. 58/67 e 122/190, conforme decisões de fls. 100/104 e 240/248, todas dos autos em comento.

Durante monitoramento telefônico a autoridade policial identificou o envolvimento de diversos agentes associados para o tráfico de entorpecentes com atuação dentro e fora do Presídio Regional de Blumenau. Ainda, tomou-se conhecimento do envolvimento dos agentes Ander, David e Cristiano nos atentados ocorridos contra ônibus na cidade de Blumenau, especialmente o do dia 12/11/2012 - onde foi abordado

um ônibus e em seguida ateadado fogo no veículo.

Algumas horas antes do atentado foram interceptadas conversas em que David Machado de Souza, conhecido como “Curita” fala com outra pessoa não identificada sobre os atentados que deveriam ser feitos na cidade de Blumenau (fls. 80/83 dos autos n. 008.13.004213-4).

Ato contínuo, foi interceptada mensagem enviada entre duas galerias do Presídio Regional de Blumenau, sendo que o interlocutor n. 4792741649 – identificado como Ander Felipe Martins – assume ser o mandante do atentado contra o ônibus incendiado referido acima (fl. 08 dos autos n. 008.13.004213-4).

Em vista das investigações, em 22/02/2013 foi decretada a prisão preventiva dos acusados Ander Felipe Martins, Valdecir da Silva, David Machado de Souza, André Ricardo dos Santos, Joilson Bento de Arruda, Diego José Martins, Everson Denzer, Cristiano Ribeiro, Jonildo Souza dos Santos e Rafael de Oliveira (fls. 120/121 dos autos n. 008.13.004213-4).

No dia 26 de fevereiro de 2013 André Ricardo dos Santos foi preso em cumprimento ao mandado de prisão acima descrito, sendo que na ocasião foram encontradas vultosa quantidade de entorpecente, balança de precisão e celulares, fatos descritos nos autos n. 008.13.004762-4 (Boletim de ocorrência de fls. 3/4, auto de exibição e apreensão de fl. 05).

Em 27 de fevereiro do ano em comento os acusados Ander Felipe Martins (fl. 254 – segundo volume), Valdecir da Silva (fl. 256 – segundo volume), Everson Denzer (fl. 258 – segundo volume), Rafael de Oliveira (fl. 259 – segundo volume) e Cristiano Ribeiro (fl. 261 – segundo volume) foram presos. Já o acusado Jonildo Souza dos Santos foi preso em 27/03/2013 (fl. 311 – segundo volume).

Após novas investigações, aportaram aos autos informações

acerca do envolvimento da acusada Sara Anita Bittencourt dos Santos – Companheira de Ander Felipe Martins – sendo decretada sua segregação preventiva para garantia da ordem pública em 16/05/2013, mesma ocasião em que a denúncia restou recebida (fls. 354/356 do segundo volume).

Em 18/06/2014 foi dado cumprimento ao mandado de prisão expedido em desfavor de Sara Anita Bittencourt dos Santos (fls. 932 – quinto volume) – já posteriormente à publicação da sentença penal condenatória ocorrida em 13/05/2014 (fls. 870 – quarto volume).

Observe-se que a investigação policial seguiu por extenso lapso temporal e apurou o envolvimento de diversos suspeitos pelas práticas dos crimes de associação criminosa, associação para o tráfico de entorpecentes e tráfico de drogas.

Em contato com a unidade de primeiro grau contactou-se que os autos n. 008.12.022407-8 encontravam-se arquivados no cartório, sendo que todas às decisões responsáveis pela autorização da interceptação telefônica dos acusados encontram-se acostadas às fls. 52/56, 100/104 e 240/248 dos autos em comento.

Nesse raciocínio, é fácil antever que durante toda a instrução processual a defesa teve conhecimento da origem das investigações e interceptações telefônicas acostadas, sendo que o assunto inclusive foi objeto de insurgência nas alegações finais (fls. 791/795) oportunidade em que a magistrada *a quo* asseverou:

[...] As investigações que culminaram na prisão dos denunciados tiveram início por portaria do Delegado de Polícia, a fim de se apurar a prática de tráfico de drogas, sendo que a quebra do sigilo telefônico dos réus obedeceu ao disposto na Lei n. 9.296/1996. Com efeito, a prova foi autorizada em procedimento próprio (autos n. 008.12.022407-8). Assim, descabida a alegativa de que as interceptações realizadas pela autoridade policial foram arbitrárias, devendo ser afastada a nulidade [...] (fl. 805/868).

Com efeito, o procedimento perfilhado pelo Juízo de primeiro grau é adotado visando melhor organizar os autos, sendo que em um primeiro momento a interceptação telefônica é decretada sem que o acusado tenha conhecimento (*inaudita altera parte*) e posteriormente às diligências investigativas, às partes possuem livre acesso aos elementos probatórios colhidos nos autos principais e seus apensos.

Em situação assemelhada, esta Corte decidiu:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E COM NUMERAÇÃO RASPADA. LEI N. 10.826/03, ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV. CONDENAÇÕES. RECURSOS DEFENSIVOS E MINISTERIAL. RECURSOS DEFENSIVOS. PRELIMINARES. [...] PROVA ILÍCITA. NÃO COMPARTILHAMENTO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. NÃO OCORRÊNCIA. AUTOS DE INTERCEPTAÇÃO APENSADOS À AÇÃO PENAL DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. TOTAL ACESSO DAS PARTES ÀS PROVAS. VÍCIO INEXISTENTE. In casu, os autos de interceptação telefônica foram apensados aos autos principais durante a fase de instrução criminal, quando ainda não tomados os depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa e os interrogatórios. Ademais, não se verifica qualquer impedimento de acesso da defesa aos autos, não havendo, assim, qualquer irregularidade/ilegalidade. [...] RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE UM DOS RÉUS NÃO PROVIDOS. RECURSO DO CORRÉU PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação n. 0030074-79.2012.8.24.0064, de São José, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Quarta Câmara Criminal, j. 11-08-2016 – grifo nosso).

E ainda:

APELAÇÕES CRIMINAIS - CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (LEI N. 11.343/06, ART. 33, CAPUT, E ART. 35, CAPUT, C/C ART. 40, III) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - INSURGÊNCIA DAS DEFESAS. PRELIMINARES. [...] ALEGADA NULIDADE

DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PROCESSO DE INTERCEPTAÇÃO NÃO JUNTADO AOS AUTOS PRINCIPAIS - PROCEDIMENTO QUE DEVE TRAMITAR EM APARTADO E EM SEGREDO DE JUSTIÇA - ACESSO AO CONTEÚDO DISPONIBILIZADO, EM APENSO, APÓS CESSADA A MEDIDA. Os autos de interceptação telefônica correm em apartado ao principal e em segredo de justiça, nos termos do art. 1º da Lei n. 9.296/96. Finda a medida, é franqueado à defesa o acesso à integralidade do conteúdo das interceptações telefônicas. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA DE VOZES - PRESCINDIBILIDADE. Acerca da realização de exame pericial para autenticação de vozes, o STJ firmou entendimento “no sentido de que é desnecessária a realização genérica de perícia para a identificação da vozes captadas nas interceptações telefônicas” (STJ, Min. Nefi Cordeiro). MÍDIAS CONTENDO A INTEGRALIDADE DAS GRAVAÇÕES NÃO ANEXADAS AOS AUTOS - REQUERIMENTO NÃO REALIZADO PELA DEFESA - PROVAS DISPONÍVEIS EM CARTÓRIO - NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. “É inviável a alegação de ausência de acesso às mídias da interceptação telefônica quando sequer se promoveu o respectivo requerimento em primeiro grau, e, diante da circunstância de elas se encontrarem em cartório à disposição dos interessados” (STJ, Min. Maria Thereza de Assis Moura). TRANSCRIÇÃO DAS CONVERSAS NA INTEGRALIDADE - DESNECESSIDADE. “O Supremo Tribunal Federal afasta a necessidade de transcrição integral dos diálogos gravados durante quebra de sigilo telefônico, rejeitando alegação de cerceamento de defesa pela não transcrição de partes da interceptação irrelevantes para o embasamento da denúncia. [...]” (STF, Min. Cármen Lúcia). AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS - INEXISTÊNCIA - QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO DEFERIDA PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA NOS AUTOS DO PROCEDIMENTO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - LIVRE ACESSO DOS DEFENSORES AO CONTEÚDO DAS GRAVAÇÕES. As interceptações telefônicas realizadas com autorização judicial e em observância aos requisitos exigidos pela Lei n. 9.296/96 são válidas, notadamente se livre o acesso às partes do conteúdo dos diálogos. [...] RECURSO DE UM DOS RÉUS NÃO CONHECIDO E DOS



DEMAIS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (Apelação n. 0002252-60.2014.8.24.0189, de Santa Rosa do Sul, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 03-05-2016 – grifo nosso).

Note-se que todas as decisões que autorizaram as interceptações telefônicas originárias da presente investigação sempre existiram e estavam disponíveis para às partes, encontrando-se em autos apensados à ação penal de origem, sendo, de fato, totalmente descabida a arguição da nulidade ora rebatida.

1.1.3. Da aventada nulidade por utilização de provas ilícitas arguida pela defesa de David Machado de Souza, Jonildo Souza dos Santos e Joilson Bento de Arruda.

Como visto acima a investigação teve início em 28/09/2012 com a prisão dos acusados Ander Felipe Martins e Sara Anita Bittencourt dos Santos por suposta infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, narrados no Boletim de ocorrência n. 00111-2012-00354 (fls. 03/04 do processo apenso n. 008.12.022343-8).

Nesta oportunidade foram apreendidos dois aparelhos celulares, dinheiro, balança de precisão e utensílios para fracionamento do entorpecente (fls. 29/35 do processo apenso n. 008.12.022343-8), Laudo de constatação (fl. 37 do processo apenso n. 008.12.022343-8) e Laudo Pericial definitivo (fls. 48/49 do processo apenso n. 008.12.022343-8).

No celular de Ander foram localizadas várias mensagens trocadas, bem como ligações recebidas efetuadas com presos ligados ao crime organizado identificado como PGC (Primeiro Grupo Catarinense).

Contudo, o entorpecente apreendido com os investigados não era apto a comprovar a materialidade delitiva (01,01 centigrama), motivo pelo qual após manifestação ministerial (fl. 58 do processo apenso n. 008.12.022343-8), restaram relaxadas às prisões dos acusados (fls. 59/61).

É justamente neste ponto que a defesa sustenta a presença de vício,

aduzindo que a prisão dos réus foram relaxadas, fato que tornaria ilícita quaisquer provas obtidas por meio dos aparelhos celulares destes.

Consoante se infere dos autos, a investigação policial teve continuidade, não só pelo suposto cometimento de tráfico de entorpecentes por parte de Ander e Sara, mas principalmente pela constatação de vínculo destes com o crime organizado identificado com PGC (Primeiro Grupo Catarinense).

A *contrario sensu* do alegado pela defesa e conforme bem asseverado pela juíza de primeiro grau, o relaxamento da prisão em flagrante não implica em absolvição ou constatação absoluta da inocorrência de crime.

É que o relaxamento ocorreu por ausência de materialidade, porém a autoridade policial, a rigor do art. 6, inc. III, do Código de Processo Penal, deve: *“colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”*.

Com amparo do artigo supracitado, a autoridade policial observou dados telefônicos (mensagens e ligações) com números de propriedade de presos ligados ao crime organizado, prosseguindo com as investigações.

Nesse ponto, advirto que o acesso às mensagens e registros de ligações armazenadas em aparelho celular não afrontam o previsto no art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal, nem se vincula ao rito previsto na Lei n. 9.296/1996, tendo em vista que *“o sigilo a que se refere o aludido preceito constitucional é em relação à interceptação telefônica ou telemática propriamente dita, ou seja, é da comunicação de dados, e não dos dados em si mesmos”* (STJ, RHC 75.800/PR, rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, j. 15/09/2016).

Em caso semelhante esse Tribunal decidiu:

HABEAS CORPUS. [...] SUPOSTA EXISTÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE TELEFONE CELULAR APREENDIDO. POSSIBILIDADE.

HIPÓTESE QUE NÃO SE CONFUNDE COM AUTORIZAÇÃO PARA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. EIVA INEXISTENTE. PRECEDENTE DO STF E DESTA CORTE. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. [...] 2 “Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados” (STF, HC n. 91.867, DJUe-185 de 20/9/2012). 3 “Como é cediço, a verificação de dados constantes em celular apreendido (chamadas, sms, whatsapp) não configura violação ao sigilo telefônico, pois, conforme o art. 6º, II e III, do CPP, incube à autoridade policial colher todas as provas necessárias para elucidar a prática delituosa” (Apelação n. 0030813-10.2014.8.24.0023, j. em 16/3/2016). (Habeas Corpus n. 4001937-75.2016.8.24.0000, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 07-06-2016 – grifo nosso).

Afasta-se, assim, a tese de nulidade.

1.1.4. Da Nulidade por violação ao princípio da identidade física do Juiz apresentada pela defesa de André Ricardo dos Santos.

Aduz o apelante a ofensa ao princípio da identidade física do juiz, afirmando: *“que o juiz que recebeu a denúncia e presidiu a instrução processual foi um e o que proferiu a sentença foi outro”* (fls. 1011/1012).

Sem razão.

De fato, a denúncia foi recebida pela Juíza Jussara Schittler dos Santos Wandscheer (fls. 353/356 – segundo volume) e na audiência de instrução e julgamento esta foi substituída pela Juíza Cibelle Mendes Beltrame (fls. 552/555 – terceiro volume), sendo a sentença proferida pela mesma magistrada que recebeu a inicial acusatória (fls. 805/868 – quarto volume).

Contudo, sabe-se que o princípio estabelecido no art. 399, §2º, do

Código de Processo Penal, possui caráter relativo, fazendo-se necessária a comprovação do prejuízo sofrido.

O tema já foi objeto de debate na esfera cível e “*sem embargo da iminente revogação do art. 132 do CPC, as ressalvas à aplicação da identidade física do juiz nele inseridas continuam plenamente válidas, porquanto, em todas elas, há cessação da competência do magistrado para o julgamento dos feitos por ele anteriormente instruídos*” (Renato Brasileiro de Lima. Manual de Processo Penal. 4. ed. JusPodivm, 2016, p. 636).

No caso em análise, o apelante limitou-se a alegar a existência de nulidade, deixando de apresentar qualquer elemento processual que o conduzisse a esse raciocínio.

Nesse cenário, tenho que a aventada nulidade não se sustenta.

A propósito, colhem-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ARTS. 171, § 3º, EM CONTINUIDADE DELITIVA, E 288, AMBOS DO CP. INTERROGATÓRIO REALIZADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.719/2008. [...] **VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO CARACTERIZAÇÃO.** RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Para a declaração da nulidade no processo penal é preciso, antes de discutir o princípio do prejuízo, indicar a realização de ato em desconformidade com o modelo legal vigente. [...] 3. O princípio da identidade física do juiz não pode ser interpretado de maneira absoluta e admite exceções que devem ser verificadas caso a caso, à vista, por exemplo, de promoção, remoção, convocação ou outras hipóteses de afastamento justificado do magistrado que presidiu a instrução criminal. 4. A instrução criminal foi presidida por vários juízos, haja vista a depreciação de cartas precatórias, e a mitigação do princípio da identidade física do juiz foi justificada pela remoção da titular da Vara Federal, que perdeu a competência para proferir sentença, o que impede a declaração de nulidade do processo e a determinação de novo julgamento

da ação penal. Precedentes. 5. Recurso ordinário não provido. (RHC 78.603/MS, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 15/08/2017 – grifou-se).

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA PRONÚNCIA POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. DECISÃO PROFERIDA POR JUIZ SUBSTITUTO, DESIGNADO PARA AUXÍLIO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO RÉU. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] 3. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o princípio da identidade física do juiz não possui caráter absoluto, devendo, em sua aplicação, ser conjugado com outros princípios do ordenamento jurídico, como, por exemplo, o princípio pas de nullité sans griet. Destarte, se não ficar caracterizado nenhum prejuízo às partes, sobretudo no pertinente aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não é viável reconhecer-se a nulidade da decisão por ter sido prolatado por julgador que não presidiu a instrução do feito. 4. Nos termos do pacífico entendimento desta Corte Superior, o Processo Penal é regido pelo princípio do pas de nullité sans griet e, por consectário, o reconhecimento de nulidade, ainda que absoluta, exige a demonstração do prejuízo (CPP, art. 563), o que não ocorreu no caso em tela. 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 331.662/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 15/12/2016)

RECURSO ESPECIAL. [...] ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. [...] RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 2. A jurisprudência desta Corte Superior entende que o princípio da identidade física do juiz não é absoluto e pode ser mitigado pelas hipóteses previstas no art. 132 do anterior Código de Processo Civil. Em se tratando de nulidade relativa, necessária para o seu reconhecimento a demonstração de prejuízo pela parte, situação que, segundo o Tribunal estadual, não ocorreu nos autos. 3. Não há que se falar em nulidade do feito quando, após o encerramento da instrução, o processo foi deslocado para vara especializada. 4. Não se admite, no ordenamento jurídico pátrio, a prolação de um decreto condenatório fundamentado exclusivamente em elementos informativos

colhidos durante o inquérito policial. O juiz pode deles se utilizar para reforçar seu convencimento, desde que corroborados por provas produzidas durante a instrução processual ou desde que essas provas sejam repetidas em juízo. [...] (REsp 1419615/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 27/09/2016 – grifou-se).

Seguindo o mesmo posicionamento, este Tribunal decidiu recentemente:

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A, § 1º, C/C O 14, II). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. [...] 3. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (CPP, ART. 399, § 2º). PREVISÃO NÃO ABSOLUTA. JUIZ PRESIDENTE DA AUDIÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO. PRAZO PARA SENTENÇA IMPRÓPRIO [...] 3. O princípio da identidade física do juiz é relativizado na hipótese de substituição do magistrado que presidiu a instrução, não desnaturando esta hipótese o fato de que os autos estavam conclusos para sentença antes da designação, uma vez que o prazo para prolação do veredito é impróprio e seu descumprimento não acarreta a nulidade do feito. [...] RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (Apelação Criminal n. 0005031-16.2012.8.24.0073, de Timbó, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 05-09-2017 – grifou-se).

Deste modo, afasta-se a prefacial, salientando-se, por oportuno, que a matéria aqui debatida, em especial o art. 399, §2º, do Código de Processo Penal, já encontra-se prequestionada com a apreciação da tese ventilada no recurso.

1.1.5. Da Nulidade por cerceamento de defesa ante o indeferimento da realização de exame pericial nas gravações telefônicas arguida pela defesa de André Ricardo dos Santos.

É pacífico o entendimento deste Tribunal acerca da prescindibilidade de realização de perícia para validação de interceptação telefônica ante a ausência de previsão legal neste sentido anotada na Lei n. 9.296/96.

Senão vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS INTERESTADUAL, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO, RECEPÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ARTS. 33, CAPUT, E 35, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO V, TODOS DA LEI N. 11.343/06, ART. 14 DA LEI N. 10.826/03 E ARTS. 180 E 311, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINARES. [...] ALEGADOS VÍCIOS NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. [...] DESNECESSIDADE, DE IGUAL MODO, DE LAUDO PERICIAL PARA IDENTIFICAÇÃO DA VOZ E DE TRANSCRIÇÃO DA TOTALIDADE DAS CONVERSAS GRAVADAS. AUSÊNCIA DE NULIDADES. PREFACIAIS AFASTADAS. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. [...] 4. É remansoso o entendimento jurisprudencial de que a validade da interceptação telefônica independe de qualquer perícia de voz, tendo em vista que tal exigência não é prevista pela legislação pertinente (Lei n. 9.296/96). 5. É dispensável a transcrição na íntegra de todos os diálogos existentes na interceptação telefônica, devendo constar dos autos apenas aquelas conversas pertinentes, que digam respeito ao ato criminoso objeto da investigação. [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0015549-86.2011.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 05-10-2017).

Do corpo do acórdão acima descrito colhe-se:

É remansoso o entendimento jurisprudencial de que a validade da interceptação telefônica independe de qualquer perícia de voz, tendo em vista que tal exigência não é prevista pela legislação pertinente (Lei n. 9.296/96), sendo plenamente possível que os policiais responsáveis pela investigação realizem a gravação, a teor do que dispõe o art. 6º da referida lei).

Ademais, os presentes autos elucidam associação especializada no tráfico de entorpecentes, contando com ampla investigação e caderno de provas robusto, sendo que a aferição da identificação dos envolvidos resulta do árduo trabalho policial após realização de diversas diligências e

oitiva de inúmeras horas de áudio interceptado, sendo que estes relatam de forma harmoniosa e clara a distinção de cada agente e sua função na associação, malgrado a utilização de apelidos pelo bando.

Acerca do assunto:

Apesar da negativa do acusado, pode-se confirmar por outras formas que as conversas captadas foram por ele mantidas, como, por exemplo, por meio de diligências concomitantes à interceptação em que se busca a identificação do interlocutor, seja pela obtenção dos dados e registros cadastrais, seja por meio de serviço de inteligência que consegue identificá-lo pelo apelido, pela forma como ele chama outras pessoas de seu convívio que surgem nas escutas telefônicas, pelo lugar que frequenta ou até mesmo pela apreensão do aparelho telefônico na posse do investigado. Enfim, seja qual for a diligência realizada, se por outra forma puder ser confirmado que o investigado de fato era o interlocutor das conversas captadas, a perícia de voz torna-se absolutamente desnecessária (Ana Brasil Rocha, Crime Organizado. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 338/339).

Do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. QUADRILHA. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E CONSUMADO. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INEXISTÊNCIA DE LAUDO PERICIAL DAS DEGRAVAÇÕES COMPROVANDO A AUTORIA DOS CRIMES. PROVA QUE PODE SER FEITA MEDIANTE OUTROS MEIOS, BEM COMO ATÉ O JULGAMENTO DO ACUSADO. A estreita via do habeas corpus, carente de dilação probatória, não comporta o exame de questões que demandem o profundo revolvimento do conjunto fático-probatório colhido nos autos do inquérito policial instaurado contra o recorrente, bem como da ação penal que o seguiu. Precedentes. Evidenciando-se que a tese de falta de justa causa para a persecução penal do recorrente em juízo demanda o aprofundado exame de provas, porquanto não demonstrada cabal e inequivocamente pelos elementos de convicção



colacionados aos autos, mostra-se inviável seu acolhimento por meio da via eleita. O laudo pericial das gravações das interceptações telefônicas não é a única prova apta a comprovar a autoria dos delitos atribuídos ao paciente, podendo outros meios de prova demonstrá-la. Precedentes. A prova pericial pode ser juntada aos autos até o julgamento do acusado, motivo pelo qual sua ausência não é circunstância capaz de justificar a anulação da pronúncia. Precedentes. (HC 110.625/PR, Rel. Ministra JANE SILVA (Des. Convocado TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 06/02/2009 – grifo nosso).

Por estas razões, entende-se como prescindível a realização de perícia nas interceptações telefônicas ante a ausência de previsão legal neste sentido, salientando que, *in casu*, a autoria delitiva deriva de amplo caderno probatório.

Tecidos estes comentários, conclui-se pela improcedência de todas as preliminares deduzidas, passando-se a análise do mérito.

## 1.2. Mérito.

Inicialmente, levando-se em consideração o até então exposto, vislumbra-se que os presentes autos buscam apurar a prática delitiva de diversos agentes, supostamente integrantes de organização criminosa denominada “Primeiro Grupo Catarinense” ou “PGC”.

Visando apresentar o contexto da operação, transcrevo a seguir parte do voto do Excelentíssimo Desembargador Sérgio Rizelo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0005797-85.2014.8.24.0045, por tratar com distinta propriedade o assunto relacionado ao grupo denominado “PGC”, angariando elementos históricos que serão relevantes para o presente julgamento:

[...] A facção criminosa foi fundada em 3.3.03, por detentos que estavam presos na ala de segurança máxima da Penitenciária desta Capital, com o objetivo primevo de obter melhorias e condições mais favoráveis aos reclusos. Em 30.5.03 os presos de alta periculosidade do Estado foram transferidos para a Penitenciária de São Pedro de

Alcântara, quando se agruparam e formaram o órgão de cúpula da organização criminosa, denominado Ministério, passando a difundir suas ideias aos interessados. Para formalizar e esclarecer o propósito da facção, elaboraram um “estatuto” com noções gerais sobre a estrutura da “irmandade”, seus objetivos e a forma como as ordens seriam difundidas dentro e fora das prisões, pois, com o progressivo desenvolvimento da *societas criminis*, seu raio de atuação suplantou o interior dos presídios, estendendo-se extramuros. Um dos primeiros procedimentos criminais instaurado para desarticular a organização criminosa foi deflagrado na 3ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau (autos 0001206-31.2013.8.24.0008, número antigo: 008.13.001206-5) e resultou na condenação de diversos integrantes do chamado Primeiro Ministério do PGC, sendo os apontados líderes do grupo criminoso transferidos para Penitenciárias Federais, fato que teria modificado seu Segundo Conselho e estabelecido/reafirmado o requisito de que os detentores desta patente deveriam estar, necessariamente, detidos na Penitenciária de São Pedro de Alcântara, chamados por eles de “Torre”. A sentença condenatória, proferida pela Doutora Juíza de Direito Jussara Schittler dos Santos Wandscheer, foi mantida por este Tribunal de Justiça no julgamento da paradigmática Apelação Criminal 2014.091769-8, de relatoria da Excelentíssima Desembargadora Marli Mosimann Vargas, e que contou com a participação e voto dos Excelentíssimos Desembargadores Paulo Roberto Sartorato e Luiz César Schweitzer, momento em que a facção ilícita foi formalmente reconhecida, entretantes sua existência já fosse pública e notória em razão das ondas de violência em massa que afetaram o Estado Catarinense a partir do ano de 2011, como amplamente noticiado pelos meios de comunicação do país. Em períodos previamente ajustados, foram lançadas ordens para ataques contra o Estado, seus agentes e o patrimônio público, sobretudo contra veículos de transporte coletivo, causando transtornos e impondo terror em toda a sociedade catarinense. Por intermédio de suas lideranças (1º e 2º Ministérios), o PGC emitiu comandos (conhecidos por “salve”) com o intuito de implantar o caos social, por meio da execução de atos criminosos atentatórios à ordem pública e à segurança das instituições constituídas, além de atingir os agentes das forças de segurança, na intenção de enfraquecer a soberania e o Estado Democrático de Direito. Em uma estimativa de cinco períodos distintos (1ª onda: abril e maio de 2011; 2ª onda: novembro de 2012;

3ª onda: janeiro a fevereiro de 2013; 4ª onda: maio de 2013; e 5ª onda: setembro a outubro de 2014), ônibus e veículos particulares foram incinerados, repartições policiais, do sistema prisional e de outros órgãos públicos, especialmente de segurança, atingidas com artefatos explosivos e disparos de arma de fogo, assim como residências de policiais e agentes penitenciários tornaram-se alvo de tiros, culminando a selvageria com a morte, em Criciúma, de um agente penitenciário aposentado, em 29.9.14. Em cada onda de violência, vários atos de vandalismo e de dano ao patrimônio público foram registrados em diversos Municípios do Estado, como Florianópolis, Palhoça e São José, além de Joinville, Tubarão, Itajaí, Lages, Blumenau, Camboriú, Criciúma, Porto Belo, Guarimirim, São Francisco do Sul, Luis Alves, Itapema, entre outros. Ante as apurações ocorridas, as principais lideranças foram transferidas e espalhadas pelo Sistema Prisional Federal, especialmente em Mossoró/RN e Porto Velho/RO, e vários integrantes da sociedade delituosa foram responsabilizados individualmente. Como um de seus Ministérios (Segundo), composto pelos denominados “Conselheiros”, porém, é necessariamente formado apenas por presos recolhidos na Penitenciária de São Pedro de Alcântara (SPA), a facção mantém-se ativa. Na hipótese, trata-se justamente da identificação e responsabilização criminal de componentes dessa organização criminosa, denominada Primeiro Grupo Catarinense (PGC). Da peça inaugural, verifica-se que a prática criminosa imputada aos Acusados Douglas Santos da Rosa, de apelido Negão, e Rafael Maran de Souza, popularmente conhecido por Batata, é definida na Lei 12.850/13 [...] (grifei).

Na ação penal objeto dos presentes apelos apurou-se a identificação e envolvimento de 11 (onze) indivíduos com a organização criminosa denominada Primeiro Grupo Catarinense.

1.2.1. Da inexistência de autoria e materialidade delitivas em relação aos réus David Machado de Souza, vulgo “Curita” e “Zidane”, Jonildo Souza dos Santos, vulgo “Bugio” e Joilson Bento de Arruda, vulgo “Gordo”.

Narra a denúncia que o acusado David Machado de Souza, durante o mês de novembro de 2012, em associação com uma pessoa identificada

como Larissa e outras, teria vendido e fornecido drogas na cidade de Blumenau, além de ter se associado a mais de três pessoas para o fim de cometer crimes dolosos no estado.

Ainda segundo a inicial acusatória o acusado Joilson Bento de Arruda, por telefone celular, do interior do Presídio, também durante o mês de novembro de 2012, teria emanado ordens de ataques e articulado a venda e fornecimento de drogas na cidade de Blumenau, em associação com pessoa identificada de Gaúcho e outros.

Já o denunciado Jonildo Souza dos Santos, em associação com outros dois integrantes da organização criminosa identificados como André Ricardo dos Santos e Rafael de Oliveira, vendeu e forneceu drogas na cidade de Blumenau e Florianópolis, no decorrer do mês de novembro de 2012, tendo ainda se associado para o fim de cometerem crimes dolosos.

Em depoimento na fase judicial, o Delegado de Polícia da Divisão de Investigação Criminal Dr. Ronnie Reis Esteves, responsável pelas investigações relatou, em síntese:

[...] Que a investigação teve início com a prisão de Ander e Sara (1'37" e 13'32"); que fizeram o flagrante e apreenderam um aparelho celular (2'03"); a partir daí iniciaram uma investigação com base no telefone dos interlocutores e identificaram que a maioria dos telefones era oriunda do presídio (2'25"); que identificaram os agentes e perceberam que de dentro do estabelecimento prisional os acusados estavam exercendo o tráfico de drogas em associação (3'18"); que confirma o teor dos relatórios de investigação (3'40"); que o grupo se dividia em grupos (4'55"); que em uma oportunidade abordaram duas pessoas, sendo que uma delas estava sendo monitorada por interceptação telefônica, no caso era o David (4'58"); que David recrutou um menino de nome Bruno Luiz Lemes para o tráfico de drogas na rua Pedro Krauss e para que se filiasse à facção PGC (5'40"); que o acusado estava associado aos corrêus Ander e Sara (20'31"); que confirma que o inquérito foi instaurado em 2012 e visava apurar os fatos relatados na denúncia (21'55") [...] (depoimento

audiovisual de fls. 519 – terceiro volume).

No mesmo sentido, foram as declarações do Policial Civil Gabriel Leite Amaral, em juízo:

[...] Que David Machado, vulgo “Curita”, “Zidane” e Padrinho, pegava entorpecente para venda com o acusado Valdeci, vulgo “Petti” (8’36”); que David, mesmo do interior do Presídio dava suporte e comandava o tráfico de entorpecentes na região, inclusive contratando um rapaz de nome Bruno para vender entorpecente na rua Pedro Krauss (8’53”); que o rapaz seria um funcionário de David (9’49”); que todas as abordagens ocorreram em razão da investigação (32’16”); que David estava aliciando uma garota de nome Larissa para vender drogas na cidade de Blumenau; que David explicava acerca das diferenças geográficas das cidades de Florianópolis, Blumenau e São Paulo, afirmando possíveis pontos de fuga para realização dos atentados (36’53”); que ele usou a expressão “pau no gato” que seria atentados contra agentes penitenciários e policiais (37’00”); que o réu seria um mentor intelectual do grupo (39’04”) [...] (depoimento audiovisual de fls. 572 e 632 – terceiro volume).

No que toca aos trechos da extensa interceptação telefônica efetuada, com relação ao acusado David Machado de Souza, vulgo “Curita”, pode-se destacar:

Mensagem enviada do n. 479195-8120 (utilizado por Curita) para o n. 4799354971 (utilizado por Larissa), no dia 09/11/2012: “Se precisar mais, não precisa de dinheiro, pode manda mensagem pedindo quanto você quer que eu levo irmão, e farelo foi so essa remessa, e por isso que eu mandei bastante, nas próximas não vai ter farelo, ok.” (fls. 36/37 dos autos n. 008.13.004213-4);

Mensagem enviada do n. 479195-8120 (utilizado por Curita) para o n. 479204040, no dia 09/11/2012: “10 reais e 45 centavos por 3 papel. Nem os 12 reais que vc falo que tinha tava certo, já vo antecipa, o bagulho acabo hj, so chega amanhã ok, leiam as msgs e apaga fazendo um favor.” (fls. 37/38 dos autos n. 008.13.004213-4);

Mensagem enviada do n. 479195-8120 (utilizado por Curita) para o n. 474792044121 (utilizado por Sidi), no dia 09/11/2012: “Eu vou precisar de um favor importantissimo seu, mais tem que ser hj a tarde, sei que ta chovendo mais eu precisava que voc fosse busca a larissa la em ilhota hj pra mim, importantissimo, la vai começa arrepiar na romario pra mim hj a noite na fiel, e ela não aguenta mais fica la tb, todas as roupas dela estão na tati, so to por vc fiel. “(fls. 39/40 dos autos n. 008.13.004213-4);

Mensagem enviada do n. 479195-8120 (utilizado por Curita) para o n. 4799354971 (utilizado por Larissa), no dia 09/11/2012: “O mano que vc vai fica na casa dele ta indo te busca ok, eu já vo faze o corre de uma pedra hj pra vc trampa, ao vc vai na tati amanha a tarde os, hj a noite ar a,mja de meio dia corre firmeza, então me diz um ponto de referencia que o mano tem i ai na geral, por que ele so conhece a geral ai de i.” (fls. 41/42 dos autos n. 008.13.004213-4);

Mensagem enviada do n. 479195-8120 (utilizado por Curita) para o n. 4799354971 (utilizado por Larissa), no dia 09/11/2012: “Saudações meu nobre irmão o salve q veio da selva de pedra q os manos que estão no mundão comessa a derruba esses verme na rua q os mano que se encontra em s.p.a estão sofrendo a maior covardia no + so queria deicha sevo siente das ideias (fls. 40/41 dos autos n. 008.13.004213-4);

Mensagem enviada do n. 479195-8120 (utilizado por Curita) para o n. 4791958120, no dia 09/11/2012: “Eu preciso de 50g de dura ainda hj aqui em casa, no dinherinho, naquele 12 pila, e se já tiv em mãos aquele 20g de neve da pra traze junto, mais se go claro n fiel, so to pelo teu retorno pelo menos na dura irmaozinho, preciso muito pra hj”. (fl. 43 dos autos n. 008.13.004213-4);

[...] Curita: Pelo o que eu sei o cadastro de Blumenau e região da mais de duzentos irmão né?

Homem preso: É.

Curita: Só que a gente só vê na rua dois três que consegue falar, dois três só de vez em quando e o resto some né?

Homem preso: Aham.

Curita: Então o que acontece, daquela forma, quando o bagulho é organizado a gente fala em organização o estado inteiro certo?

Homem preso: certo.

Curita: Então pega o mano que ta na linha contigo aqui né e fala assim o teu parceiro, o teu irmaozão aqui ô vai lá e “pa” e “bum. Irmão não tenho um pau pra acertar o gato, ta ligado?

Homem preso: Aham.

[...]

Curita: A fita é o seguinte irmaozão, vou falar na linha memo. A fita é parar todos bondi. E não só aqui negão, em tudo que é lugar. (inaudível) parar tudo, fazer queimar ônibus. E é o seguinte fazer o diabo a quatro no bagulho mano.

Homem preso: Pois é, foi o que eu tava dando a ideia pro mano agora ali né.

Curita: Isso, pra dos fazer. Negão eu posso ser sincero? Vou ser sincero. Queima um queima dois, dá um tirinho aqui um ali. Só que você que tão aó nesse sofrimento vão, vão acabar passando mais sofrimento ainda entendeu?

Homem preso: (inaudível)

Curita: Porque não vai adiantar nada. Eles vão vim com tudo pra cima de vocês, certo? Não vai adiantar nada irmão. So que se faz isso geral, geral, pode ter certez que alguma coisa vai mudar?

Homem preso: Claro pô.

[...]

Curita: Porque a fita é o seguinte, tem que ir pra ganhar, de que forma (inaudível) vê onde que tá, chega no sapato, baixar e já era.

Homem preso: É verdade.

Curita: E esse prédio (presídio) é o seguinte se ficar meio que por perto os verme enquadra ale entendeu?

Homem preso: Entendeu.

Curita: Então tem que ser uns menorzão que vai ficar numa lanchonetinha e lanchonetinha é só lá na frente, tem que ter uma forma de ver a hora que “pa”, tupo um bondezinho por exemplo tipo assim ah vai ter um (inaudível) ah vai ter uma toxicológico, umas fitinha assim que o irmão já sabe, tal di vai ser né?

Homem preso: Aham.

Curita: Certo? Mas daí os irmão (inaudível) os cara chegar e estourar os verme tem muitos que vão pensar, olha só isso pode, acontecer negão. Não fechou, ficrmeza total (inaudível) soltar os mano também né?

Homem preso: Aham.

Curita: Sóque vai apertar dois homicídios prós irmão que a gente soltou... (auto de transcrição de fls. 203/206 dos autos n. 008.12.022407-8).

Em leitura das fls. 36/64 contam diversas mensagens trocadas entre o apelante David – Curita – com Larissa acerca do transporte desta até a cidade de Blumenau, aquisição de entorpecentes em maior quantidade, proporções para fracionamento e embalagem da droga, apontamento do local específico para que Larissa efetue o comércio dos entorpecentes já fracionado, divisão dos valores auferidos com o tráfico de drogas. Ainda, existem mensagens trocadas entre David e Everson Denzer para entrega em valores relacionados ao tráfico – veja-se a mensagem interceptada de fl. 182.

O também acusado Everson Denzer relatou na fase inquisitiva:

[...] que conheceu CURITA no ano passado, 2012, quando ele saiu da cadeia; que CURITA foi apresentado por um amigo e logo foi intimando o interrogado para juntos venderem droga; que no começo vendia MACONHA e logo em seguida passou a vender CRACK; que de cada 3 pedras de CRACK vendidas o interrogado ficava com uma; que por saber que CURITA tinha uma ligação coma a facção criminosa PGC, bem como ANDER, pediu para que aquele intercedesse junto ao ANDER para que nada acontecesse com sua pessoa nem mesmo para coma alguém de sua família; [...] que sabe que PETI, CURITA e ANDER são filiados



a facção criminosa PGC [...] que logo depois do atentado ao ônibus em Novembro de 2012, o qual afirma não ter participado, ficou sabendo da participação de DIEGO, MURILO e FERNANDO nos referidos atentados (fls. 271/273 – segundo volume);

É bem verdade que em juízo, o acusado tenha alterado suas declarações, negando todo o transcrito acima, porém suas declarações na fase inquisitiva servem como elemento probatório para corroborar o caderno probatório, a rigor do art. 155 do Código de Processo Penal.

Com relação ao acusado Jonildo Souza dos Santos, vulgo “Bugio”, da interceptação telefônica de fls. 101 e 111 dos autos n. 008.13.004213-4, pode-se destacar:

[...] Chocolate: O mais o. O que tu ta precisando tudo ai?

Bugio: To precisando do do. Na real é o seguinte que vai chegar essa remessa aí, tu pega e passa certinho pra mim como é que nos tamo, tá ligado bruxo?

Chocolate: Tamo em 730.

Bugio: Ta com essa remessa que veio?

Chocolate: É não, com tudo. Fora essa que vou te mandar hoje. Fora o verde (maconha) né? Fora o verdade (maconha) né?

Bugio: É”.

[...]

Chocolate: Tá mas ó, O que que tem na tua mão aí, tá ligado? Eu acho que o cara ali não vai, não vai pegar ale as cinquenta. Mas aí, meu mas aí da pra ti ur fazendo aí.

Bugio: Não não, fica não.

Chocolate: só de verde. De verde por baixo dá pra ti fazer uns dois mil, por baixo.

Bugio: Sim.

Chocolate: Daí tu me dá mil e já sobra mil pra ti. Fora a radu

(dura-crack) ali que dá pra fazer mais uns dois conto e meio né. E o pozinho aí também né?

Bugio: É.

Chocolate: Dá pra ti fazer uns quatro cinco mil aí pagando isso daí e ainda sobra um dinheiro pra ti ainda.

Bugio: Sim. Com certeza nos vamos acertar isso aí.

Chocolate: É. Vamo, mas eu to precisando de ti, vamo”

Bugio: Não não firmeza irmão. Não, fica tranquilo que é isso daí memo.[...]

Das declarações Policial Civil Gabriel na fase inquisitiva:

[...] Jonildo Souza dos Santos, vulgo “Bugio” era um traficante que atuava na região da Escola Agrícola, no moro dos Coripós em Blumenau, e um dos “funcionários de Chokito – também conhecido como “Chocolate” (11’27”) – sendo este o fornecedor de drogas daquele (12’15”). Em algumas interceptações “Chokito” demonstra preocupação nas desavenças de “Bugio” com outros traficantes (12’33”). Bugio fazia as vendas para Chokito e recebia sua porcentagem em troca (13’48”). (depoimento audiovisual de fls. 519 – terceiro volume).

Com relação ao acusado Joilson Bento de Arruda, vulgo “Gordo”, das mensagens interceptadas de fls. 141/149 do primeiro volume, pode-se destacar:

Mensagem enviada do n. 4792875986 (utilizado por Joilson) para o n. 4791778671 (utilizado por Gaúcho), no dia 19/11/2012: “Tem umas 200 kamiza verde ma não clasia a! So que so vem de 200 para sima ! O falor de 450 reais cada ! E so avista o funsionario do chiru já ta ai Mo estado ! E a kamiza branka a bacho para 15nil kada So que a topi ! Mais tem ar a 11 mil so que não topi camiza branla ! E a marelinha 6 mil ! Já ta tudo na não ! Se vc emteresa so a fista ! Para mois ganha uma moeda eu já to ti passando com preso que a jente já ta ganhanto Ensima”. (fl. 141 – primeiro volume);

Mensagem enviada do n. 4791778671 (utilizado por Gaúcho) para o n. 4792875686 (utilizado por Joílson), no dia 20/11/2012: “mano que 5 pesa de verde”. (fl. 146 – primeiro volume);

Mensagem enviada do n. 4792875986 (utilizado por Joílson) para o n. 4791778671 (utilizado por Gaúcho), no dia 20/11/2012: “Do verdi eu não tenho Agora ! Ta vindo para vc 10 camiseta do brasil ! e 2 peita branca ! Vc tem que aruma auquen de confiansa para kia o mano ananha firmesa já ta na taspi ! Do verdi eu já pesi para dese sexta feira ! Eu faso na anarela ou na branka ! Se não ele lansa que sábado vai chega ! Se ele kise”. (fl. 147 – primeiro volume);

Mensagem enviada do n. 4792875986 (utilizado por Joílson) para o n. 4791778671 (utilizado por Gaúcho), no dia 21/11/2012: “Oferece pra ele 250 grams da amarelinha ! Eu já quero na nda esa carange para sima quinta pra volta sábado ! Com 100 peita verdi ! Emtendeu ! Ou na Kamiza branka tanbem da”. (fl. 148 – primeiro volume);

Mensagem enviada do n. 4792875986 (utilizado por Joílson) para o n. 479177-8671 (utilizado por Gaúcho), no dia 21/11/2012: “A Amarelinha ta bom o preso so que so tem na pesa pika do na tem ! E o verdinho tem que asima 450 reais ! A brankinha asima de 14 ! Eles são foda eles”. (fl. 149 – primeiro volume);

Mensagem enviada do n. 4792875986 (utilizado por Joílson) para o n. 479177-8671 (utilizado por Gaúcho), no dia 21/11/2012: “Br 47 quelometro 62 prosimo motel matinho ligar 91858980 falar com luana ela var tala pegar 1 amarelinha por 8mi”. (fl. 161 – primeiro volume);

As conversas acerca da narcotraficância também se estenderam ao réu André Ricardo dos Santos, vulgo “Chocolate”, veja-se:

Mensagem enviada do n. 4792875986 (utilizado por Joílson) para o n. 4792162274 (utilizado por Chocolate), no dia 21/11/2012: “Eu to com um popleminha na pista ! Tem parera que não ta pasando so no melhor momento para pasa eu não quero ariska para não perde ! Mais podi ter serteza que esa noite chega at vc ! Ese cori vai para sima da hora poriso que tamo com um pouco de dificuldade so que o nano tem esperiemsia não falha”. (fl. 149 – primeiro volume);

Em resumo, às fls. 141/160 constam diversas mensagens trocadas entre o apelante Joilson, chamado de “Gordo”, com o agente denominado “Gaúcho”, posteriormente identificado como André Bessauer (depoimento audiovisual do Delegado de Polícia Dr. Ronnie Reis Esteves de fl. 519 - 17’26” - 17’50”).

Nas mensagens Joilson negocia com Gaúcho a venda, armazenamento e entrega de entorpecentes, assim como os valores para pagamento de cada carregamento, também tratavam de carros para serem utilizados nos transportes de drogas.

Ora, em análise dos elementos probatórios constantes nos autos, em especial os acima citados, fica evidente a associação criminosa de caráter permanente existente entre os acusados David Machado de Souza, vulgo “Curita” e “Zidane”, Jonildo Souza dos Santos, vulgo “Bugio” e Joilson Bento de Arruda, vulgo “Gordo” com outros agentes para efetivação do tráfico de entorpecentes.

A Lei n. 11.343/06 positiva:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Acerca do crime em comento, Renato Brasileiro de Lima:

Pode-se conceituar o crime do art. 35, *caput*, como a associação estável e permanente de duas ou mais pessoas com o fim de praticar por uma única vez, ou por várias vezes, qualquer dos crimes previstos nos art. 33, caput e §1º, e 34, da Lei de Drogas (Legislação Criminal Especial Comentada. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 769).

O caráter estável e o objetivo da associação também restaram comprovados uma vez que em todas as mensagens e conversas interceptadas tem estreita ligação com o comércio de entorpecentes de forma habitual.

Vale ressaltar que para configuração do crime em comento não se faz necessária a apreensão de entorpecente, instrumentos ou objetos relacionados a narcotraficância, sobretudo quando os dados e diálogos interceptados por conclusão lógica comprovam o tráfico de drogas exercido pelo grupo.

A causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inc. III, da legislação em comento está configurada com relação aos réus David Machado de Souza, vulgo “Curita” e Joilson Bento de Arruda, vulgo “Gordo”, isto, pois, a prova obtida por intermédio das interceptações telefônicas descrita nos relatórios de investigações de fls. 19/24 – primeiro volume - e 5/67 dos autos n. 008.13.004213-4, confirmada pelas declarações das testemunhas Delegado de Polícia Civil Ronnie Reis Esteves e Agente de Polícia Gabriel Leite do Amaral, demonstram que estes estavam segregados à época dos fatos (depoimentos audiovisuais de fl. 519 – terceiro volume).

Já com relação ao acusado Jonildo Souza dos Santos, vulgo “Bugio”, não se vislumbra hipótese de aplicação da causa de aumento acima descrita, uma vez que inexistem provas de que o réu estivesse preso ou mantido contato com agente segregado, fato devidamente considerado na sentença condenatória (fl. 833)..

Deste modo, foram colhidos elementos suficientes para condenação dos réus David Machado de Souza, Jonildo Souza dos Santos e Joilson Bento de Arruda nas sanções do art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/06, sendo inviável a aplicação do art. 386, inc. V, do Código de Processo Penal.

1.2.2. Da absolvição do crime de tráfico de drogas e da desclassificação para o delito previsto no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/06, apresentada pelo réu André Ricardo dos Santos.

A materialidade do delito está comprovada através do boletim de ocorrência de fls. 3/4, auto de exibição e apreensão de fl. 05, laudo de constatação provisório de fl. 08, auto de transcrição de gravação de áudio de fls. 42, 43, 44, 46, 47, 48/49, 22/223, 224, 225/226, 227, 228,229,231, 232, 233, 234, 236, 237/239, 240, 241, 142/243 e 245 (autos n. 008.13.005576-7, pelos documentos que compõem o auto de prisão em flagrante de fls. 02/21 dos autos n. 008.13.004762-4, além da prova oral colhida.

A autoria resta demonstrada por meio dos elementos probatórios colhidos ao longo do processo, em especial pela prova oral. Senão vejamos.

Quando interrogado pela autoridade policial, o apelante afirmou:

[...] Que o interrogando afirma que é conhecido pela alcunha de “CHOCOLATE”; que ao ser indagado desde quando o interrogado vende droga, este respondeu que desde Novembro de 2012; que afirma o interrogando que inicialmente vendia droga na Rua Coripós; que adquiria a droga na COAB e que inicialmente pegava 100gr. De CRACK e vendia na Rua Coripós as pedras fracionadas em 5g e 10g; que o interrogando afirma que ficou traficando sozinho durante um mês ocasião em que se associou a “BUGIO” e fornecia a droga para ele o qual revendia para o interrogando; que ao ser indagado se atuava com mais alguém além de BUGIO na Rua Coripós o interrogado disse que não; que ao ser indagado se conhece a pessoa de LUIZ FERNANDO da Rua Coripós o interrogado disse que sim e afirmou que vendeu droga para ele umas 4 vezes e que LUIZ FERNANDO pegou 10gramas de CRACK cada vez que procurava o interrogando; [...] que o interrogando afirma que, além de fazer o corre na “PISTA” (IR PARA A RUA VENDER DROGA), também atendia pelo “DISK ENTREGA” que o interrogando afirma que após o dia 21 de dezembro, foi para Itajubá, litoral de Santa Catarina;

que mesmo em Itajubá, o interrogando atendia usuários e traficantes em Blumenau; [...] que o interrogado somente vendia “na grama” e que não atendia vendendo droga “picado”; que ao ser indagado se abastecia os traficantes desta Comarca o interrogado respondeu que sim e disse que, quando acabava a droga eles ligavam para ele e “abasteciam o estoque”, comprando na grama; que o interrogando afirma que vinha a Blumenau em média uma vez por semana para abastecer os traficantes porém, neste ano, o interrogado ficou com medo de ser preso e passou a passar a droga para BUGIO o qual ficou encarregado de abastecer outros traficantes desta Comarca; que como o interrogando vendia droga na grama, ele conseguia abastecer usuários e traficantes; [...] que nesta data, 26/02/2013., policiais civis foram até a casa do interrogando, ocasião em que ele não estava; que na casa estava apenas sua esposa Mônica e a amiga ROSANGELA; que o interrogando não estava em casa pois teria ido a São José pagar uma droga que ele teria adquirido de um tal de “BRUXO”, preso há 15 dias pela polícia; que dentro de um depósito, na parte externa da casa os policiais apreenderam uma bolsa contendo substância entorpecente; que quanto a droga apreendida no depósito, o interrogando afirma ser sua bem como ter adquirido o CRACK e a MACONHA do traficante BRUXO [...] que o interrogando afirma que a COCAÍNA e MACONHA eram para o seu consumo próprio, já que o interrogando afirma que so vendia CRACK [...] (fls. 16/17 dos autos apensos n. 008.13.004762-4).

A cônjuge do apelante Mônica Regina Vieira, também na fase inquisitiva relatou:

[...] Que a depoente mora na Rua Paulino André Borges, 396, Itajubá/SC, juntamente com ANDRÉ RICARDO DOS SANTOS, seu cônjuge, que nesta data, 26/02/2013, policiais civis estiveram em sua casa para cumprir o mandado de prisão em desfavor de ANDRÉ; [...] que a depoente autorizou a entrada dos policiais para aguardar a chegada de ANDRÉ; que como havia denúncia de que na residência poderia ter droga, a depoente acompanhou buscas na residência; que afirma que os policiais encontraram uma bolsa contendo droga e uma balança em um depósito localizado na parte externa da casa; que não sabia que no local havia droga escondida; que afirma que a droga apreendida pertence

ao seu marido ANDRÉ RICARDO DOS SANTOS; que não tem participação no tráfico de drogas pois apenas seu marido realizava a venda de entorpecentes [...] (fl. 12 dos autos apensos n. 008.13.004762-4).

A testemunha Rosângela Inez Rosa da Silva presente na residência do apelante no momento da abordagem policial relatou:

[...] QUE na data de hoje, a declarante estava na casa da MÔNICA quando Policiais Cíveis a chamaram para informar de um Mandado de Prisão contra ANDRÉ RICARDO DOS SANTOS; que MÔNICA autorizou a entrada dos policiais os quais, em busca pela residência encontraram uma bolsa com droga e uma balança de um depósito que fica na parte externa da casa [...] (fl. 14 dos autos apensos n. 008.13.004762-4).

O Policial Civil Elton Paulo Aneris na delegacia relatou:

[...] Que o depoente é Policial Civil lotado nesta Comarca e afirma que no dia 26/02/2013; foram até a casa de ANDRÉ RICARDO DOS SANTOS, vulgo “CHOCOLATE” [...] para cumprir mandado de prisão em desfavor de André; que ao chegarem no local, foram recebidos pela sua esposa MÔNICA REGINA VIEIRA, a qual informou que ANDRÉ não estava em casa; que após tomar conhecimento do motivo pelo qual os policiais e o depoente estavam em sua casa, MÔNICA franqueou o acesso para a entrada dos policiais em sua casa; [...] que MÔNICA autorizou que os policiais realizassem buscas em sua residência ocasião em que, em um depósito na parte externa da casa foi encontrado uma farta quantidade de substância entorpecente dentro de uma bolsa; que haviam substâncias análogas a CRACK, MACONHA e COCAÍNA; [...] que enquanto realizavam buscas ANDRÉ se apresentou, disse que a droga encontrada era dele e que o CRACK ele iria vender e que a MACONHA e a COCAÍNA eram para consumo próprio [...] (fls. 09/10 dos autos apensos n. 008.13.004762-4).

No mesmo sentido foram as declarações do Policial Civil Maurício Nunes dos Reis, veja-se o depoimento de fl. 11.

Na fase do contraditório, o apelante admitiu a imputação criminosa que lhe foi feita afirmando que vendia entorpecentes, notadamente Crack



desde novembro de 2012 (1'48'') e usava Cocaína e Maconha (2'15'') (interrogatório audiovisual de fl. 93 dos autos apensos n.008.13.004762-4).

Corroborando o desenrolar dos fatos o Policial Civil Elton Paulo Aneris afirmou em juízo:

[...] que foram cumprir mandado de prisão em desfavor de André (0'28''), que a esposa franqueou a entrada dos policiais na residência (0'50''), em buscas a residência localizou entorpecente (1'14''), posteriormente, André apareceu e assumiu a propriedade do entorpecente (1'25'') afirmando que o Crack era para venda, já a maconha e cocaína destinava-se exclusivamente para consumo próprio (1'30''). Afirmando, ainda, a apreensão de celulares e fita adesiva (1'45''), assim como o prévio conhecimento do envolvimento de André com o tráfico de drogas (2'05'') [...] (depoimento audiovisual de fl. 93).

Pois bem, sabe-se que o crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 é composto por dezoito verbos e a pratica de qualquer um destes configura o ilícito penal (Renato Brasileiro de Lima, Legislação Criminal Especial Comentada. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 739).

Assim, o agente que mantém em depósito, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, entorpecente visando a narcotraficância incorre nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

A pratica do crime em comento, conforme pode-se aferir inclusive dos verbos descritos no tipo penal, qualifica-se como crime permanente, uma vez que a consumação do ilícito se protraí no tempo, persistindo o estado de flagrância.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. RELAXAMENTO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. DELITOS INAFIANÇÁVEIS. ART. 5º, XLIII, DA CF. ORDEM DENEGADA. I - Os crimes de tráfico

de drogas e associação para o tráfico são de natureza permanente. O agente encontra-se em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. II - A vedação à liberdade provisória para o delito de tráfico de drogas advém da própria Constituição, a qual prevê a sua inafiançabilidade (art. 5º, XLIII). III - Ordem denegada.

*In casu*, conforme se verifica da prova oral colhida durante a instrução, após investigação policial prévia efetuada pela Divisão de Investigação Criminal de Blumenau nos autos n. 008.12.022407-8, apurou-se o possível envolvimento do apelante André e outros indivíduos no tráfico e associação para o tráfico de drogas na região – interceptações telefônicas já mencionadas outrora.

Em vista disso, em 22/02/2013 foi decretada a prisão preventiva dos acusados Ander Felipe Martins, Valdecir da Silva, David Machado de Souza, André Ricardo dos Santos, Joilson Bento de Arruda, Diego José Martins, Everson Denzer, Cristiano Ribeiro, Jonildo Souza dos Santos e Rafael de Oliveira (fls. 120/121 dos autos n. 008.13.004213-4).

No dia 26 de fevereiro de 2013, os policiais Elton Paulo Aneris e Maurício Nunes dos Reis, juntamente com o Delegado Ronnie Reis Esteves deslocaram-se até o paradeiro do apelante André Ricardo dos Santos visando cumprir o mandado acima descrito, oportunidade em que, após autorização, ingressaram na residência e localizaram, conforme auto de apreensão de fl. 05 e Laudo Pericial de fls. 52/54, ambos dos autos n. 008.13.004762-4:

Item 1 - 01 (uma) porção de substância branco-amarelada petrificada fragmentada, condicionada em embalagem de plástico incolor, apresentando massa bruta de 705,6 (setecentos e cinco gramas e seis decigramas);

Item 2 – 01 (uma) porção de erva prensada, acondicionada em embalagem de plástico incolor, apresentando a massa bruta de 76,5g (setenta e seis gramas e cinco decigramas);

Item 3 – 01 (uma) porção de pó branco, acondicionada em

embalagens de plástico azul, apresentando a massa bruta de 47,7g (quarenta e sete gramas e sete decigramas);

Item 4 – 01 (uma) balança da marca DIAMOND, apresentando resquícios de pó branco.

Em conclusão, o Perito Criminal Bioquímico asseverou:

1. A substância química Cocaína ou Éster Metílico de Benzoilecgonina na sua forma básica (base livre) conhecida vulgarmente como Crack, foi detectada no item 1; 2. A erva periciada, descrita no item 2, trata-se de *Cannabis Sativa*, substância vegetal da família *Cannabaceae*, conhecida vulgarmente como Maconha, apresentando o princípio ativo Tetrahidrocannabinol (THC); 3. A substância química Cocaína ou Éster Metílico de Benzoilecgonina na sua forma ácida (cloridrato) foi detectada nos itens 3 e 4.

Ainda, em resposta aos quesitos formulados, afirmou que as substâncias descritas nos itens 1 e 2 podem causar dependência física e/ou psíquica, tendo seu uso proibido em todo o Território Nacional estando enquadradas na Lista F1 (Lista das substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil) da Portaria n. 344 de 12/05/1998) e a descrita no Item 3 pode causar dependência física e/ou psíquica, tendo seu uso proibido em todo o Território Nacional, também de acordo com a Portaria n. 344, de 12/05/1998, estando enquadrada na Lista E (Lista de plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas).

Nesse cenário, concluo que o pleito de absolvição, além de não se alinhar ao conjunto probatório, encontra-se distante de qualquer raciocínio lógico, sobretudo, porque o acusado admitiu a narcotraficância nas duas oportunidades em que foi ouvido e os depoimentos dos agentes públicos responsáveis pela apreensão encontram-se uníssonos e coerentes com os depoimentos da cônjuge do apelante e testemunha presente no momento da abordagem.

Sabe-se que o depoimento dos agentes públicos possuem relevante valor probatório, em especial, quando colhidos em juízo.

Acerca do assunto, colhe-se dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

Especificamente, no tocante aos depoimentos de polícias, é necessário destacar que é viável, inclusive sob o compromisso de dizer a verdade, devendo o magistrado avaliá-lo com a cautela merecida. (Manual de processo penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 407).

O Superior Tribunal de Justiça, já se manifestou:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO COM BASE NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. [...] 2. O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso [...] (HC 165.561/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016 – grifo nosso).

Em sentido análogo esta Egrégia Corte decidiu:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA E CONTRA A LIBERDADE PESSOAL. TRÁFICO DE DROGAS E AMEAÇA À POLICIAL. ART. 33, “CAPUT”, DA LEI 11.343/06 E ART. 147, DO CP. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DE AMBOS OS CRIMES. TRÁFICO. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA COMERCIALIZAÇÃO DO ENTORPECENTE. POLICIAIS QUE RELATARAM TER ENCONTRADO A DROGA NO CHÃO. AGENTES QUE VISUALIZARAM O RÉU DISPENSAR O PACOTE. ALEGAÇÕES TANTO NA FASE POLICIAL COMO EM JUÍZO QUE SE COADUNARAM E MOSTRARAM-SE FIRMES E COERENTES. RÉU QUE NEGA A PROPRIEDADE DA DROGA E AFIRMA QUE OS POLICIAIS APARECERAM COM O ENTORPECENTE E LHE IMPUTARAM A PROPRIEDADE

DESTE. PALAVRAS DOS AGENTES PÚBLICOS. EFICÁCIA PROBATÓRIA QUE SOMENTE SERÁ DESCONSIDERADA ANTE COMPROVADA MÁ-FÉ. VERSÃO APRESENTADA PELO ACUSADO QUE RESTOU ISOLADA. TESTEMUNHAS DE QUE DEFESA QUE NÃO FORAM SUFICIENTES PARA DAR CRÉDITO A SUA VERSÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 156, DO CPP. APREENSÃO DE DROGA ALIADA A DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS QUE DEMONSTRAM QUE O RÉU TINHA CONSIGO QUANTIDADE DE DROGA DESTINADA PARA O TRÁFICO. PRESENÇA DE QUALQUER UM DOS VERBOS DO TIPO PENAL PARA QUE SE CONFIGURE O DELITO. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.051754-3, da Capital, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 17-07-2014 – grifo nosso).

Da mesma forma a alegação genérica de que todo o entorpecente acima descrito destinava-se exclusivamente para o uso pessoal do acusado, deve ser rejeitada.

Com efeito, o §2º do art. 28 da Lei n. 11.343/06 apresenta elementos que podem auxiliar na verificação da condição de usuário ou não do agente. Veja-se:

§ 2o Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Ora, levando-se em consideração o acima exposto e a apreensão de 705,6 (setecentos e cinco gramas e seis decigramas) de Crack; 76,5g (setenta e seis gramas e cinco decigramas) de Maconha; 47,7g (quarenta e sete gramas e sete decigramas) de Cocaína e instrumentos utilizados para fracionamento, pesagem e embalagem dos entorpecentes, aliados a prévias denúncias da narcotraficância, notoriamente afastam a incidência do art. 28 da Lei n. 11.343/06.

Não bastasse isso, conforme será demonstrado a seguir em tópico

específico, o apelante André não só comercializava entorpecentes mas também o fazia em associação com o corréu Rafael de Oliveira, vulgo “Orelha”, e, posteriormente, com o acusado Jonildo Souza dos Santos, vulgo “Bugio”.

Feitas estas considerações, entendendo que existem provas suficientes para manutenção da condenação do apelante pela prática da conduta descrita no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

1.2.3. Da absolvição do crime de associação para o tráfico de drogas apresentada nas razões de recurso do réu André Ricardo dos Santos, conhecido como “Chocolate”.

A materialidade e autoria do delito está comprovada através do auto de transcrição de gravação de áudio de fls. 42, 43, 44, 46, 47, 48/49, 22/223, 224, 225/226, 227, 228,229,231, 232, 233, 234, 236, 237/239, 240, 241 e 245 (autos n. 008.13.005576-7), além da prova oral colhida.

O Delegado de Polícia Ronnie Reis Esteves, acerca desses fatos, relatou:

[...] que o réu conhecido como “Chocolate” realizava o tráfico de drogas na região da Cohab (13’55’) em associação com o corréu “Orelha (Rafael de Oliveira), o qual se encontrava preso, com a saída de “Chocolate” do município – o réu foi para o município de Itajubá por saber que era visado no meio policial e que estava sendo investigado - (14’50”), designou o corréu “Bugio”, conhecido como Jonildo Souza dos Santos, para assumir seu lugar na venda ilegal, retornando para Blumenau esporadicamente a fim de abastecer de drogas o comparsa (2’05”) [...] (depoimento audiovisual de fl. 519 – volume 3).

As declarações do Agente de Polícia Gabriel Leite do Amaral, seguem a mesma linha do acima exposto (depoimento audiovisual de fl. 572 – terceiro volume).

A comprovação das negociações de entorpecentes está estampada às fls. 91/111 dos autos n. 008.13.004213-4, fls. 85/93 e 225 dos autos

n. 008.12.022407-8, como exemplo, cito inicialmente trecho da conversa interceptada entre o apelante André, conhecido como “Chocolate”, e outro indivíduo denominado Luiz Fernando:

[...] Luis Fernando: Escuta. E o thianrri tu tem?

Chocolate: Tem.

Luis Fernando: O doce não?

Chocolate: Oi?

Luis Fernando: Doce não?

Chocolate: Não não. Tenho só, tem que ligar pro homem.

[...]

Luis Fernando: Valeu. O tem um baseado?

Chocolate: Pede, pede ali pra mônica que ela te arruma. (fl. 225 dos autos n. 008.12.022407-8).

Chocolate: Tudo certo?

Luis Fernando: Ta molhado irmão. To com cautela no bagulho mas que se foda.

Chocolate: Ta onde.

Luis Fernando: Molhado aí mano. O bagulho ta doido aí.

Chocolate: O o negão foi ali pegar o “pó” dele?

Luis Fernando: Pegou. Pegou. O tu tu tinha que lança uma moeda pra ele irmão?

Chocolate: Tu lançou pra ele?

Luis Fernando: Não mano eu não lanceu. Mas daí é o seguinte ta ligado? É, eu vendi meu bobo lá pra ele por 100 real ta ligado irmão. Aí baixa 100 da nossa conta aí. Tu tinha que dar pra ele firmesa?

Chocolate: Firmesa.[...] (fl. 93 dos autos n. 008.13.004213-4).

Em outro trecho interceptado, agora entre o apelante e Rafael de

Oliveira, vulgo “Orelha” colhe-se:

[...] Orelha: Mas ta bom. Vou ver o que os guri quer e mais de noite eu ligo pra ti ali. Mas de noite não vou ligar vê o que se eles quiser alguma coisa o guri ta indo aí pra praia né?

Chocolate: Tá. Aí ele leva o que tem aqui né? Ai eu deixo sí umas 80 aqui.

Orelha: Tá eu até vou ver rapidinho qualquer coisa ele já passa lá e colhe o dinheiro então né?

Chocolate: Porque pro buja eu mandei mais 50 também. Ele ta abastecido também. E o farmácia lá cara? O que sucedeu?

Orelha: Eu não sei o que sucedeu?

[...]

Orelha: É o seguinte. Que de noite eu vou ligar aí pra conversar. Acho que vai te que ta deixando alguma coisa a mais aqui com esse Luis Fernando por aí que eu acho que agora (inaudível) vai começar umas entregas a mais por também.

Chocolate: É cara, eu vou. Ele quer ganhar por semana tá ligado? Aí...

Orelha: Quem?

Chocolate: O Luis Fernando. Eu vou comprar uma RD. É uma d. Eu vou negociar uma RD, ta ligado? E, falei pra ele ó. Uma Rd e mil real por mês.

Orelha: Mas ele tem carteira?

Chocolate: Não. Mas é, não tem carteira. Mas daí arruma um pia pá né? Que seja de confiança vai lá traga as coisa busca certinho (inaudível).

Orelha: Mas de RD a polícia vai ta em cima dele cara direto. A polícia não vai poder ver ele já vai em cima.

Chocolate: É isso que eu falo pra ele mas ele que uma RD.

Orelha: Pra ele que tem que ser desbaratinado. Não onde que



passa todo mundo vê. Tem que passar e os outro nem saber que é ele irmão.

Chocolate: É eu falei pra ele.

Orelha: O diz pra ele a malandro, o o outro tá lá porque andava com o som do carro bombando pra baixo e pra cima. Tem que ser com a motinha quietinha e um capacetizinho. Aí quando vai sair com a gatinha e coisa bota um capacete da hora pá.

Chocolate: É. Ou um bruxinho. Falei pra ele arrumo um bruxinho pra ti. Tem um celtinha 2001 por 2 e meio.

Orelha: Aí ó. [...] (fls. 94/95 dos autos n. 008.13.004213-4).

Ainda entre Rafael de Oliveira, vulgo “Orelha”, e o apelante André - “Chocolate”:

[...] Orelha: Tem que passar e recolher o dinheiro onde tá fiado mano. Tu tá de óculos Fico louco contigo porra do caralho. Vai ter operação na cidade. O dinheiro tá na favela. E tu fica aí com essa porra comendo broa aí na praia aí mano. Nem o dinheiro não tá recolhendo.

Chocolate: O veneninho dele.

[...]

Orelha: Passou na televisão operação, teve helicóptero lá hoje de novo. Tu tá esperando o que?

Chocolate: (inaudível) Tu soube que teve helicóptero?

Orelha: Teve.

[...]

Orelha: Tem que se ligar com esse telefonaiada a também mano. Se pá nos até para com esse corre pra cá e tem que, não pode deixar faltar corre aí ó tá ligado mano? Tu pega um telefone novo de outra operadora, bota na pista aí tá ligado negão?

[...]

Chocolate: Eu to trocando. Aparece aparelho eu novo aí eu troco

o aparelho né mano.

Orelha: Trocar aparelho e chip cara tu ta ficando louco? Mas ele rastreiam pelas pessoas que fica ligando pra ti. Tem que arrumar um numero da tim ou outra operadora pro pessoal dai mano. Ta ligado? [...] (fls. 98/99 dos autos n. 008.13.004213-4).

Relembre-se, ainda, trechos já mencionados no tópico 1.2.1 da presente decisão acerca das conversas entre André - “Chocolate” - e Jonildo - “Bugio” -, evidenciando-se ainda mais a associação criminosa voltada para o tráfico de entorpecentes existente entre os réus André Ricardo dos Santos, vulgo “Chocolate”, Rafael de Oliveira, vulgo “Orelha” e Jonildo Souza dos Santos, vulgo “Bugio”.

Ainda, acertada a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inc. III, da legislação em comento uma vez que a prova obtida por intermédio das interceptações telefônicas descrita nos relatórios de investigações de fls. 19/24 – primeiro volume - e 91/111 dos autos n. 008.13.004213-4, confirmada pelas declarações das testemunhas Delegado de Polícia Civil Ronnie Reis Esteves e Agente de Polícia Gabriel Leite do Amaral, evidenciam que Rafael De Oliveira - “Orelha” – estava segregado à época dos fatos, demonstrando-se que a prática dos crimes ocorria parcialmente dentro dos estabelecimentos prisionais (depoimentos audiovisuais de fl. 519 – terceiro volume).

Em consequência, tenho que as provas angariadas nos autos são suficientes para condenação do réu André Ricardo dos Santos nas sanções do art. 35, *caput*, c/c art. 40, inc. III, ambos da Lei n. 11.343/06.

1.2.4. Da fixação do regime inicial aberto para início do cumprimento da reprimenda dos réus David Machado de Souza, vulgo “Curita” e Jonildo Souza dos Santos “, vulgo “Bugio”.

Em consonância com o previsto no §2º do art. 387 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 12.736/2012, cabível o reconhecimento de detração penal no presente caso.

Em consulta aos autos, constata-se que o apelante David Machado de Souza foi preso preventivamente pela prática do crime apurado nos presentes autos no dia 05/05/2013 (fl. 147 dos autos apensos n. 008.13.004213-4)

Já o apelante Jonildo Souza dos Santos encontra-se preso preventivamente desde 27/03/2013 – fl. 311 do segundo volume -, sendo que ambos permanecem segregados até o presente momento (fl. 867 do quinto volume).

Assim, tendo em vista a pena irrogada aos apelantes David Machado de Souza – 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão – e Jonildo Souza dos Santos – 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias, assim como a natureza comum do crime pelos quais foram condenados – art. 35, *caput*, c/c art. 40, inc. III, todos da Lei n. 11.343/06, *prima facie*, o requisito objetivo temporal de 1/6 (um sexto) anotado no art. 112 da Lei de Execuções Penais estaria preenchido.

Contudo, para o cumprimento do requisito subjetivo faz-se necessária a comprovação de bom comportamento carcerário, sendo certo que *“somente o juiz da execução penal possui o quadro completo das condenações daquele réu, do seu comportamento carcerário e do seu merecimento”* (Código de Processo Penal Comentado, 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 868).

Nesse sentido esta Câmara decidiu recentemente:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS NA MODALIDADE TENTADA. ARTIGO 155, §4º, INCISO IV, COMINADO COM O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. [...] 4. DETRAÇÃO PENAL. ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SATISFAÇÃO, EM TESE, DO CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO PARA A PROGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA.

NECESSIDADE, PORÉM, DE COMPROVAÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO DISCIPLINADO NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Transcorrida quantidade de tempo suficiente para a progressão de regime, tendo os réus cumprido mais de 1/6 da pena, é viável que passem a cumpri-la em regime mais brando, devendo, porém, atender ao requisito subjetivo disciplinado na Lei de Execução Penal. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 0002795-03.2015.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, Quinta Câmara Criminal, j. 05-10-2017 - griado).

Assim, deverá o juiz da execução aferir de forma individualizada para cada reeducando o quantum de pena cumprida, assim como o regime prisional recomendável ao caso concreto.

1.2.5. Da aplicação da pena, fixação do regime prisional inicial e substituição da pena corporal por restritivas requerida pela defesa de André Ricardo dos Santos.

Consta da sentença penal condenatória de fls. 805/868 do quarto volume, *in verbis*:

2.2.5.10. Com relação ao acusado ANDRÉ RICARDO DOS SANTOS: 2.2.5.10.1. Do crime de tráfico de entorpecentes. Analisando as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal e, principalmente aquelas estabelecidas no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, infere-se que a culpabilidade do réu é normal, pois, maior, mentalmente são, tinha plena consciência da ilicitude e da reprovabilidade de sua conduta, sabendo que se portava contrariamente ao direito, sendo-lhe exigido comportamento diverso. Não registra antecedentes criminais (fls. 26/31) – a reincidência será considerada na fase própria). Inexistem dados acerca de sua conduta social e personalidade. Os motivos são típicos da narcotraficância, ou seja, o lucro fácil. As consequências do crime são normais à espécie. Quanto às circunstâncias, há que se considerar que o crack e a cocaína possuem grande potencial lesivo, causando transtornos do sistema cardiovascular, sistema nervoso central e, ainda, trazendo grandes efeitos comportamentais, podendo causar dependência física e/ou psíquica [...] Assim, havendo uma circunstância judicial desfavorável, fixo a pena base

acima do mínimo legal em 1/6 (um sexto), totalizando em 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. Na segunda fase reconheço a agravante da reincidência (certidão de fls. 593/598 – autos – 008.06.003922-9, 008.07.005073-0 e 008.09.028918-5), razão pela qual aumento a pena acima em 1/4 (um quarto), ou seja, 1 ano, 5 meses e 15 dias de reclusão, justificando o incremento acima dos usuais 1/6 (um sexto) em razão da multirreincidência do réu. [...] Na terceira fase, presente a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inc. III, da Lei n. 11.343/2006. Elevo, assim, em 1/6 a pena, ficando definitivamente fixada em 8 anos, 6 meses e 2 dias de reclusão e 680 dias-multa. 2.2.5.10.2. Do crime de associação: Analisando as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal e, principalmente aquelas estabelecidas no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, infere-se que a culpabilidade do réu é normal, pois, maior, mentalmente são, tinha plena consciência da ilicitude e da reprovabilidade de sua conduta, sabendo que se portava contrariamente ao direito, sendo-lhe exigido comportamento diverso. Não registra antecedentes criminais (fls. 593-598) – a reincidência será considerada na fase própria). Inexistem dados acerca de sua conduta social e personalidade. Os motivos são típicos da narcotraficância, ou seja, o lucro fácil. As consequências do crime são normais à espécie. Quanto às circunstâncias, há que se considerar que o crack e a cocaína possuem grande potencial lesivo, causando transtornos do sistema cardiovascular, sistema nervoso central e, ainda, trazendo grandes efeitos comportamentais, podendo causar dependência física e/ou psíquica [...] Assim, havendo uma circunstância judicial desfavorável, fixo a pena base acima do mínimo legal em 1/6 (um sexto), totalizando em 3 anos e 6 meses de reclusão e 816 dias-multa. Na segunda fase reconheço a agravante da reincidência (certidão de fls. 593/598 – autos – 008.06.003922-9, 008.07.005073-0 e 008.09.028918-5), razão pela qual aumento a pena acima em 1/4 (um quarto), ou seja, 10 meses e 15 dias de reclusão, justificando o incremento acima dos usuais 1/6 (um sexto) em razão da multirreincidência do réu. [...] Na terceira fase, presente a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inc. III, da Lei n. 11.343/2006. Elevo, assim, em 1/6 a pena, ficando definitivamente fixada em 5 anos, 1 mês e 7 dias de reclusão e 952 dias-multa 2.2.5.10.3. Aplicada a regra do concurso material de crimes (art. 69 do CP), resta a reprimenda corporal fixada em 13 anos, 7 meses e 9 dias de reclusão e 1632 dias-multa (fls. 861/863 – grifo nosso).

A despeito da falta de dialeticidade do recurso neste ponto, uma vez que a parte recorrente não apresenta nenhum embasamento para justificar seu raciocínio, em análise da dosimetria supracitada contata-se que a magistrada singular majorou a reprimenda em 1/6 (um sexto) na primeira fase em face das circunstâncias do crime, por considerar que o Crack e Cocaína são entorpecentes de grande lesividade.

Na segunda fase, majora a reprimenda em 1/4 (um quarto) ante a multirreincidência do acusado - Ação Penal n. 008.06.003922-9 com decreto condenatório por infração ao art. 155, §4º, inc. IV, do Código Penal, transitado em julgado em 28/11/2006 e Execução Penal n. 008.07.005073-0 de decreto condenatório por infração ao art. 157, §2º, incs. I, II e art. 288, parágrafo único, ambos do Código Penal, transitado em julgado em 20/11/2006 - (antecedentes de fls. 593/598 do terceiro volume).

Por último, aplicou a causa especial de aumento prevista no art. 40, inc. III, da Lei n. 11.343/2006, elevando as reprimendas também em 1/6 (um sexto).

A majoração em face da natureza e quantidade do entorpecente deve ser mantida para às duas condenações, levando-se em consideração a vultosa quantidade de Crack e Cocaína apreendidas com o apelante (Apelação Criminal n. 0012433-51.2015.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, Primeira Câmara Criminal, j. 16-02-2017).

Da mesma forma cabível a aplicação da agravante anotada no art. 61, inc. I, do Código Penal, com majoração da reprimenda em 1/4 (um quarto), uma vez que o acusado apresenta mais de uma condenação criminal transitada em julgado e o período existente entre a extinção da punibilidade destas condenações ocorrido em 14/03/2013 (fl. 594) e os fatos aqui apurados não ultrapassam o limite estabelecido no art. 64, inc. I, do Código Penal.

Assim, não se vislumbra ponto passível de reparo, mantendo-se incólume a dosimetria aplicada no decreto condenatório com relação ao réu André Ricardo dos Santos.

No que toca ao regime prisional para início do cumprimento da reprimenda, por tratar-se de concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal) às penas aplicadas ao acusado resultam em 13 (treze) anos, 7 (sete) meses e 9 (nove) dias de reclusão circunstância que aliada a multirreincidência do apelante, a rigor do art. 33, §2º, alínea “a”, do Código Penal, demonstram a necessidade de aplicação do regime fechado.

O pleito de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, por lógica, esbarra com o anotado no art. 44, incs. I e II, do Código Penal, haja vista tratar-se de réu reincidente e condenado a pena muito superior a quatro anos.

1.2.6. Da condenação dos réus André Ricardo dos Santos, Cristiano Ribeiro, David Machado de Souza, Diego José Martins, Everson Denzer, Joilson Bento de Arruda, Jonildo Souza dos Santos e Valdeci da Silva pelo crime de associação criminosa previsto no art. 288, *caput*, do Código Penal, efetuado pelo Ministério Público.

Na sentença, a e. Juíza “a quo” consignou, acerca destes fatos:

2.2.3. Do crime de quadrilha ou bando: O tipo penal, na época dos fatos, possuía a seguinte redação: “Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, de um a três anos. Parágrafo único – A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.” (pena alterada pela Lei n. 12.850/2013). [...] Com efeito, embora não se desconheça que o crime de quadrilha é delito autônomo, a prova colacionada não demonstra de forma satisfatória um liame subjetivo dos agentes para a prática de delitos sem relação com a narcotraficância, fato que redundou, inclusive, na condenação deles pelo crime de associação para o tráfico. [...] Ademais, não se vislumbra suposta prática de crime em coautoria que ensejasse na existência de indícios suficientes da vinculação permanente e estável dos

rêus para o cometimento de crimes. [...] O referido tipo penal prescreve que a união deve visar a prática de crimes, hipótese não confirmada satisfatoriamente nestes autos. Registro, com relação ao acusado Ander Felipe Martins, que este encontra-se respondendo pelos mesmo fatos nos autos 008.13.001206-5, porquanto, embora a denúncia naquele processo tenha sido oferecida em 24/04/2013, os presentes autos narram fatos ocorridos antes mesmo daquela época. Assim, a absolvição dos acusados da imputação do crime de formação de quadrilha armada, por não existir prova suficiente à condenação (CPP, art. 386, inc. VII) é medida cabível. (fls. 844/845 – grifo nosso).

Em suas razões o representante ministerial afirma existirem provas suficientes para condenação dos acusados na prática do crime associação criminosa.

Aduz, em síntese, que as mensagens interceptadas constantes nos autos indicam a participação dos acusados André – fls. 91/115 -; Cristiano – fl. 08; David – fls. 36/64 -; Diego – fls. 09/13, 74, 78/83 -; Everson – 13/16 e 72/63; Joilson – fls. 17/32 -; Jonildo – fls. 106/108 e Valdeci fls. 28/41 na realização de crimes dolosos, prova, também corroborada pelos depoimentos constantes nos autos (fls. 930/931).

Em análise das provas constantes nos autos, especialmente às interceptações telefônicas acima citadas, denota-se a inexistência de elementos concretos aptos a configuração do ilícito descrito no art. 288, *caput*, do Código Penal. Levando-se em consideração a extensão das razões do presente voto, farei referência às conversas de forma breve, destacando tão somente pontos relevantes.

O acusado André Ricardo dos Santos, vulgo “Chocolate”, foi identificado nas conversas de fls. 91/115 – autos n. 008.13.004213-4 – com os interlocutores Rafael de Oliveira, vulgo “Orelha”, Luis Fernando, Jean e Jonildo Souza dos Santos, identificado pela alcunha de “Bugio”. Nestes trechos, o apelante André, em resumo, aborda quase em sua totalidade assuntos com relação direta ao tráfico de entorpecentes, mas, de fato,



existe menção a possíveis e não apurados – ao menos na presente ação penal - atos criminosos diversos daqueles previstos na Lei n. 11.343/06, em tese cometidos pelos apelantes Rafael, vulgo “Chocolate”, Jonildo, vulgo “Bugio” e Joilson, vulgo “Gordo”, como exemplo:

[...] Chocolate: É o seguinte, já to vendô o corre. É virei um dinheirinho aí, o primeiro mil real ali eu vou comprar um canhão.

Bugio: Orra. Mas demorou né irmão? Agora.

Chocolate: Tu viu que que ele, tu viu que ele pá. Eu to falando pra tu segurar. Se tu chegou e pagou né?

Bugio: É claro (inaudível).

Chocolate: Se tu tivesse armado ali já tinha mandado ele pro além né?

Chocolate: Já vai planejando uma forma aí. Se esse bicho (inaudível). Tu tá ligando que ele pá né mano se ele ficar por aí. Vai te incomodar né irmão? Eu to precisando de ti. Eu vou botar o canhão na tua mão mas faz. Se é pra fazer uma besteira vai fazer uma besteira bem certa né mano? Sem ninguém saber e daquele jeito né?

Bugio: Uhm não não. [...] (fl. 106 – autos n. 008.13.004213-4).

[...] Mensagem enviada e recebida:

Dia 16/11/2012, enviada do número 4792875986 (utilizado por Joilson) para o número 4791778671 (utilizado por Gaúcho): Tem que vê sertinho uma 9 nilinetros vê se tem dois pente e quantas munisao eu ajo qe não tem nove de deceseite tiro ou jerico ou uma croque a norma [...] (fl. 17 — autos n. 008.13.004213-4).

Dia 17/11/2012, enviada do número 4792875986 (utilizado por Joilson) para o número 4791778671 (utilizado por Gaúcho): Já ta chegando a foto da ferramenta ai ! Psa um pano e vê se vc si interessa ! Eu tenho mais umas ferramentas que eu tenho que paga o dottor ! (fl. 20 – autos n. 008.13.004213-4).

Dia 20/11/2012, enviada do número 4792875986 (utilizado por Joilson) para o número 4791778671 (utilizado por Gaúcho): Assim do

cheito que ta 5 a 8 mil ! Que ele paga se fase completa 35 mil ! O audi pronto 60 mill ! Já clonado ! Vê ai o que o menino que pega outra para min se vc não kise vende eu já arumo outra ai eu não vo mais fase firmesa porque eu fô usa aplaca e o documento em outra ! A bis já ta vendida mano [...] (fl. 22 – autos n. 008.13.004213-4).

Ainda, com relação aos atentados ocorridos no Estado de Santa Catarina, principalmente o do dia 12 de outubro de 2012, onde foi ateadado fogo em um ônibus, no bairro de Ponta Aguda em Blumenau, pode-se citar os seguintes trechos elucidativos interceptados pela Divisão de Investigação Criminal de Blumenau:

Dia 13/11/2012, enviada do número 4791848357 (Cristiano Ribeiro – Preso no Presidio Regional de Blumenau) para o número 4792741649 (Ander Felipe Martins): Salve negao meu menor e + 2 mano fizeram os passageiros descer do bonde e queimaram o busão la no portal de sexonia. Em floripa mataram um policia, quei (fl. 08 – autos n. 008.13.004213-4).

Dia 13/11/2012, enviada do número 4792609957 (Diego José Martins – irmão de Ander) para o número 4792741649 (Ander Felipe Martins): ta mais nois quebro os bondi ! Demo pedrada neles estilhacamo vidro e coisa e tal.

Dia 13/11/2012, enviada do número 4792741649 (Ander Felipe Martins) para o número 4792609957 (Diego José Martins – irmão de Ander): Não manda todos dcer e tocao fogo nos bondi (fl. 09 – autos n. 008.13.004213-4)

Dia 13/11/2012, enviada do número 4792609957 (Diego José Martins – Irmão de Ander) para o número 4792741649 (Ander Felipe Martins): vo taka fogo aqui tbm ! Ok? Não akabo ainda não ne? (fl. 10 – autos n. 008.13.004213-4)

Dia 13/11/2012, enviada do número 4792609957 (Diego José Martins – Irmão de Ander) para o número 4792741649 (Ander Felipe Martins): ok hje fao isso... Temos um canhão aki já.

Dia 13/11/2012, enviada do número 4792741649 (Ander Felipe Martins) para o número 4792230424 (Everson Denzer): Então a situação

o seguinte vio os atentados então tenho uma misao pra ti pega um bondi manda todos d.Ce e toca fogo pois a resposta aos irmãos 15.7.3 e morre oq tu me dve (fl. 13 – autos n. 008.13.004213-4).

Dia 13/11/2012, enviada do número 4792230424 (Everson Denzer) para o número 4792741649 (Ander Felipe Martins): Clr mano noiz ta combinando aqui já o bagulho pra faze.

Dia 13/11/2012, enviada do número 4792741649 (Ander Felipe Martins) para o número 4792230424 (Everson Denzer): Então vai faze o bagulho? Acontce fls. 14/15 – autos n. 008.13.004213-4).

Dia 13/11/2012, enviada do número 4792230424 (Everson Denzer) para o número 4792741649 (Ander Felipe Martins): clr já ta tudo bolado ata a linha d bond e o hoário (fl. 16 – autos n. 008.13.004213-4).

Sabe-se que para a configuração do crime de associação criminosa faz-se necessária a comprovação da reunião de três ou mais agentes, em caráter estável ou permanente, com o dolo específico de cometer crimes. (Guilherme de Souza Nucci, Código Penal Comentado. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1295).

No presente caso, não se afasta a possibilidade do envolvimento dos agentes em outras práticas delitivas que não o tráfico de entorpecentes, assim como o caráter estável da associação, haja vista que a ampla investigação apurou o envolvimento dos agentes com o PGC – Primeiro Grupo Catarinense. Contudo, tenho que o dolo específico do crime de associação criminosa não ficou comprovado. Explico.

Malgrado existam fortes indícios da participação dos agentes em crimes graves, inclusive relacionados a atentados ocorridos neste Estado entre novembro de 2012 e fevereiro de 2013, às provas constantes nos autos não comprovam o dolo específico de formação de associação para o cometimento de crimes diversos da associação já formada para o narcotráfico.

Em verdade, a prática dos atentados ou receptação de bens

oriundos de origem ilícita, se atribuídas aos réus, estaria comprovada unicamente através da coleta de dados telefônicos, destoando de todo o contexto probatório colhido no decorrer do processo que versa em sua maioria acerca do tráfico e associação para o tráfico de entorpecentes, pormenorizado durante toda a instrução.

Destaco, nesse ponto, a conclusão do douto Procurador de Justiça Humberto Francisco Scharf Vieira:

Todos esses réus já foram nestes autos condenados pelo crime de Associação para o Tráfico de Drogas, que trata justamente da forma específica de associação criminosa. Não se afaste a possibilidade de concurso entre estes crimes, contudo, é necessária a comprovação e dolo na formação de grupo a prática de crimes diversos daquele referente à Associação para Comércio de Entorpecentes. E nesse sentido, nada mais fez o Promotor de Justiça nas suas razões que fundamentar nos mesmos moldes do crime do art. 35, da Lei de Drogas, o que transformaria a reforma da demanda em explícito *bis in idem* (fls. 1161/1162).

Ademais, para configuração do ilícito não basta a comprovação de meros atos preparatórios ou uma troca de informações, deve-se comprovar o propósito de caráter permanente do grupo para o exercício de crimes.

Nesse sentido:

Não bastam meros atos preparatórios da convenção comum; não é suficiente simples troca de idéias, ou conversa ‘por alto’ acerca do fim, mas o propósito firme e deliberado, a resolução seriamente formada, com programa a ser posto em execução em tempo relativamente próximo, de modo que se possam divisar no fato a lesão jurídica e o perigo social, contra os quais se dirige a tutela penal (Noronha. Direito Penal. V. 4. Saraiva, 1962, p. 144, *apud* Código Penal Comentado, Celso Demanto, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 849).

Da jurisprudência, colhe-se:

APELAÇÃO      CRIMINAL.      TRÁFICO      ILÍCITO

DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. ENVOLVIMENTO DE MENOR. LEI N. 11.343/06, ARTS. 33, CAPUT, E 35, CAPUT, C/C ART. 40, VI. QUADRILHA. CÓDIGO PENAL, ART. 288, CAPUT. CONDENAÇÃO. RECURSOS DEFENSIVOS. [...] ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LEI N. 11.343/06, ART. 35, CAPUT. PROVAS DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. COMERCIALIZAÇÃO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO DEMONSTRADA. VÍNCULO ASSOCIATIVO MANTIDO DE FORMA ESTÁVEL E PERMANENTE. CONDENAÇÕES MANTIDAS. Se as provas carreadas aos autos demonstram, sem sombra de dúvidas, que os réus praticavam o tráfico de drogas de forma associada, envolvendo adolescentes inclusive, a condenação pela prática desse crime é medida que se impõe. [...] QUADRILHA. AUSÊNCIA DE PROVA DO DOLO. UNIÃO QUE SE CONFUNDE COM A ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. BIS IN IDEM CONFIGURADO. ABSOLVIÇÃO. Não sendo possível verificar pelas provas constantes nos autos a presença do dolo dos réus em formarem outro grupo diverso da associação constituída para o narcotráfico, inviável se torna a condenação pela prática do delito de quadrilha ou bando, sob pena de configurar bis in idem. [...] (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.070948-0, de Biguaçu, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Quarta Câmara Criminal, j. 20-03-2014 – grifo nosso).

Dessa forma, acertada a absolvição dos acusados, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, no que toca ao crime tipificado no art. 288, *caput*, do Código Penal.

À vista do exposto, deve-se negar provimento aos recursos.

Este é o voto.

## PRIMEIRO GRAU

### **Autos nº 0002810-76.2017.8.24.0011**

Ação: Ação Penal – Procedimento Ordinário /PROC

Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Acusado: Antonio Wilker de Souza

**Vistos, etc.**

**ANTONIO WILKER DE SOUZA**, vulgo “**Bruxo**”, brasileiro, solteiro, vendedor, nascido em 07/01/1986, natural de Fortaleza/CE, filho de Antonia Nonata Graciano de Souza, portador do RG n. 4.712.449-SSP/SC, Rua Dimas Nunes Francisco, n. 36, Bairro Ademar Garcia, em Joinville/SC, telefone de contato (mãe) 3438-3852 atualmente recolhido do Presídio de Itajaí/SC – CPVI, foi denunciado pelo Ministério Público pela prática dos crimes previstos no artigo 157, § 3º, segunda parte, c/c o artigo 14, inciso II, e artigo 352, *caput*, na forma do artigo 69, *caput*, todos do Código Penal, porque segundo a denúncia, *in verbis*:

#### **“Fato 1:**

*No dia 3 de julho de 2017, por volta das 21h20min., no Hospital Azambuja, situado na Rua Azambuja n. 1.089, Brusque, o denunciado ANTONIO WILKER DE SOUZA, preso e sob os cuidados dos agentes penitenciários Renato de Britto Júnior e Oscar Valle Filho, evadiu-se, usando de violência contra o agente Oscar.*

*‘O denunciado encontrava-se preso na Unidade Prisional*

*Avançada de Brusque e, na data dos fatos, durante o horário do plantão, exigiu que fosse encaminhado ao hospital sob o argumento de que estava com uma virose e necessitava de atendimento médico, inclusive incitando os outros presos a subverter a ordem e a disciplina como forma de pressão, os quais gritavam “saúde do ladrão, saúde do ladrão”.*

*‘Diante de tal situação, o denunciado e outro preso identificado como Gabriel Silva de Matos - que também receberia atendimento médico - foram encaminhados ao Hospital de Azambuja sob a escolta dos agentes penitenciários Renato de Britto Júnior e Oscar Valle Filho.*

*‘Chegando ao local, o denunciado - que estava com as mãos e os pés algemados - ingressou na unidade de saúde com o agente Oscar e solicitou autorização para ir ao banheiro, oportunidade em que a algaema de uma das mãos foi destravada para que ele pudesse se limpar.*

*Passado algum tempo, o denunciado saiu do banheiro com um dos pés livre das correntes e, no momento em que seria colocada a algaema da mão novamente, empregou violência contra o agente penitenciário, partindo para cima dele com a intenção de empreender fuga do local, o que de fato ocorreu, não tendo sido ele capturado até o presente momento.*

### **Fato 2:**

*Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado subtraiu, mediante violência - já que pulou em cima do agente Oscar, jogou-o no chão e ambos entraram em luta corporal -, a arma de fogo marca Taurus, calibre .40, com numeração SJY21147 e registro no Sinarm n. 201700877961350, carregada com 15 munições, que estava na posse da vítima.*

*‘A fim de assegurar a impunidade do crime e a subtração da res, o denunciado apertou o gatilho da arma várias vezes na direção do agente penitenciário, com manifesta intenção de matar, o que somente não ocorreu por circunstâncias alheias à sua vontade, já que a arma estava*

*travada e os projéteis não foram desferidos.”*

A denúncia veio acompanhada pelo inquérito policial e foi recebida em 1-8-2017, ocasião em que este juízo acolheu a representação da autoridade policial e decretou a prisão preventiva do acusado (fls. 57-59), sendo o mandado cumprido apenas em 8-9-2017 (fl. 84), uma vez que este encontrava-se foragido da Justiça.

Citado (fls. 92-93), o acusado apresentou resposta à acusação por meio da Defensoria Pública, se reservando ao direito de versar sobre o mérito em sede de alegações finais (fls. 121-122).

Designada audiência de instrução e julgamento para a data de 6-12-2017, às 14:40 horas, foram ouvidas quatro testemunhas em comum, tendo a acusação insistido na inquirição do testigo Igor das Neves, sendo designada nova audiência para o dia 22-1-2018, às 14:00 horas (fl. 158).

O acusado constituiu defensor (fls. 173-174), revogando-se a nomeação da Defensoria Pública (fl. 178).

Por ocasião do ato processual apazado para o dia 22-1-2018, às 14:00 horas, foi ouvida uma testemunha em comum, e interrogado o acusado. Pela defesa foi requerido como diligência a realização de perícia na porta do banheiro do hospital pelas divergências apontadas entre a testemunha de acusação e o interrogatório quanto ao sistema de fechamento da mesma. Ainda, a inquirição das duas testemunhas presenciais que estariam no local dos fatos no momento da ocorrência conforme mencionado pelo acusado nesta audiência e pela testemunha Oscar, que poderiam esclarecer as circunstâncias do crime, o que restou indeferido pelo juízo, por referidas provas serem desnecessárias e prescindíveis (fls. 185-186).

Em alegações finais, por meio de memoriais, a acusação entendeu que restaram comprovadas a materialidade dos delitos, a autoria e culpabilidade do acusado, e requereu a condenação nos moldes da



denúncia (fls. 191-208).

A douta defesa, por sua vez, alegou que não ocorreram os fatos descritos na denúncia, pois o acusado não incitou os outros presos a subverter a ordem e disciplina como forma de pressão, tampouco agiu com *animus necandi* ao subtrair a arma do agente penitenciário. Sustentou que foram indeferidas provas substanciais para o deslinde da acusação, uma vez que foram denegados pedidos de diligências tempestivamente requeridos em audiência. Aventou ainda que o acusado possui vasto conhecimento no que se refere à armamentos, inclusive o relacionado aos fatos descritos na denúncia. Arguiu contradições nos depoimentos prestados pelas testemunhas, e requereu a absolvição do acusado. Requereu ainda a declaração de suspeição da Promotora de Justiça atuante no caso, em razão do nítido interesse em prejudicar Antonio. Argumentou que o agente penitenciário Oscar auxiliou de forma deliberada à fuga do acusado, devendo ser apurada, em ralação a ele, a conduta típica prevista no art. 351 do Código Penal, pois não houve tentativa de latrocínio por parte de Antonio. Em caso de condenação, pediu a aplicação da pena no mínimo legal (fls. 217-231).

Antecedentes criminais registrados às fls. 34-43; 74; 142-150; e 234-242.

Vieram os autos conclusos.

### **Relatados, decido.**

Imputa-se ao acusado a prática dos crimes de latrocínio tentado e evasão mediante violência contra a pessoa, capitulados no artigo 157, § 3º, segunda parte, c/c o artigo 14, inciso II, e artigo 352, *caput*, na forma do artigo 69, *caput*, todos do Código Penal.

Passo, de imediato, à análise das prefaciais arguidas pela defesa.

Quanto ao indeferimento das diligências requeridas por ocasião da audiência de instrução realizada no dia 22-1-2018:

De modo diverso do alegado pelo defensor, não há falar em ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, uma vez que as diligências requeridas por ocasião do ato processual se apresentam totalmente irrelevantes e imprescindíveis ao deslinde do feito, não havendo dúvidas de que trata-se de manobra meramente protelatória para prolongar a instrução processual e evitar a responsabilização criminal do acusado.

Segundo disposto no art. 400, § 1º, do CPP: “As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.”

No caso dos autos, as provas requeridas pela defesa foram consideradas irrelevantes, impertinentes e protelatórias por parte deste juízo, de modo que foram indeferidas, com amparo legal no dispositivo acima transcrito, não havendo se falar, portanto em ofensa aos princípios constitucionais.

#### Quanto à suspeição da representante do Ministério Público:

Analisando os autos, tenho que não obstante os argumentos trazidos pela defesa, a arguição de suspeição merece prosperar, uma vez que não há qualquer indicativo de que a representante Ministerial, Dra. Susana Perin Carnaúba, tivesse interesse em prejudicar o acusado, até mesmo porque sequer foi a responsável pelo oferecimento da denúncia em desfavor de Antônio Wilker de Souza, como se pode observar da peça de fls. 51-56.

Além disso, a Promotora de Justiça atuou no feito estritamente de acordo com suas atribuições, não tendo agido em qualquer momento com excesso ou má-fé, tendo apresentado as suas alegações finais de acordo com as provas produzidas nos autos, não manifestando qualquer interesse pessoal em prejudicar o acusado. Ao contrário, apenas cumpriu seu papel acusatório, produzindo as provas e se manifestando de acordo com elas.

E depois, apesar de a defesa ter alegado que o acusado manteve um relacionamento amoroso com a irmã da Promotora de Justiça, em nenhum momento comprovou leviana afirmação, o que poderia ter sido facilmente feito caso não fosse uma infundada assertiva, no afã de eximir a responsabilidade penal de Antônio a todo custo.

Imperativo consignar ainda que a representante Ministerial, a qual goza de fé pública, informou que não possui irmã, tendo destacado ainda que tal assertiva possa ter sido utilizada pela defesa como subterfúgio para angariar detalhes de sua vida pessoal, o que não se descarta por este juízo, diante da ausência de qualquer comprovação da alegação trazida pelo defensor e do elevado grau de periculosidade de Antonio Wilker de Souza.

Diante de tais argumentos, nos termos do art. 104 do CPP, indefiro a arguição de suspeição da representante do Ministério Público, já que totalmente infundada e sem amparo nos autos.

Portanto, afasto as preliminares arguidas pela defesa e passo à análise do mérito.

A materialidade e autoria do delito estão comprovadas por intermédio do boletim de ocorrência (fls. 3-7), registro da arma subtraída (fl. 9), relatório de informação (fls. 14-16), imagens da ação delitativa (mídia de fl. 50), prova oral coletada ao longo da instrução, e demais elementos de convicção que compõem o acervo dos autos.

Interrogado apenas perante o juízo, o acusado Antonio Wilker de Souza declarou que não possui apelido. Narrou que na época dos fatos, encontrava-se preso na UPA de Brusque/SC e estava há duas semanas com diarreia, uma desidratação forte, sendo que já havia passado pelo médico da casa e ele lhe receitou remédios, que não adiantaram de nada. Disse que chegou a ser levado para o hospital na quarta-feira anterior e tomou Buscopan na veia, mas também não adiantou. Que no domingo, solicitou nova ida ao hospital, mas não havia escolta para levá-lo. Na segunda-feira,

foi chamado pelo gestor e o chefe de segurança para informar seu estado de saúde, ao que disse que ainda estava ruim e os dois disseram que poderia chamar atendimento caso piorasse. Continuou, narrando que naquela noite, o preso Gabriel solicitou a ida ao hospital, em razão de problemas no joelho, todavia não houve nada de “gritasseira” e isso “é mentira dos agentes”, pois o interrogando apenas pediu ao agente Oscar, durante a janta, para ser levado ao hospital, e Gabriel pediu também. Declarou que foram levados ao hospital, sem a roupa de escolta, apenas com algema e marca-passo. Aduziu que quando já estavam no nosocômio, o agente Oscar veio até a viatura e soltou o marca-passo do interrogando, dizendo “oh Wilker, se quiser esse é o momento”, mas o interrogando titubeou, pois estava chovendo. Afirmou que o agente penitenciário soltou seu marca-passo e facilitou a fuga, mas o interrogando ingressou com ele no hospital, onde foram no banheiro, na última sala de espera e Oscar abriu sua algema do braço direito. Aduziu que ao sair do banheiro, foi até o agente e “rolaram uma simulação”, pois havia uma mulher olhando, com o celular na mão, ao que a arma dele caiu no chão e o interrogando fugiu, sendo que em nenhum momento apontou a arma ou “a esquentou”. Informou que saiu correndo pela recepção, abriu a porta de vidro da sala principal, pulou o muro dos fundos do hospital, escondeu a arma e correu para o mato, por onde se evadiu. Alegou que não tinha planejado a fuga, pois “foi coisa de momento”. Mencionou ainda que não teve auxílio de outra pessoa para fugir, apenas de Oscar, que abriu sua algema, não sabendo dizer o que ele iria ganhar com isso. Asseverou que deixou a arma escondida nos fundos do hospital e depois de dois ou três dias ligou para um amigo seu, de um orelhão, o qual foi lhe buscar. Informou ainda que outro amigo seu pegou a arma, não sabendo o destino dado a ela, sendo o amigo inclusive preso, não podendo dizer o nome dele, apenas o vulgo “Tom”. Confirmou que seu antigo apelido era “Bruxo”, mas hoje não possui mais. Salientou ainda que manuseia qualquer tipo de arma e que consegue montar e desmontar em menos de cinco minutos, mas não queria fazer qualquer mal ao agente Oscar (mídia de fls. 185-186).

O agente penitenciário Renato de Britto Júnior, nas duas intervenções processuais, relatou na fase policial que no dia 3-7-2017, por volta das 20:30 horas, dois agentes saíram da UPA local para fazer a escolta de dois presos, sendo um Antonio Wilker de Souza e o outro Gabriel. Disse que a escolta foi motivada por alegações de Wilker de que precisava de atendimento, ao passo que o outro detento tinha problema no joelho, sendo que ambos reclamavam de que as dores sofridas não passavam, embora estivessem em acompanhamento médico na UPA, pelo médico da unidade. Esclareceu que ao retirar Gabriel, Wilker saiu da cela exigindo que fosse levado ao hospital, discutindo com o chefe de plantão e exigindo atendimento médico, tendo inclusive inflamado a galeria, fazendo com que os outros presos gritassem: “saúde ao ladrão, saúde ao ladrão”, motivo pelo qual acabou sendo concedida de última hora a ida dele ao Hospital Azambuja, embora o declarante e o agente Oscar tenham mostrado insatisfação em realizar a escolta de dois agentes perigosos. Todavia, ante a falta de efetivo, não houve outra saída ao chefe de plantão, saindo, de forma improvisada, dois agentes e dois presos para ida ao nosocômio, sendo combinado entre os agentes que um faria a escolta com os presos ainda dentro da viatura, enquanto o outro faria os trâmites administrativos, saindo cada preso apenas no momento do atendimento respectivo, sendo escoltado por um agente. Informou que o primeiro atendimento foi de Wilker, o qual desceu algemado nas mãos e com marca-passos nos pés, sendo Oscar o responsável pela escolta. Afirmou que o preso foi levado a um local na emergência, perdendo o contato visual com o declarante, todavia, após cerca de vinte minutos, escutou barulhos de “pancadaria de móveis batendo” e, em seguida, Oscar saiu gritando, pedindo a arma do declarante, ao que lhe entregou a espingarda calibre .12, sendo informado pelo colega sobre a fuga de Wilker. Que ato contínuo, o depoente saiu correndo atrás do fugitivo, e Oscar foi logo atrás, todavia, quando o avistaram, Oscar o advertiu que ele estava armado, pois teria roubado a arma do agente, ao que o declarante cessou a perseguição, pois pensou que uma troca de tiros

poderia colocar em risco as pessoas que estavam no hospital. Destacou que vários policiais auxiliaram nas buscas de Wilker, o qual andou por cerca de dois quilômetros, todavia, o cachorro da polícia militar sinalizou a perda do rastro no meio da via, sinalizando que o fugitivo teria ganhado fuga por outro veículo, o que poderia ser um apoio premeditado, ou ele teria rendido alguém no local que, por medo, não registrou o fato.

Ainda, sob o crivo do contraditório, citado agente penitenciário destacou o fato da subversão à ordem e tumulto provocado pelos presos naquela noite quando o acusado pediu por saúde, causando tensão, ao ponto de achar que “vai virar a cadeia”, que estava “por explodir”, quando decidiram pelo deslocamento ao hospital para atendimento médico de Wilker e Gabriel, mesmo diante da falta de efetivo. Também esclareceu que não pode afirmar se o acusado teria planejado a fuga, mas “na primeira vez que botou os pés na UPA, ele disse para o gestor: ‘eu vou fugir desta cadeia’”. Concluiu dizendo que, segundo o agente penitenciário Oscar, o acusado pegou a arma, apontou contra si e puxou o gatilho por duas vezes, porém não tinha munição no “cano”, e somente não teve disparo “pelo fato dele não saber usar a arma” (fls. 10-11 e mídia de fl. 158).

No mesmo sentido foram as declarações prestadas nos autos pelo agente penitenciário Oscar Valle Filho, o qual declarou que na data dos fatos, por volta das 20:30 horas, saíram para escoltar os presos Wilker e Gabriel, destacando que, inicialmente, a escolta seria apenas para este, mas diante da insistência de Wilker, a unidade prisional acabou liberando ambos para atendimento, pois havia princípio de tumulto gerado por “pedidos de saúde”. Disse que já no hospital, ficou combinado entre os agentes que o declarante faria os trâmites administrativos, enquanto Renato permaneceria na viatura escoltando os presos, sendo que posteriormente um agente sairia para escoltar o preso durante o atendimento, e o outro ficaria na viatura. Esclareceu que o primeiro detento a ser atendido seria Gabriel, mas este pediu que Wilker fosse atendido antes, pois estava

fedendo e teria soltado muitos gazes, razão pela qual atenderam o pedido. Relatou que saiu com o detento algemado e com marca-passo nas pernas, mas ao chegarem no local de atendimento, tiveram que aguardar a médica terminar o atendimento de outro paciente. Destacou que enquanto aguardavam, Wilker começou a pedir para ir ao banheiro, chegando a escorrer fezes pelas pernas e, como o motivo do atendimento dele era justamente problemas estomacais, o declarante permitiu que usasse o banheiro antes de ser atendido, mas Wilker ainda pediu para soltar uma das algemas, pois precisaria se limpar, o que, por óbvio, não poderia ser feito com as algemas, razão pela qual o depoente soltou uma alça, e ele permaneceu de marca-passos.

Continuou, narrando que Wilker foi ao banheiro e o depoente pode perceber que o preso realmente defecou. Todavia, após sair do banheiro, foi solicitado a ele que colocasse as mãos para frente, para ser algemado, ao que o preso colocou as duas mãos para frente, mas no momento em que o declarante tentou colocar a segunda alça da algrma, este “partiu para cima” e entrou em luta corporal, com a clara intenção de retirar a arma do declarante, que estava no coldre. Destacou que durante a luta, ambos foram para o chão e a sua arma deslizou, ao que Wilker conseguiu pegá-la antes do declarante. Que com a arma em mãos, o detento correu em direção à saída do hospital, sendo alcançado pelo depoente. Todavia, o meliante apontou a arma contra a sua pessoa, acionando o gatilho por duas vezes, não logrando êxito nos disparos, pois o declarante tem costume de levar a arma fria (sem munição na câmara para pronto emprego), especialmente quando está fazendo escolta em local com aglomerado de pessoas. Informou que após estes acionamentos iniciais, Wilker correu mais um pouco, ainda dentro do hospital, mas o declarante continuou tentando alcançá-lo, pois sabia que a arma não estava pronta para disparo e o preso aparentemente não sabia. Asseverou que num determinado momento, o fugitivo voltou a acionar o gatilho e, na sequência, correu no sentido da porta da frente, para não passar pelo outro agente, momento

em que o declarante voltou na viatura em busca da espingarda que estava com Renato, ao que os dois saíram em busca do fugitivo. Contudo, após o depoente informar o colega de que Wilker estava armado com sua arma, Renato cessou a perseguição, voltando ambos para a viatura, em busca de apoio da PM. Enfatizou que os policiais realizaram diversas buscas nas proximidades, não o encontraram. Afirmou que teria visto em uma imagem encaminhada via WhatsApp Wilker soltando um dos lados do marca-passo, única forma de ele ter conseguido escapar tão rapidamente. Advertiu que o detento exigia muito atendimento médico, mesmo sendo atendido pelo médico da unidade prisional, o que o fez acreditar que a fuga já estava premeditada.

Por ocasião da audiência, Oscar enfatizou o fato de que ao tentar algemar o acusado, ele “pulou em cima de mim, a princípio com a mão na arma”, buscando tomá-la, quando esta caiu no chão e foi alcançada por Wilker. Também disse que, por duas vezes, o acusado apontou a arma contra o informante, acionando o gatilho, dizendo que iria matá-lo, o que somente não ocorreu porque não havia alimentado adequadamente a arma. Acrescentou ainda, que ao correr atrás do acusado, este se virou e novamente apontou a arma contra o informante, e, acionou mais duas vezes o gatilho, sem que ocorresse disparos. Ao final, questionado sobre eventual auxílio de outras pessoas, disse que não há elementos concretos neste sentido, mas que Gabriel não foi atendido pelo médico naquela noite e também não reclamou, e na manhã seguinte, foi ao pátio da unidade prisional caminhando normalmente. Concluiu, dizendo que a arma roubada não foi mais recuperada (fls. 12-13 e mídia de fl. 158).

O testigo Igor das Neves relatou na fase indiciária que trabalha como Técnico de Enfermagem no Hospital de Azambuja e, no dia 3-7-2017, estava de plantão, quando presenciou a fuga do detento Antonio Wilker de Souza. Relatou que se recorda de ter visto o preso sendo escoltado por um agente penitenciário, acreditando que ele estava com algemas nos punhos e tornozelos. Disse ter ouvido o detento pedir, em



voz alta, meio “apavorado”, dizendo: “Me leva no banheiro! Rápido, se não vou urinar na calça”, ao que o agente retirou a algema dos pulsos dele, para ele entrar no banheiro. Afirmou que o detento demorou no banheiro e o agente já estava preocupado e impaciente. Esclareceu que estava passando pelo corredor, quando viu o preso saindo do banheiro e entrando em luta corporal com o agente, quando este foi recolocar a algema do pulso. Disse que no hall de observação dos pacientes, que dá acesso ao banheiro, os dois caíram e o detento se levantou, momento em que ele conseguiu pegar a arma do agente penitenciário, a qual possivelmente havia caído na briga. Destacou ter percebido o detento tentando efetuar um ou dois disparos com a arma de fogo, apontando para o agente penitenciário, ao que o declarante correu e entrou em outro banheiro, sendo que o preso seguiu atrás de si, mas virou para o outro sentido do corredor, pois do lado do depoente não havia saída. Afirmou que a algema dos tornozelos do preso estava aberta de um lado, e quando ele corria, um pedaço da corrente batia no chão, sendo que ele fugiu com a arma do agente penitenciário em punho, pela entrada principal do hospital, tendo arrombado a porta com o ombro, pois estava com a trava automática, ao que também passou pela porta da recepção e já alcançou a via pública. Mencionou ainda que havia outro agente penitenciário na entrada secundária do hospital, na viatura, cuidando de outro preso. Finalizou, dizendo que os agentes e a polícia militar fizeram buscas pelas imediações, mas não lograram êxito em localizar o fugitivo (fls. 23-24).

Na sede do juízo, Igor declarou que na ocasião dos fatos, viu o acusado sendo acompanhado pelo agente penitenciário até o banheiro situado na sala de observação do hospital, gritando, em voz rápida: “preciso ir no banheiro, preciso ir no banheiro”. Informou que neste momento, percebeu que o acusado estava com o marca-passo travado no pé. Esclareceu ainda que presenciou, na saída do banheiro, a luta corporal entre os dois, momento em que Wilker dominou a arma. Que após isto, viu o acusado correndo, mas não conseguiu visualizar se ele estava com

o marca-passos travado ou com a corrente solta. Disse que presenciou o momento em que o acusado levantou do chão, com a arma na sua posse, enquanto o agente penitenciário permaneceu caído. Ao ser questionado se viu o acusado engatilhando a arma, respondeu que “vi ele puxando o dedo”, mas neste momento ele virou na direção do depoente, que de pronto saiu do local. Afirmou que visualizou o acusado engatilhando a arma, no momento em que o agente estava caído no chão, tendo inclusive gesticulado o ato realizado por Wilker. Esclareceu que haviam dois pacientes na sala de observação, além de outras pessoas no hospital. Asseverou ainda que na saída do banheiro, o acusado colocou as mãos para ser algemado, mas no momento em que o agente se aproximou, ele “pulou” na arma e entrou em luta corporal, ou seja, dominou ainda em pé a arma, que estava no coldre dianteiro do agente penitenciário. Ao final, ratificou seu depoimento prestado na fase policial (mídia de fls. 185-186).

A testemunha Gabriel Silva de Matos, ouvido apenas na fase judicial, declarou que estava recolhido na mesma cela de Wilker, mas que não teve qualquer participação na fuga. Não soube dizer a quanto tempo o acusado estava planejando fugir, pois ele não comentou com ninguém na cela. Não soube dizer se o acusado estava “decretado”. Esclareceu que não estava programado sua ida ao médico naquele dia, mas que já estava pedindo “saúde” há duas semanas, pois sentia fortes dores no joelho, apesar da medicação. Disse que estava tudo calmo na cadeia naquele dia, e que apenas a cela em que o depoente estava, A1, pediu “atenção para a saúde”, pois Wilker estava indo ao banheiro três ou quatro vezes a cada meia hora, e ninguém mais estava aguentando. Afirmou que tanto o depoente como Wilker estavam algemados e com marca-passos trancados. Aduziu que durante a fuga do acusado, apenas viu uma “muvucação”, mas não chegou a ver Antonio correndo, somente o agente Oscar saindo do hospital e pedindo ajuda para o agente Renato. Que depois disso, foi levado para a UPA e não recebeu atendimento médico. Mencionou que é

comum irem dois presos juntos ao hospital, geralmente com dois agentes na escolta. Afirmou ainda que tomou conhecimento pelo jornal de que Wilker roubou a arma do agente (mídia de fl. 158).

O Delegado de Polícia Leandro Antonio Salles, responsável pelo Inquérito Policial, narrou em juízo que tão logo tomou conhecimento dos fatos iniciou as investigações. Disse que diante da fragilidade da escolta, o acusado aproveitou para fugir, e segundo informações obtidas através do agente penitenciário Oscar, no momento da fuga, “ele foi direto na arma do agente, quando entraram em luta corporal e a arma caiu, momento em que o acusado a pegou e acionou o gatilho diversas vezes contra o agente”, sem que tivesse ocorrido disparos. Anotou que, se tivesse sido outra arma teria ocorrido os disparos, já que a .40 não tinha munição na câmara. Também destacou o fato de o agente ter mencionado que o acusado acionou o gatilho da pistola no mínimo por duas vezes, de modo que somente não aconteceu o latrocínio em razão destas circunstâncias. Afirmou ainda, que pelas imagens das câmeras de segurança foi possível constatar que na fuga o acusado correu pelo saguão do hospital com a arma em punho, e que teria usado o ombro para abrir a porta pela qual se evadiu do local. Disse que segundo Oscar, a arma tinha quinze munições, mas por precaução sua, já que iria ao hospital onde sempre tem várias pessoas, não inseriu munição na câmara da pistola, o que revela “cautela dele”. Concluiu, dizendo que não se apurou a participação de terceira pessoa e que a arma roubada não foi mais localizada (mídia de fl. 158).

Com efeito, extrai-se dos autos que à época dos fatos, o acusado Antonio Wilker de Souza encontrava-se segregado junto à Unidade Prisional Avançada local e, ao que tudo indica, vinha planejando sua fuga do ergástulo, assim que tivesse uma oportunidade, a qual foi-lhe ofertada na noite de 3-7-2017, por volta das 21:00 horas, durante o atendimento hospitalar de presos no Hospital de Azambuja de Brusque/SC.

Conforme apurado, na noite de 3-7-2017, durante o horário de

plantão na unidade prisional, o detento Antonio Wilker de Souza exigiu ser encaminhado ao hospital, sob o argumento de que sofria de problemas estomacais e precisava de atendimento médico, inclusive incitando os outros presos a subverter a ordem e a disciplina como forma de pressão, os quais gritavam: “saúde do ladrão, saúde do ladrão”.

Diante de tal situação e, havendo um princípio de tumulto entre os internos, o chefe de plantão autorizou a saída do acusado e de outro detento, identificado como Gabriel Silva de Matos – que também pleiteava atendimento médico em razão de problemas no joelho – ao Hospital de Azambuja, sob a escolta de apenas dois agentes penitenciários, Renato de Britto Júnior e Oscar Valle Filho, em razão da falta de efetivo de segurança naquele horário.

Chegando ao nosocômio, restou acordado entre os agentes que o preso Gabriel Silva de Matos seria o primeiro a ser atendido. Todavia, este pediu que dessem prioridade ao atendimento de Antonio Wilker de Souza, pois o acusado estava “fedendo” e teria soltado muitos gazes no caminho ao hospital, pelo que os agentes atenderam ao pedido.

Já no interior da unidade de saúde, o denunciado, que estava com algemas nos punhos e marca-passo nos tornozelos, solicitou ao agente Oscar, responsável por sua escolta, autorização para ir ao banheiro, tendo ele autorizado, uma vez que o detento escorria fezes pelas pernas. Além disso, o agente destravou a algaema de uma de suas mãos, a fim de que o acusado pudesse se limpar.

Após algum tempo no banheiro, Wilker saiu, possivelmente com um dos pés livres das correntes do marca-passo, o que não foi percebido pelo agente, e posicionou as duas mãos para frente, a fim de ser novamente algemado. Todavia, no momento em que o agente tentava colocar a algaema, o acusado “partiu para cima” dele, com a intenção de se evadir do local, e os dois entraram em luta corporal.

Durante a luta corporal, a arma de fogo, marca Taurus, calibre .40,

com numeração SJY21147 e registro no Sinarm n. 201700877961350, carregada com quatro munições, deslizou do coldre do agente penitenciário Oscar, ao que o acusado logrou êxito em se desvencilhar e subtraí-la, se evadindo do local na posse do artefato.

O agente penitenciário saiu ao encalço do acusado, o qual, com o fim de assegurar a impunidade do crime e a subtração da arma de fogo, apertou o gatilho por duas vezes, na direção de Oscar, não logrando êxito nos disparos, pois este tem o costume pessoal de, por cautela, em ambientes com aglomerados de pessoas, não deixar a arma em pronto emprego, isto é, não deixar munição na câmara, fator que Wilker desconhecia.

Dando sequência na fuga, próximo à porta de saída do hospital, o acusado voltou a acionar o gatilho na direção do agente penitenciário, todavia novamente não logrou êxito em efetuar o disparo, se evadindo pela porta da frente, para não passar pelo outro agente que realizava a escolta da viatura nos fundos do hospital.

Não obstante as diligências empregadas por parte dos agentes penitenciários, polícia militar e polícia civil, não foi possível a recaptura do acusado naquela noite, tendo o cão farejador indicando a perda do rastro no meio da via, a cerca de dois quilômetros do hospital, indicando que o fugitivo teria ganhado fuga por outro veículo, o que poderia ser um apoio já premeditado, ou que ele teria rendido alguém no local que, por medo, não registrou o fato.

Imperativo destacar, outrossim, que o acusado só foi localizado e preso preventivamente em 8-9-2017, após supostamente se envolver em um assalto à mão armada na cidade de Navegantes/SC, na companhia de outro comparsa, oportunidade em que acabou sendo agredido pelas vítimas e foi encaminhado ao hospital, onde se identificou com o nome do irmão, mas acabou identificado pelos policiais desta comarca e foi encaminhado ao Presídio de Canhanduba – Itajaí/SC (autos n. 0003195-

40.2017.8.24.0135).

Desta forma, não há dúvidas quanto à configuração do crime de evasão mediante violência contra a pessoa, delineado no art. 352, *caput*, do Código Penal, tal qual descrito no Fato 1 da denúncia.

Ao discorrer sobre a análise do núcleo do tipo penal, Guilherme de Souza Nucci ensina que:

“*Evadir-se* significa fugir ou escapar à prisão. O tipo penal prevê, também, a forma tentada, equiparando-se à consumada, fazendo com que seja impossível haver tentativa. Assim, fugir ou tentar fugir, para as finalidades do art. 352, têm o mesmo alcance. Por outro lado, é preciso ressaltar, desde logo, que a fuga do preso somente é punida se houver violência contra a pessoa, visto ser direito natural do ser humano buscar a liberdade, do mesmo modo que se permite ao réu, exercitando a autodefesa, mentir. Ressalta-se, ainda, que a fuga violenta exercida no momento da decretação da prisão configura o delito de resistência. Mas se o indivíduo já estiver preso legalmente e tentar fugir ou conseguir fugir mediante o emprego de violência, configura-se o crime do art. 352.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado – 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1530).

No caso, vislumbra-se que o acusado encontrava-se segregado legalmente na UPA local, eis que estava preso preventivamente nos autos da ação penal n. 0000150-12.2017.8.24.0011.

Assim, conforme narrado acima, agindo com o dolo específico de escapar da prisão legal, o acusado, na noite de 3-7-2017, aproveitando-se do baixo efetivo de agentes penitenciários no período de plantão, exigiu que fosse encaminhado ao Hospital de Azambuja para atendimento médico, de onde se evadiu, utilizando-se de violência física contra o agente penitenciário Oscar Valle Filho.

Observo que apesar de o agente público não ter se submetido ao

exame de corpo de delito para atestar a ocorrência de lesões corporais, não há dúvida quanto ao emprego de violência física por parte do acusado, tendo em vista que no momento em que Oscar tentou recolocar a algema no detento, Antonio Wilker “partiu para cima” dele, com a intenção de se evadir do nosocômio, e os dois entraram em luta corporal, até que o meliante conseguiu se desvencilhar e ainda subtraiu a arma de fogo calibre .40, se evadindo do local na posse do artefato.

Imperativo destacar ainda que apesar de sua fantasiosa narrativa por ocasião do interrogatório prestado em juízo, todos os elementos de prova carreados aos autos evidenciam que o acusado já vinha planejando a sua fuga do ergástulo, tendo exigido atendimento médico no nosocômio durante a noite, em regime de plantão na unidade prisional, a fim de diminuir a vigilância sobre si, uma vez que fora do complexo penitenciário e sob a escolta de apenas um agente, por certo que a fuga seria mais facilitada.

Ademais, apesar da assertiva apresentada pelo acusado em juízo, aduzindo que apenas “solicitou” atendimento médico, os agentes penitenciários afirmaram de forma categórica que Antonio inclusive incitou os outros presos a subverter a ordem e a disciplina da unidade prisional, como forma de pressão, os quais gritavam “saúde do ladrão, saúde do ladrão”, gerando um princípio de tumulto no ergástulo, o que fez com que o agente responsável pelo plantão autorizasse sua ida ao hospital, evidenciando assim que já vinha arquitetando o plano de fuga, havendo até mesmo indicativos de que havia um veículo lhe esperando nas proximidades do nosocômio, para possibilitar a rápida evasão do local.

Além disso, não obstante o acusado tenha alegado que o agente penitenciário facilitou a sua fuga, soltando inclusive o marca-passos, verifica-se que tal versão é completamente descabida, pois não há nenhuma razão nos autos para se desconfiar da conduta de Oscar, não

havendo dúvidas de que este apenas cumpriu seu papel de levar o detento ao hospital, quando este, utilizando-se de violência, logrou êxito em fugir na posse da arma de fogo de uso restrito.

Assim, não há dúvidas de que a conduta do acusado se amolda perfeitamente ao fato típico delineado no art. 352, *caput*, do Código Penal, de modo que a sua responsabilização criminal constitui-se medida imperativa.

De bom alvitre destacar que melhor sorte não assiste a defesa quando requer a apuração da responsabilidade penal do agente penitenciário Oscar quanto ao crime descrito no art. 351, do Código Penal, uma vez que não há qualquer elemento nos autos, por mínimo que seja, que este tivesse facilitado a fuga do acusado.

Por outro lado, extrai-se do relato coerente e harmônico do agente penitenciário Oscar, corroborado pelas declarações da testemunha presencial Igor Dias Neves, que o acusado após se desvencilhar da luta corporal e lograr êxito na subtração da arma, acionou o gatilho por duas vezes, na direção do agente, para impossibilitar-lhe a reação ante a subtração do artefato, mostrando clara intenção em ceifar-lhe a vida, somente não logrando êxito em seu intento em razão de o instrumento não estar em pronto emprego, não havendo munição na câmara.

Observo que apesar de o acusado ter se vangloriado ao longo de seu interrogatório perante o juízo de que possui alto conhecimento no manuseio de armas, aduzindo que não acionou o gatilho da arma para não prejudicar o agente penitenciário, que teria facilitado a sua fuga, tal assertiva foi totalmente derruída pela testemunha presencial Igor das Neves, o qual, corroborando com a versão apresentada pelo agente Oscar, afirmou que presenciou o momento em que o detento “pulou” em cima da arma, entrou em luta corporal com o agente, logrou êxito em pegar o artefato e, enquanto Oscar ainda estava caído no chão, acionou o gatilho na direção deste.



Não satisfeito, enquanto empreendia fuga, Antonio novamente mirou a arma na direção do agente penitenciário, e novamente acionou o gatilho, não logrando êxito em efetuar os disparos em razão de não haver munição na câmara.

Diante de tais elementos, pode-se concluir, com a segurança necessária, que eram duas as finalidades do acusado ao acionar o gatilho contra o agente penitenciário, uma direta e uma indireta: diretamente, Antonio Wilker pretendia assegurar a subtração da arma, e indiretamente, pretendia obter o sucesso na fuga, já que o artefato seria utilizado para evitar a aproximação das pessoas que se encontravam no hospital – possibilitando a rápida saída do local, bem como contra os agentes ou policiais que tentassem recapturá-lo.

Portanto, a conduta do acusado descrita no Fato 2 da denúncia efetivamente se amolda ao crime de latrocínio tentado, previsto no art. 157, §3º, segunda parte, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, uma vez que clara a sua intenção de subtrair a arma do agente penitenciário, para si, certamente para utilizar na prática de outros crimes patrimoniais, bem como para lhe possibilitar a fuga, não havendo dúvidas de que tentou ceifar a vida de Oscar Valle Filho para assegurar a permanência da posse do artefato bélico, o que, de fato, logrou êxito, uma vez que este não foi mais recuperado.

Diante da sucessão dos fatos, verifica-se que o acusado, ao perceber que o agente penitenciário corria ao seu encalço, mirou a arma na direção deste e acionou o gatilho por duas vezes, com o evidente propósito de assegurar o sucesso na empreitada criminoso – qual seja, empreender fuga do hospital e, portanto da unidade prisional, na posse de uma arma de fogo calibre .40, somente não ocasionando o evento morte por circunstâncias alheias à sua vontade, tendo em vista que o artefato não estava pronto para uso.

Sobre o tema, ensina Cezar Roberto Bittencourt :

“Há inúmeras correntes sobre as diferentes possibilidades fático-jurídicas das formas tentadas do crime de latrocínio. Tratando-se de crime complexo, cujos crimes membros são roubo e morte, surgem grandes dificuldades interpretativas quando algum de seus componentes não se consuma. Sem sombra de dúvida, porém, quando não se consumar nem a subtração nem a morte, a tentativa será de latrocínio. Ocorrendo somente a subtração e não a morte, admite-se igualmente a tentativa de latrocínio. Quando se consuma somente a morte e não a subtração as divergências começam a aparecer.” (Tratado de direito penal, parte geral 3. 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2007, p.113).

Induvidoso que a intenção era matar o agente penitenciário, não havendo falar em disparo involuntário, posto que, visando resguardar a subtração da arma de fogo e também a fuga, o acusado mirou em face do agente público e acionou o gatilho por duas vezes, sem, contudo, lograr êxito em efetivamente disparar e atingí-lo. Consta, ainda, que num segundo momento, acionou novamente o gatilho da arma, porém novamente não logrou êxito em efetuar o disparo almejado.

É cediço que nos crimes contra o patrimônio, a palavra das vítimas, quando firme e coerente, é de fundamental importância como prova, tal qual ocorre no caso dos autos, em que os depoimentos prestados pelo agente penitenciário Oscar Valle Filho harmonizam com os demais elementos colhidos durante a instrução, em especial as declarações da testemunha presencial Igor das Neves, justificando o reconhecimento seguro da responsabilidade do agente.

Assim, não restam dúvidas quanto ao *animus necandi*, pois o disparo foi efetuado com o desiderato de assegurar o sucesso na empreitada criminoso, não havendo o que se falar em caso fortuito ou força maior. Ademais, é consabido que mesmo que não tenha ocorrido o evento morte, ainda assim o latrocínio tentado está caracterizado, diante do dolo do agente, independentemente de o agente público não ter se

lesionado.

Neste sentido, é o entendimento jurisprudencial dominante:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO TENTADO (CP, ART. 157, § 3º, C/C ART. 14, II). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO IMPUGNADAS. DISCUSSÃO ACERCA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. AGENTE QUE TINHA A INTENÇÃO DE OFENDER O PATRIMÔNIO DA VÍTIMA E, PARA TANTO, ATENTOU CONTRA A VIDA DESTA, NÃO ATINGINDO O RESULTADO MORTE POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À SUA VONTADE. ANIMUS NECANDI COMPROVADO, ESPECIALMENTE PELA PROVA ORAL. PALAVRAS FIRMES E COERENTES DA VÍTIMA. POTENCIAL LESIVO INERENTE À NATUREZA DO INSTRUMENTO UTILIZADO (CANIVETE). SENTENÇA MANTIDA. - Ainda que a intenção do agente fosse, a princípio, apenas subtrair os bens da vítima, tal circunstância não altera o dolo do crime de latrocínio, ao passo que posteriormente manifestou animus necandi. - Para configuração do crime de latrocínio tentado é prescindível a aferição da gravidade das lesões experimentadas pela vítima, “sendo suficiente a comprovação de que o agente tenha atentado contra a sua vida com animus necandi, não atingindo o resultado morte por circunstâncias alheias à sua vontade” (HC 113.049/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 10.9.13, v.u.). [...]” (TJSC, Apelação Criminal n. 0009926-38.2015.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Carlo Alberto Civinski, j. 22-11-2016.) - grifei.

Ademais, não se olvide que o ânimo de subtração da arma se extrai da própria versão apresentada pelo acusado, já que afirmou ter dispensado o instrumento bélico na fuga e, dois ou três dias após, solicitado que pessoa do seu conhecimento e intimidade, buscasse a referida pistola,

assegurando o sucesso na empreitada criminosa.

Destarte, estando comprovado o *animus furandi* e subsequente *animus necandi* do acusado, devidamente configurado o crime de latrocínio tentado, não havendo o que se falar em absolvição, ou ainda, em desclassificação para roubo majorado.

Na hipótese, o acusado executou todos os atos, logrando êxito na subtração da arma de fogo e fuga do nosocômio, restando apenas, para a consumação do delito, a morte do agente penitenciário, o que de fato não ocorreu por circunstâncias alheias à sua vontade, conforme acima mencionado.

Além disso, não há dúvidas quanto à autoria do acusado, fato incontroverso nos autos, uma vez que a prova é clara no sentido de que Antonio Wilker de Souza foi a pessoa responsável por se evadir do Hospital de Azambuja durante atendimento médico em escolta da unidade prisional, aterrorizando a todos que se encontravam no nosocômio, levando consigo a arma de fogo, marca Taurus, calibre .40, com numeração SJY21147 e registro no Sinarm n. 201700877961350, carregada com quatro munições, o que pode ser comprovado, inclusive, por meio da filmagem contida na mídia de fl. 50.

Com efeito, colhe-se do acervo probatório amealhado aos autos, a existência de fatos elementos de convicção quanto a autoria e culpabilidade do acusado, os quais conduzem a certeza de sua responsabilidade criminal pelo ilícito de latrocínio tentado apontado na proemial acusatória.

Na espécie, a prova da autoria e culpabilidade de Antonio Wilker de Souza não se sustenta em mera suspeita, mas em elementos de convicção robustos e irrefutáveis, que autorizam uma conclusão segura quanto sua responsabilidade criminal, de modo que as teses defensivas não merecem prosperar, sendo a condenação pelo crime de latrocínio tentado a única medida imperativa.

Observo ainda que não há falar em aplicação do princípio da consunção ao presente caso, uma vez que o acusado agiu com desígnios autônomos e ofendeu bens jurídicos distintos, já que num primeiro momento articulou seu plano de fuga da unidade prisional, exigindo atendimento médico no hospital durante a noite, a fim de diminuir a vigilância, se aproveitando do fato de estar sob a escolta de apenas um agente para entrar em luta corporal com o mesmo e se evadir do local.

Não satisfeito, o acusado ainda subtraiu a arma de fogo calibre .40 do agente penitenciário e acionou o gatilho na direção deste por ao menos três vezes, a fim de possibilitar a posse mansa e pacífica do artefato, bem como assegurar a fuga e o sucesso na empreitada criminosa, o que de fato ocorreu, já que foi localizado apenas dois meses depois, após supostamente se envolver num assalto na cidade de Navegantes/SC, enquanto a arma não foi mais recuperada.

Segundo colhe-se das lições de Guilherme de Souza Nucci, o crime de latrocínio protege dois bens jurídicos: o patrimônio e a integridade física e liberdade do indivíduo (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado – 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 928).

Já o crime de evasão mediante violência tem como bem jurídico primário a administração da justiça (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado – 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1530).

Desta forma, inviável a aplicação do princípio da consunção ao presente caso, devendo o acusado ser responsabilizado criminalmente pelos dois ilícitos que lhe são imputados na denúncia, em concurso material, já que possuía desígnios autônomos e a sua conduta ofendeu a bens jurídicos distintos.

Destarte, comprovadas a materialidade dos ilícitos narrados na denúncia, a autoria e culpabilidade do acusado, não havendo causas de exclusão dos crimes ou isenção da pena, passo, pois, a aplicação da correspondente censura penal.

## DA DOSIMETRIA E APLICAÇÃO DA PENA:

Atento às diretrizes norteadoras do art. 59 do CP, consigno que a **culpabilidade** do acusado, compreendida como maior grau de reprovabilidade da conduta, não se afasta da linha de normalidade prevista à espécie.

É reincidente e registra **antecedentes criminais** contra si, pois possui condenações definitivas neste juízo pelos delitos de receptação dolosa e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, datada de 24-10-2013, e homicídio qualificado tentado, datada de 25-07-2014, cuja pena foi extinta em 07-04-2015, além de possuir condenação transitada em julgado na comarca de Joinville/SC, em 26-02-2014, pelo crime de receptação dolosa (fls. 142-150), todas dentro do período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, de modo que uma das condenações será considerada para fins de reincidência e as demais como maus antecedentes e valoração negativa da conduta social (fls. 234-242).

Os **motivos** podem ser considerados inerentes aos tipos penais, pois objetivava a fuga do estabelecimento prisional e a subtração de uma arma de fogo de uso restrito.

A **conduta social**, retratada pelo comportamento do acusado na sociedade, deve ser considerada negativa, uma vez que apesar de já possuir condenações transitadas em julgado pelos crimes de receptação dolosa, porte ilegal de arma de fogo, e tentativa de homicídio e, mesmo recentemente condenado por dois crimes de roubo, o acusado não hesitou em novamente se envolver com a senda do crime, se evadindo do hospital e, portanto, da unidade prisional em que encontrava-se legalmente recolhido, mediante agressão física a um agente penitenciário e subtração da arma de fogo de uso restrito pertencente a ele, o que demonstra o seu péssimo comportamento social e conduta dotada de alta periculosidade, voltada aos sinuosos caminhos do crime, devendo tal circunstância ser valorada em seu desfavor.

Além disso, o acusado possui ao menos três condenações com trânsito em julgado, além de uma condenação de primeiro grau, cujos autos encontram-se em grau de recurso, o que permite a valoração negativa da conduta social sem acarretar em *bis in idem*. Neste sentido: “1. É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que “várias condenações transitadas em julgado autorizam ter por desfavoráveis as circunstâncias judiciais dos antecedentes, conduta social e personalidade”. (HC 295.211/MS, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/12/2014).

A **personalidade**, apesar de voltada aos sinuosos caminhos do crime, não restou melhor apurada nos autos e deve ser considerada normal.

As **circunstâncias** dos crimes são negativas, uma vez que o acusado os praticou no maior nosocômio da cidade, havendo intenso movimento de pacientes e familiares, os quais buscam o local para restabelecimento da saúde e foram surpreendidos pela conduta criminosa de Antonio Wilker de Souza, o qual entrou em luta corporal com o agente penitenciário, subtraiu uma arma de fogo de uso restrito e acionou o gatilho por três vezes, se evadindo do local na posse do artefato, em punho, aterrorizando a todos que se encontravam no hospital naquele momento, conforme se verifica inclusive pela mídia de fl. 50. Além disso, não há dúvida quanto ao risco gerado aos pacientes, familiares e funcionários do hospital, uma vez que estes poderiam ter sido alvo dos disparos que o acusado tentou efetuar, sem olvidar o risco de complicação de algum paciente que recebia atendimento no momento dos fatos e certamente se sentiu apavorado com a situação criminosa vivenciada naquela noite. Por tais fundamentos, tal circunstância deve ser considerada em seu desfavor.

As **consequências** dos crimes são normais a espécie e não implicam em agravamento ou atenuação, com destaque para a não recuperação da arma de fogo. A **vítima**, com seu comportamento, não

deu causa ao ilícito perpetrado pelo acusado.

Com relação ao crime de evasão mediante violência contra a pessoa:

Considerando que ao menos os maus antecedentes, conduta social e circunstâncias do crime lhe são negativas, necessária a exacerbação da pena-base (em um sexto para cada circunstância, conforme entendimento dominante), que fixo em quatro (4) meses e quinze (15) dias de detenção.

Na segunda fase, como circunstância agravante, reconheço a reincidência (art. 61, I, do CP) e, em razão dela elevo a pena em um sexto (1/6), isto é, quinze (15) dias, totalizando-a, na ausência de atenuantes, uma vez que o acusado não é confesso quanto à culpabilidade, já que alegou ter tido a fuga facilitada, em cinco (5) meses de detenção.

Na terceira etapa, ausentes causas especiais de aumento ou diminuição da pena, a qual totalizo em **cinco (5) meses de detenção**.

Diante da alta periculosidade evidenciada pelo acusado, além das circunstâncias judiciais desfavoráveis e reincidência, para reprovação de sua conduta e prevenção de novos ilícitos, fixo o regime semiaberto para início de cumprimento da pena corporal, nos termos do art. 33, §3º do Código Penal.

Com relação ao crime de latrocínio tentado:

Novamente, considerando que ao menos os maus antecedentes, conduta social e circunstâncias do crime lhe são negativas, necessária a exacerbação da pena-base (em um sexto para cada circunstância, conforme entendimento dominante), a qual fixo em trinta (30) anos de reclusão, e trezentos e sessenta (360) dias-multa, no valor de um trinta avos (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia multa, corrigidos na forma legal (a pena de multa é aumentada na mesma quantidade da privativa de liberdade, mantendo-se a proporcionalidade).

Guilherme de Souza Nucci afirma que “a pena de multa, no tocante



ao número de dias-multa, como regra, deve acompanhar o montante de acréscimo ou diminuição usado para a privativa de liberdade” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 9ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 383).

Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...] Na aplicação da pena de multa, deve-se guardar proporção com a privativa de liberdade. (STJ - HC 149807/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 06/05/2010)

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes suscetíveis de influenciar no cálculo, tendo em vista que mesmo reconhecida a agravante da reincidência específica, a pena-base já foi fixada no máximo legal de trinta (30) anos, não podendo superar este patamar na segunda fase de aplicação, conforme entendimento consolidado na doutrina e jurisprudência.

Neste sentido: “Uma vez que a legislação não previu quantidades determinadas para o aumento da reprimenda, na segunda fase da dosimetria, em decorrência das agravantes, o magistrado fica restrito aos limites mínimo e máximo da pena cominada abstratamente pelo tipo penal, devendo observar a proporcionalidade da sanção dosada na fase antecedente.” (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.015168-5, de Lages, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Quarta Câmara Criminal, j. 09-04-2015).

Na terceira etapa, não se verificam causas especiais de aumento, sendo que por outro lado, presente a causa especial de diminuição prevista no artigo 14, inciso II, do Código Penal, pela qual diminuo a pena no patamar mínimo de um terço (1/3), considerando o *iter criminis* percorrido – uma vez que o acusado logrou êxito na subtração da arma de fogo de uso restrito e acionou o gatilho por três vezes em face do agente penitenciário, mirando na direção deste, somente não logrando êxito em atingí-lo em razão de o artefato não estar pronto para disparo,

de modo que praticou todos os atos executórios do crime de latrocínio, apenas não logrando êxito na morte da vítima por circunstâncias alheias à sua vontade, tendo inclusive se evadido na posse mansa e pacífica da *res*, que sequer foi recuperada, o que permite inferir que esteve muito próximo à consumação delitiva.

Assim, torno a pena definitiva em **vinte (20) anos de reclusão, e duzentos e quarenta (240) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Considerando o *quantum* de pena aplicado, reincidência do acusado, alta periculosidade, além das circunstâncias judiciais desfavoráveis e o fato de o latrocínio tentado ser considerado crime hediondo, para a prevenção e reprovação de sua conduta, fixo o regime fechado para cumprimento inicial da reprimenda corporal, conforme art. 33, § 2º, 'a', do Código Penal.

Do concurso material (art. 69, *caput*, do CP):

Tendo em vista que, *conforme acima analisado*, o acusado, mediante mais de uma ação e com desígnios autônomos, ofendeu a bens jurídicos distintos, necessário o acúmulo material das penas, nos termos do art. 69, *caput*, do Código Penal, as quais totalizo em **vinte (20) anos de reclusão**, em regime inicial fechado, e **cinco (5) meses de detenção**, em regime inicial semiaberto, devendo ser cumprida primeiro a pena mais grave, além de **duzentos e quarenta (240) dias-multa**, no valor e forma acima mencionados.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** a denúncia, para **condenar** o acusado **ANTONIO WILKER DE SOUZA**, vulgo "**Bruxo**", já qualificado nos autos, às penas de **vinte (20) anos de reclusão**, em regime inicial fechado (art. 33, § 2º, 'a', do CP), e **cinco (5) meses de detenção**, em regime inicial semiaberto (art. 33, §3º, do CP), devendo ser cumprida primeiro a pena mais grave, além de **duzentos**

**e quarenta (240) dias-multa**, no valor de um trinta avos (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, dando-o como incurso nas sanções do artigo 157, § 3º, segunda parte, c/c o artigo 14, inciso II, e artigo 352, *caput*, na forma do artigo 69, *caput*, todos do Código Penal.

Condeno-o, ainda, ao pagamento das custas processuais, que deverão ser recolhidas juntamente com a multa, no prazo de dez (10) dias, a contar do trânsito em julgado, conforme art. 50 do Código Penal.

Diante do alto grau de reprovação de sua conduta, *quantum* de pena aplicada, reincidência, maus antecedentes, e circunstâncias judiciais desfavoráveis, além de os crimes terem sido praticados mediante violência à pessoa, por certo que o acusado não satisfaz os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, multa pecuniária, ou concessão de *sursis*, nos termos do art. 44 e art. 77, ambos do Código Penal, pelo que deixo de lhe conceder tais benesses legais.

Outrossim, nego-lhe o direito de recorrer em liberdade, porque preso preventivamente, permaneceu segregado durante toda a instrução criminal, não havendo justificativa para ser colocado em liberdade no instante em que é reconhecida a sua responsabilidade penal pelo grave crime de latrocínio tentado descrito na denúncia, e estabelecido o regime fechado para início de cumprimento da pena. Além disso, verifica-se que ainda estão presentes os requisitos da prisão preventiva, especialmente a garantia da ordem pública, em razão da reiteração na prática de crimes patrimoniais e contra a vida, bem como a aplicação da lei penal, uma vez que o acusado também foi condenado por ter se evadido do sistema penitenciário, destacando-se que permaneceu foragido por cerca de dois meses, até ser autuado em flagrante pela prática de novo delito, o que denota o risco concreto de nova evasão caso tenha a liberdade restabelecida (art. 312 do CPP).

Apesar da publicação da Lei n. 12.736/2012, que acrescentou o § 2º ao artigo 387 do CPP, deixo de aplicar a detração, a qual deverá ser objeto de análise em sede de execução penal, uma vez que o acusado possui outras execuções em andamento.

Mantenha-se o sentenciado na prisão em que se encontra.

Diante da condenação e não concessão ao direito de recorrer em liberdade, requirite-se imediata vaga junto ao DEAP e expeça-se PEC provisório.

Transitada em julgado, lance-se-lhe o nome no rol de culpados e procedam-se às anotações e comunicações necessárias, inclusive ao Cartório Eleitoral (art. 15, III, da CF) e à Egrégia Corregedoria-Geral da Justiça.

Apesar de os crimes terem sido praticados após advento da Lei nº 11.719/08, que alterou a redação do art. 387, inciso IV, do CPP, na ausência de indicativos seguros quanto ao efetivo prejuízo de ordem material, deixo de fixar valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração.

Em cumprimento ao disposto no art. 201, § 2º, do CPP, e de acordo com a redação alterada pela Lei nº 11.690/2008, determino que o gestor da UPA local seja cientificado da presente sentença pela via postal.

Cumpridos todos os desdobramentos da sentença, arquivem-se, com as baixas necessárias.

**Publique-se.**

**Registre-se.**

**Intimem-se.**

Brusque (SC), 06 de abril de 2018.

Edemar Leopoldo Schlosser  
Juiz de Direito

**Autos n.º 0005720-81.2014.8.24.0011**

Ação: Ação Penal – Procedimento Ordinário /PROC

Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Acusado: Jones Jeciel Barbosa de Araújo

**Vistos, etc.**

**JONES JECIEL BARBOSA DE ARAÚJO**, brasileiro, divorciado, pintor, nascido em 13.7.1966, natural de Porto Alegre/RS, filho de Edemir Barbosa de Araújo e Estevão Carvalho de Araújo, portador do RG n. 7.055.447 SSP/SC e inscrito no CPF n. 489.678.580-00, residente na Travessa Rio Grande do Sul, n. 63, Bairro Parque do Espírito Santo, em Cachoeirinha/RS, atualmente recolhido junto ao Anexo Cadeia Pública POA PCPA, em Porto Alegre/RS, foi denunciado pelo Ministério Público pela prática dos crimes previstos nos artigos 217-A, *caput*, e 218, *caput*, c/c o artigo 226, incisos I e II, todos do Código Penal, e artigos 244-B, *caput*, e 241-D, parágrafo único, inciso I, ambos do Estatuto da Criança e Adolescente, todos na forma do artigo 69, *caput*, também do Código Penal (por no mínimo dez vezes), porque segundo a denúncia, *in verbis*:

*“Segundo consta do incluso caderno indiciário, entre os meses de junho à dezembro de 2013, em dias e horários a serem melhor apurados durante a instrução criminal, na residência localizada na Rua Gabriel Siegel, n. 349, Bairro Guarani, Brusque/SC, o denunciado **JONES JECIEL BARBOSA DE ARAÚJO**, aproveitando-se da tenra idade da vítima Kauã Daniel Brandão Vieira, apenas seis anos (DN 05.2.2007) e da autoridade que tinha sobre ele por ser seu tio e residir na mesma casa, inclusive dividir o mesmo quarto, mediante violência presumida, praticou com ele atos libidinosos diversos da conjunção carnal, quais*

*sejam, fez ele o masturbar, o fez praticar sexo oral consigo, praticou sexo anal com ele, além de ter ejaculado em seu rosto e sua boca e passado as mãos em seu bumbum e pênis, conforme atesta Laudo Psicológico de fls. 132/139.*

*‘Segundo apurado nos autos, o denunciado JONES, com o fim de satisfazer sua lascívia, aproveitando-se do fato de ficar boa parte do dia sozinho com o infante em casa, chamava-o para assistir consigo filmes pornográficos, oportunidade em que pedia que ele o masturbasse até ejacular, sendo que por vezes pedia que ele baixasse a calça/bermuda e introduzia seu pênis no ânus da criança, aproveitando-se de sua inocência, sendo os fatos aconteceram por diversas vezes no período em que o denunciado residia na mesma casa que a vítima.*

*‘Ressalta-se que o denunciado JONES não praticava os atos contra a vítima sozinho, ele corrompeu ou facilitou a corrupção do adolescente Alef Ferreira da Silva (DN 11.9.1998), e juntamente com ele praticando a infração penal acima descrita ou, ainda, influenciando-o a praticá-la.*

*‘O adolescente Alef era vizinho da vítima Kauã e do denunciado, e quando sabia que eles estavam sozinhos em casa ia até lá, sendo que nestas ocasiões JONES o convidava para assistir filmes pornográficos e o incentivava a tocar na vítima e também induzia a criança Kauã a masturbar o adolescente, também incentivando a realização de sexo anal entre ambos, o que era feito por Alef.*

*‘Anota-se que o denunciado JONES e o adolescente Alef ameaçavam a vítima dizendo que caso ele não deixasse eles “comerem a sua bunda”, iriam contar para o pai da vítima que ele teria assistido os filmes pornográficos, o que o fazia ficar com medo de apanhar de seu pai e “permitir” os abusos.*

*‘Dessa forma, o denunciado JONES praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com a vítima Kauã, seu sobrinho, a qual*

*possuía apenas 6 anos de idade à época dos fatos, por pelo menos dez vezes, corrompeu ou facilitou a corrupção de menores de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal e/ou induzindo-o a praticá-la, também induziu alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem, e ainda facilitou e induziu o acesso da vítima Kauã à material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso.”*

A Autoridade Policial representou pela decretação da prisão preventiva do acusado, cuja representação obteve manifestação Ministerial favorável e foi acolhida por este juízo no dia 11-8-2014 (fls. 35-37), sendo o mandado cumprido apenas em 22-6-2017, uma vez que Jones encontrava-se foragido (fls. 44-50).

Formulado pedido de liberdade provisória em favor do acusado (fls. 56-70), este obteve manifestação Ministerial desfavorável (fls. 98-99) e foi indeferido (fls. 171-172).

A denúncia, acompanhada pelo inquérito policial, foi oferecida em 14-7-2017 (fls. 179-183) e recebida em 18-7-2017 (fl. 184).

O acusado constituiu defensor nos autos, dando-se por suprida a citação pessoal, e apresentou resposta à acusação às fls. 231-239, requerendo a rejeição da denúncia e absolvição, por ausência de provas da ocorrência do delito (fls. 231-239).

Durante a instrução, foram ouvidas cinco testemunhas arroladas pela acusação, sendo uma por meio de carta precatória, além de interrogado o acusado, também por meio de carta precatória (fls. 301; 322; e 355).

Nada foi requerido na fase diligencial.

Em alegações finais por memoriais, a acusação entendeu que restaram comprovadas a materialidade dos delitos, a autoria e culpabilidade do acusado, e requereu a condenação, nos moldes da denúncia (fls. 359-

373).

A douta defesa, por sua vez, postulou pela absolvição, em razão da falta de provas dos fatos imputados na denúncia. Alternativamente, requereu o afastamento do concurso material e reconhecimento de crime único (fls. 380-385).

Antecedentes criminais certificados às fls. 198-200; 268-269; 316-317.

Vieram os autos conclusos.

### **Relatados, decido.**

Imputa-se ao acusado a prática dos crimes de estupro de vulnerável e corrupção de menores, previstos nos artigos 217-A, *caput*, e 218, *caput*, c/c o artigo 226, incisos I e II, todos do Código Penal, além dos delitos de corrupção de menor e induzimento de acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso, capitulados nos artigos 244-B, *caput*, e 241-D, parágrafo único, inciso I, ambos do Estatuto da Criança e Adolescente, todos na forma do artigo 69, *caput*, também do Código Penal (por no mínimo dez vezes).

*Ab initio*, observo que apesar de a carta precatória expedida à fl. 242 para inquirição das testemunhas de defesa ainda não ter retornado ao juízo devidamente cumprida, tal circunstância não impede o julgamento do feito, em razão do disposto no art. 222, §2º do CPP, eis que já decorrido o prazo previsto para o seu cumprimento.

Digno de nota ressaltar que a defesa não se insurgiu em sede de diligências e/ou alegações finais acerca do não cumprimento e devolução da carta precatória, o que permite concluir que as testemunhas arroladas são meramente abonatórias e, portanto, prescindíveis ao esclarecimento dos fatos.



Ora, se as testemunhas fossem necessárias à produção de provas, certamente a defesa teria se insurgido quanto ao não cumprimento da carta precatória expedida para inquirição destas, o que de fato não ocorreu, como se vislumbra dos memoriais apresentados às fls. 380-385, permitindo a este juízo o julgamento do feito sem a colheita dos referidos depoimentos.

Feita tal consideração inicial e, não havendo outras preliminares a ser analisadas, passo ao julgamento do mérito.

A materialidade e autoria dos delitos estão comprovadas por intermédio do boletim de ocorrência (fls. 127-128), relatório psicológico (fls. 132-139), prova oral coletada ao longo da instrução criminal, e demais elementos de convicção que compõem o acervo dos autos.

Interrogado apenas em juízo, por intermédio de carta precatória, o acusado afirmou que residiu somente um mês em Brusque/SC, pois depois foi preso em razão de não pagar a pensão. Declarou que não conhece a vítima Kauã, não sabendo dizer se era seu vizinho. Não soube indicar o endereço em que residiu nesta cidade. Alegou que não conhece Alef. Ao ser questionado sobre o motivo das acusações, disse que certamente foram feitas em razão de não ter pagado a pensão à ex-esposa Mariela. Esclareceu que Daniela Brandão é a irmã de sua ex-esposa e a única coisa de errado que fez foi não pagar o aluguel do mês em que residiu na casa dela. Informou que veio residir em Brusque/SC, pois seu filho possui problemas mentais e então resolveu ajudar no tratamento dele, mas não deu certo a convivência com a ex-esposa, eis que ela já estava casada com outro homem e brigavam muito. Não soube dizer o ano em que residiu nesta cidade (mídia de fl. 355).

Kauã Daniel Brandão Vieira, ora vítima, ao ser ouvido pela psicóloga policial, relatou que há um tempo atrás, foi morar perto de sua casa um menino chamado Alef, que tem 15 anos, e deixava o informante assistir filmes pornográficos (“ele olhava vídeo de sexo e ele deixava eu

olhar”). Neste momento, também já falava sobre Jones, dizendo “e daí veio o pai do meu primo que é o Jones”. Na sequência, volta a falar de Alef: “Daí o Alef ficou me ameaçando que ele vai contar pra minha mãe e pro meu pai que eu vi o vídeo. Eu vou falar que tu deixava eu come tua bunda. Ele me ameaça que se ele não comesse minha bunda, ele vai contar pro meu pai. Daí meu pai não acredita muito em mim. Daí vai dar um pau em mim e ele vai ficar rindo na minha frente. Daí o Jones ouviu e também me ameaçou e fez a mesma coisa. Ele comeu minha bunda! Ele enfiou o tico dele na minha bunda. O Alef a mesma coisa”. Ao ser questionado quem teria feito primeiro, Kauã respondeu que foi o Alef, dizendo “o Alef me ensinou a bater punheta no meu tico. Eu só fazia neles porque eles me ameaçavam.” Afirmou que isso ocorria na sua casa, no seu quarto e no da mãe, e que “ele pegava abaixava minhas calças e botava o tico na minha bunda”, referindo-se a Jones e Alef, relatando ainda que “eles batiam punheta e ficavam na minha frente e eles pegaram e gozaram na minha cara. O Jones gozou primeiro e o Alef gozou por último”.

Ao ser questionado sobre como era quando aconteciam essas coisas, respondeu que “doía porque ele pegava e enfiava o tico na minha bunda. E também um dia sentia dor aqui dos lados (cintura) e na barriga”. Também relatou sobre um dia em que Alef falou coisas sobre sua mãe, “falou que comeu minha mãe dentro do elevador. Falava que comeu minha irmã dentro do quarto dele. Chamava minha mãe de gostosa e falava um monte de coisa da minha mãe”. Informou ainda que um dos abusos aconteceu no mato, próximo de sua casa, “um dia o Alef mandou ir lá em cima e mandou me comer lá em cima, ele pegou e enfiou o tico da minha bunda. Ele fazia isso, daí soltava coisa branca na minha cara. Ainda o Jones fazia assim para ficar com a boca aberta pra cair essa coisa dentro da minha boca”, apresentando expressão de nojo. Ao final, não soube dizer quando os abusos começaram, mas que algum tempo após Jones ir embora de sua casa, mais uma vez Alef o chamou para ver vídeo

pornô e mandou masturbá-lo (fls. 134-135).

Sob o crivo do contraditório, o ofendido declarou que na época em que os fatos aconteceram, o informante tinha de seis para sete anos, e morava com seu pai, sua mãe e a irmã em uma casa no morro. Disse que Alef era seu amigo e Jones pai do seu primo, sendo que morava com a família do informante. Narrou que a primeira vez, estavam na casa de Alef e ele colocou um filme de “sexo”. Que passados alguns meses, Alef colocou o vídeo novamente e Jones assistiu junto. Afirmou que Jones começou a ameaçá-lo, pois queria que o informante o masturbasse, tendo ele se masturbado na sua frente, e o informante o masturbado. Aduziu que nesta oportunidade, estavam sozinhos, na sua casa. Disse que a partir daí os fatos começaram e Jones passou a lhe ameaçar, dizendo que não era para contar para ninguém, pois senão ele contaria que o informante viu os vídeos e faria mais coisas consigo. Confirmou que tanto Jones como Alef colocavam o pênis na sua bunda, mas estavam sempre separados, sendo que só os filmes pornográficos assistiam juntos. Esclareceu que os abusos de Jones aconteciam na sua casa, e os do Alef na casa dele e algumas na sua casa, além do mato perto do morro. Afirmou que os fatos aconteciam quase sempre e “saía goza do pinto dele”, que ele colocava no seu rosto. Asseverou que sentia dor, mas os dois não paravam. Narrou que contou os fatos à mãe quando Jones foi preso, pois um dia ela lhe viu se masturbando e então contou tudo o que tinha acontecido. Confirmou que em certa vez, Alef chamou sua mãe de gostosa. Informou que os fatos sempre ocorriam quando seus pais não estavam em casa. Esclareceu ainda que os abusos ocorreram mais de cinco e menos de dez vezes, sendo que após Jones ir embora, Alef parou de mexer consigo. Concluiu, dizendo que foi na psicóloga da delegacia de polícia e do CRAS após os fatos, e que tudo o que contou para sua mãe é verdade (mídia de fl. 322).

A informante Daniela Brandão, mãe da vítima, declarou na fase policial que em certo dia, o filho Kauã, de 7 anos de idade, estava na sua cama, quando fez um ato muito semelhante à masturbação, ao que

perguntou ao menino como sabia fazer aquilo, mas ele não disse nada e logo dormiu. Que no dia seguinte, o questionou novamente, sem mencionar nomes ou desconfiar de alguém, oportunidade em que Kauã disse que “Alef fez lá na janela dele” e que “Alef me chantageia”, “sabe coisa de mim e que se eu falar, ele conta”, tendo dito também que Alef “colocou o pinto da sua bunda e doía”. Esclareceu que segundo Kauã, o menino foi abusado por Alef em várias oportunidades, inclusive na casa da informante, em sua cama, sendo que o ofensor “batia punheta” na frente do seu filho e fazia o menino “bater punheta para ele”, dizendo ainda “imagina eu comendo tua mãe”. Asseverou que Alef confirmou na frente de sua mãe o que havia feito com Kauã, dizendo que não iria mais fazer tais coisas.

Daniela relatou também que perguntou a Kauã se Jones, ex-cunhado da informante, que residiu por seis meses com a família (de junho a dezembro de 2013) havia feito algo com ele, ao que o menino disse que Jones e Alef colocam vídeos pornô para todos assistirem, afirmando ainda que Jones “batia punheta e soltava uma coisa branca na cara dele”. Que Jones mandava Kauã olhar sua bunda no espelho para ver se o “buraco estava grande”, porque se estava “laceado”, também podia penetrar o menino, depois de Alef. Disse ainda que segundo Alef, os abusos iniciaram quando Jones chegou, mas após este ir embora, Alef continuou abusando de Kauã. Informou que sua família sempre teve boa relação com o adolescente e a mãe dele, sendo que os meninos estudavam no período vespertino, para a informante ter com quem deixar o filho. Destacou que Jones trabalhava como pintor e nos dias que não tinha serviço ou chovia, ficava com Kauã. Mencionou ainda que somente uma vez, quando deu banho no filho, percebeu que estava um pouco vermelho ao redor do ânus, mas frequentemente o menino tomava banho sozinho, motivo pelo qual acredita que nunca viu nenhum machucado ou reclamação de dor. Finalizou, dizendo que frequentemente Kauã fala à depoente que “lembrou de alguma coisa” e narra algum episódio de

abuso envolvendo Alef ou Jones (fls. 140-142).

Perante este juízo, a informante relatou que em certa data, estava deitada com o filho vendo novela, quando Kauã fez um gesto de se masturbar, ao que logo questionou: “o que é isso Kauã, quem te ensinou a fazer isso?”, tendo a vítima dito que o Jones fazia isso na sua frente. Esclareceu que Jones é ex-marido de sua irmã, sendo que foram casados por dez anos, e ela o convidou para vir morar em Brusque/SC, para trabalhar, todavia os dois se desacertaram e a informante deu abrigo para ele na sua casa, pois era uma pessoa conhecida. Afirmou que segundo o filho, Jones se masturbava e ejaculava no rosto de Kauã, e o ameaçava, dizendo que se contasse algo para alguém, iria dizer ao seu pai que gostava disso, usando tal ameaça contra o menino, pois o marido da informante é machista e não aceitaria. Ao ser questionada se houve penetração entre eles, disse que levou o filho para fazer o exame e o médico explicou que a região volta ao normal e, como já fazia algum tempo, pode ter afetado. Mas, que segundo Kauã, Jones tentava penetrar e quando o menino reclamava que doía, ele mandava ficar quieto e parar de reclamar. Com relação à Alef, esclareceu que Jones apenas o chamava para “induzir”, mas que segundo Kauã, ele fazia a parte dele sozinho e não tocava na vítima. Aduziu que como Alef tinha medo que soubessem que ele também estava junto, ameaçava Kauã para que não contasse nada. Afirmou que os fatos aconteceram durante muito tempo, por cerca de um ano e, segundo o filho, diariamente. Mencionou que naquela época, a informante trabalhava muito, em dois turnos, pois acreditava que o filho estava seguro na companhia de Jones. Destacou que Kauã ficou muito traumatizado com a situação e inclusive se submeteu a tratamento psicológico durante algum tempo. Ao ser novamente questionada a respeito de Alef, confirmou as declarações prestadas na fase policial, dizendo que o adolescente também abusou de seu filho. Relatou que quando descobriu os fatos, Jones já não estava mais na cidade, mas Alef sim, razão pela qual conversou com o adolescente, e ele confirmou os

fatos, chorando muito, dizendo que era induzido por Jones. Confirmou que os fatos ocorreram por mais de dez vezes. Ao concluir, ratificou seu depoimento prestado na fase policial (mídia de fl. 322).

O adolescente Alef Ferreira da Silva, quando ouvido na fase policial, declarou que conhece a criança Kauã Daniel Brandão Vieira, de sete anos de idade, pois são vizinhos. Afirmou que quando Jones Jeciel Barbosa Araújo passou a residir com a família de Kauã, iniciaram os abusos. Narrou que em data que não se recorda, no ano de 2013, o depoente, Jones e Kauã estavam na casa deste, sem a presença de sua mãe, quando Jones e Kauã começaram a brincar de lutinha e o menino deu um soco no pênis de Jones, ao que este disse ao depoente “viu Alef, o Kauã é bicha”, tendo o menino dito “eu sou mesmo”. Que no dia seguinte, estava em casa, quando Jones lhe chamou para assistir um filme de karatê, na casa de Kauã, oportunidade em que Jones ensinou Kauã a masturbá-lo, na frente do depoente, tendo Kauã masturbado o autor até ele gozar. Que depois disso, assistiu filmes pornográficos por algumas vezes na companhia dos dois, sendo que Jones tentava introduzir o pênis do ânus de Kauã, mas nunca colocava lá dentro, só esfregava. Afirmou que a criança também lhe masturbou algumas vezes, a seu pedido, umas na presença de Jones e outras não, não sabendo dizer por que mandava Kauã lhe masturbar. Negou ter masturbado Jones, e narrou que em certa oportunidade o autor pediu para Kauã chupar seu pênis, mas o menino disse que tinha nojo e então colocou um saco plástico, mas nessa oportunidade Jones não gozou.

Alef esclareceu que tais fatos somente ocorreram após a chegada de Jones, pois antes disso o depoente e Kauã sempre conviveram e brincaram normalmente, sem qualquer abuso. Que, todavia, o depoente continuou se masturbando na frente de Kauã ou este lhe masturbando após Jones ir embora. Negou terem ameaçado o menino, dizendo que os abusos ocorreram por cerca de um ano, somente parando quando sua mãe descobriu. Afirmou que antes dos abusos contra Kauã, o menino

assistia filmes pornográficos e lhe chamava para ver também, sendo tais filmes do pai da vítima, que ficavam numa caixa em cima do guarda-roupas. Informou que o declarante e Kauã estudavam de manhã e a tarde ficavam sozinhos em casa, sendo que quando Jones não trabalhava, ficava junto e os fatos aconteciam. Destacou que possuía quatorze anos na época dos fatos, e acredita que foi Jones quem deu a ideia de fazer tais coisas, mas o depoente continuou abusando de Kauã e participando dos abusos porque quis. Mas, antes de Jones chegar, não havia pensando em abusar sexualmente de Kauã, tampouco de outros meninos. Discorreu, ao final, acerca de um abuso sexual no qual foi vítima quando morava na Bahia, por parte de seu vizinho Jeferson, o qual permitiu que fizesse sexo anal consigo (fls. 143-145).

Na fase judicial, Alef confirmou que assistia filmes pornô, do pai de Kauã ou de Jones, na casa do menor. Afirmou que quando assistia os filmes, Jones estava junto e, às vezes, era ele quem lhe chamava. Declarou que realmente manteve relações sexuais com Kauã, não sabendo dizer quantas vezes, negando tivesse mantido com Jones. Disse que se masturbavam juntos e o informante pedia para Kauã lhe masturbar, além de fazer sexo oral, sendo que o menino atendia. Afirmou que Jones também pedia e Kauã fazia, ao que ele gozava no rosto do menino, não sabendo dizer quantas vezes os fatos ocorreram. Declarou que Jones não estava presente em todas as oportunidades em que abusou de Kauã. Informou que o depoente e Jones ameaçaram a vítima, dizendo que se ele contasse para alguém, iria apanhar do pai. Aduziu que Kauã reclamava que doía, mas o informante nunca fez sexo anal nele, acreditando que Jones tenha feito, pois o menino reclamava de dor. Esclareceu que Jones era tio de Kauã e morou na casa dele por um ano, ou alguns meses. Afirmou que os abusos ocorreram por mais de dez vezes. Relatou que a primeira vez que abusou do menino foi em uma oportunidade em que foi na residência dele e Jones lhe falou “o Kauã é boiolinha, ele gosta disso”, ao que informante disse que iria dar problema, mas ele rebateu, dizendo

que era para fazer, pois Kauã gostava. Confirmou que foi incentivado por Jones a abusar da vítima, mas que apenas se masturbavam e nunca penetrou. Destacou que em algumas oportunidades, por mais de dez vezes, Jones fazia Kauã masturbá-lo na sua frente, e o informante também fazia a vítima masturbá-lo. Aduziu que os fatos sempre ocorriam na casa da vítima, exceto uma vez que o abusou no meio do mato. Informou que os abusos foram descobertos quando Kauã contou para a mãe. Enfatizou que depois disso, o informante não mexeu mais com Kauã e se arrepende amargamente disso. Ao concluir, confirmou seu depoimento prestado na fase policial, dizendo que os fatos são verdadeiros (mídia de fl. 322).

A informante Rutélia Santos da Silva, mãe do adolescente Alef, ouvida apenas na fase judicial, declarou que ajudava Daniela a cuidar de Kauã, uma vez que trabalhavam em horários diferentes. Esclareceu que Daniela descobriu que o filho foi abusado por Jones, tendo descoberto também que Alef estava junto, razão pela qual conversaram e a informante ficou sem saber o que fazer. Disse que não perguntou detalhes ao filho, sabendo apenas que ele ia se masturbar, mas “tocar” não. Não soube dizer quantas vezes os fatos ocorreram. Informou que seu filho tinha 15 e 16 anos na época, e acredita que acabou sendo influenciado por Jones, pois era muito criança. Destacou que não assistiam e não assistem pornografia em casa. Ao concluir, informou que após os fatos, Alef não teve mais contato com Kauã ou Jones, o qual foi preso na época por não pagar pensão alimentícia (mídia de fl. 322).

A psicóloga policial Larissa Tartas Canali, ouvida somente em juízo, confirmou o relatório psicológico acostado aos autos, dizendo que atendeu a vítima na época, todavia não se recorda detalhes da criança ou do atendimento. Confirmou os fatos narrados na denúncia, pois constam do relatório elaborado pela depoente (mídia de fl. 301).

A fim de possibilitar a melhor compreensão dos fatos, passo, a seguir, à análise individualizada de cada delito.



Com relação ao crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, caput, c/c art. 226, incisos I e II, do Código Penal:

Emerge da prova dos autos que o acusado, entre os meses de junho à dezembro de 2013, em diversas oportunidades, aproveitando-se da tenra idade da vítima Kauã Daniel Brandão Vieira, que contava com apenas seis anos de idade à época, e da autoridade que tinha sobre ele por ser seu tio e residir na mesma casa, inclusive dividir o mesmo quarto, mediante violência presumida, praticou com o menor atos libidinosos diversos da conjunção carnal, quais sejam, fez ele o masturbar, o fez praticar sexo oral consigo, praticou sexo anal com ele, além de ter ejaculado em seu rosto e sua boca, e passado as mãos em suas partes íntimas, conforme atesta Laudo Psicológico de fls. 132-139.

Diante da prova coligida aos autos, verifica-se que o acusado efetivamente abusou da vítima, pois aproveitando-se do fato de ficar boa parte do dia sozinho com o menor em casa, chamava-o para assistir consigo filmes pornográficos, oportunidade em que pedia que ele o masturbasse até ejacular, ou que abaixasse a calça/bermuda e introduzia seu pênis no ânus da criança, que sentia muita dor e pedia à Jones que parasse, mas o acusado ainda proferia ameaças ao infante, dizendo que contaria tudo ao seu pai.

Não obstante, além de praticar os atos libidinosos com a vítima, o acusado ainda corrompeu Alef Ferreira da Silva, induzindo-o a abusar de Kauã, o que era feito pelo adolescente, uma vez que este também masturbava o infante e ordenava que Kauã lhe masturbasse, em diversas oportunidades.

Segundo apurado, Alef era vizinho do acusado e da vítima e, nos momentos em que os dois ficavam sozinhos na residência, pois os pais de Kauã saíam para trabalhar, o adolescente ia até o local, e os três assistiam filmes pornográficos juntos, além de praticarem atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistentes em masturbação, sexo oral e sexo anal

na pequena vítima.

Do conjunto probatório amealhado aos autos, extrai-se, de forma segura e irrefutável, a autoria e culpabilidade do acusado na prática do crime de estupro de vulnerável que lhe é imputado na denúncia, não havendo que se falar em absolvição por falta ou fragilidade probatória.

É consabido que em crimes de natureza sexual, praticados na clandestinidade, a palavra da vítima é de grande importância, especialmente quando se trata de imputar a alguém, contra quem nada tem aparentemente, crime tão grave quanto comprometedor de sua intimidade e de seu anonimato.

No caso concreto, os relatos apresentados pela vítima Kauã estão em perfeita harmonia com os dizeres do adolescente Alef, não havendo qualquer motivo para desacreditá-los. Ao contrário, revestem-se de relevância preponderante, pois estão de acordo com a realidade demonstrada nos autos pelos outros meios de prova, em especial o laudo de sexualidade fls. 132-139.

Conforme conclusão da psicóloga responsável pela realização do exame de avaliação psicológica na vítima: “foram encontrados indícios compatíveis com a hipótese de violência sexual. Apresentando o avaliado, alguns sinais e sintomas equivalentes àqueles vivenciados em situações de violência sexual” (fl. 138).

Além do mais, verifica-se que a vítima e o adolescente Alef descreveram com riqueza de detalhes os abusos sexuais perpetrados pelo acusado Jones, o qual, juntamente com Alef, ameaçava Kauã, dizendo que se este contasse algo para alguém, contariam ao seu pai que o menino gostava de ser abusado, o que geraria a ira do genitor da vítima, pois, conforme declarações da informante Daniela, trata-se de um homem machista.

Tais circunstâncias e o número de abusos praticados, por óbvio,

demonstram a personalidade totalmente desvirtuada do acusado, o qual se aproveitava da ingenuidade da vítima em razão de sua tenra idade para praticar os atos libidinosos, já que a criança, de apenas seis anos de idade, certamente temia a reação do pai caso este descobrisse o que vinha ocorrendo.

Tanto é verdade que, ao ser ouvido em audiência, Kauã destacou a este juízo que relevou os fatos apenas a sua mãe e não ao pai, o que evidencia que realmente sentia (ou sente) constrangimento em relação ao genitor.

Ora, pequenas divergências nos relatos de Kauã e Alef quanto às circunstâncias dos abusos sexuais são perfeitamente compreensíveis diante das peculiaridades que envolvem o caso, posto que os fatos ocorreram há mais de dois anos do ato processual, e os dois certamente não se recordam de todos os detalhes dos atos repugnantes praticados pelo acusado. Mas, ainda assim, apresentaram suas versões de forma harmoniosa e afirmaram com absoluta convicção que o acusado praticou atos libidinosos com a vítima.

E depois, verifica-se que o acusado se limitou em negar a autoria do delito, dizendo inclusive que sequer conhecia a vítima Kauã e o adolescente Alef, o que se mostra totalmente isolado dos autos, uma vez que Jones residiu por cerca um ano na casa do primeiro, o que permite inferir que ao menos o conhecia.

Apesar de o acusado ter alegado que não se recorda do período em que residiu em Brusque/SC, aduzindo que foi por apenas um mês, confirmou perante o juízo que morou na residência de Daniela, irmã de sua ex-esposa.

Ora, conforme apurado ao longo da instrução criminal, Daniela é mãe da vítima Kauã, de modo que o acusado residiu na mesma casa em que a criança, sendo inconcebível que não o conhecesse.

Frente à este contexto, não restam dúvidas de que o pequeno Kauã realmente foi vítima de crime sexual por parte do acusado, cujos abusos lhe trouxeram forte trauma, tendo inclusive realizado acompanhamento psicológico durante um período de tempo.

Igualmente, não há que se falar em ausência de materialidade, somente em razão de o exame de corpo de delito ter aferido que não haviam vestígios de violência, uma vez que conforme relatado pela vítima, o acusado apenas tentava introduzir o pênis em seu ânus, ou o masturbava, não tendo consumado o ato sexual propriamente dito.

Destarte, impossível a absolvição do acusado, uma vez que todos os elementos de convicção que compõe o quadro dos autos conduzem a certeza quanto a materialidade, autoria e culpabilidade de Jones Jeciel Barbosa de Araújo quanto aos abusos sexuais que lhe são apontados.

Constitui crime de estupro de vulnerável a conduta do agente em *“ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”*, segundo disposto no artigo 217-A, do Código Penal.

No caso em apreço, tem-se que, inegavelmente, a conduta do acusado, além de moralmente reprovável, é criminosa, pois ao tentar introduzir o pênis no ânus da vítima, o masturbar e determinar que lhe masturbasse, além de ejacular no rosto da criança, Jones cometeu, em diversas oportunidades, o crime de estupro de vulnerável que lhe é imputado.

Nota-se claramente que o acusado possuía o único desiderato de satisfazer sua lascívia, sendo que os abusos somente cessaram após Jones ser preso em razão do não pagamento de pensão alimentícia e a vítima ter relatado os fatos à mãe, quando então não mantiveram mais contato.

Da mesma forma, tenho que inviável a desclassificação do delito para a contravenção de perturbação da tranquilidade, pois muito embora a jurisprudência admita tal medida em casos excepcionais, na hipótese

em apreço há provas suficientes de que o acusado pretendia satisfazer sua lascívia, tanto que a vítima foi categórica em dizer que foi abusada sexualmente por cerca de dez vezes.

Neste sentido, colhe-se de precedente da Corte Catarinense:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA FORMA TENTADA (CP, ART. 217-A, CAPUT, C/C ART. 14, II). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO ABSOLUTÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. PALAVRA DA VÍTIMA QUE ASSUME FUNDAMENTAL IMPORTÂNCIA NOS CRIMES DE NATUREZA SEXUAL QUANDO EM CONSONÂNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO À CONTRAVENÇÃO PENAL PREVISTA NO ART. 65 DO DECRETO-LEI 3.688/1941. IMPOSSIBILIDADE. ATO PROVIDO DE CONCUPISCÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. - Não obstante o laudo pericial existente nos autos atestar a ausência de vestígio de ato libidinoso ou de violência, os abusos praticados pelo apelante, nos termos da denúncia, não deixam vestígios, de forma que a sua comprovação independe de perícia. - Nos crimes sexuais, normalmente cometidos longe de possíveis testemunhas, o depoimento da vítima é de extrema importância para a condenação do agressor, especialmente quando está em harmonia com os demais elementos de provas. - A conduta do agente que visa à satisfação de sua lascívia não pode ser desclassificada para contravenção penal consistente em perturbação da tranquilidade, descrita no art. 65 do Decreto Lei 3.688/1941. - Parecer da PGJ pelo conhecimento e o desprovidimento do recurso. - Recurso conhecido e desprovido. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.053674-5, de Braço do Norte, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 10-11-2015).

Triste sob todos os aspectos, a atitude insana e inconsequente do acusado, o qual rompeu todas as barreiras e princípios morais, para satisfazer seus instintos animalescos contra o menor Kauã, colocando-o em situação de extremo constrangimento e revolta, cuja marca levará consigo pelo resto de seus dias.

Ainda, imperativo a incidência das majorantes previstas no art. 226, incisos I e II, do Código Penal, posto que comprovado, *quantum satis*, que o crime foi praticado em concurso de duas pessoas, uma vez que a vítima era abusada sexualmente pelo acusado Jones e pelo adolescente Alef, os quais constrangiam o menor Kauã, em conjunto, à violência sexual, mediante ameaça de que contariam ao seu genitor que ele gostava disso, o que causava forte temor na criança, conforme já mencionado acima.

Além disso, não há dúvidas de que o acusado se aproveitou da autoridade exercida sobre a vítima para praticar os abusos sexuais, uma vez que foi casado com a tia de Kauã, sendo, portanto, na visão do menino seu tio, a quem devia respeito.

Aliás, cumpre destacar que segundo anunciado pela informante Daniela, esta e o marido trabalhavam muito no período em que Jones residiu com a família, uma vez que confiavam a ele os cuidados do filho Kauã, o que demonstra ainda mais a autoridade que o acusado exercia sobre a vítima, sendo imperativo o reconhecimento das majorantes descritas na peça portal.

Por fim, imperativo o reconhecimento da continuidade delitiva no presente caso, uma vez que conforme narrado na denúncia e diante do relato de Kauã em juízo e perante a psicóloga, os abusos sexuais ocorreram num período de meses, por mais de cinco vezes e menos de dez, devendo os subseqüentes serem havidos como continuação do primeiro, já que praticados nos mesmos locais e nas mesmas condições de tempo e modo de execução, nos termos do art. 71, *caput*, do Código

Penal.

Aliás, é bem razoável concluir que os abusos ocorreram por muito mais vezes do que a vítima mencionou, porém, como o número de vezes é indeterminado, tenho como necessário considerar a informação prestada por Kauã, de que teria se limitado entre cinco a dez vezes.

Induvidoso que o acusado, com sua conduta, praticou mais de cinco crimes de estupro de vulnerável, nas mesmas condições de tempo e de local, isto é, entre os meses de junho a dezembro de 2013, nos momentos em que ficava sozinho com a vítima, na residência da família, utilizando-se do mesmo modo de execução, ou seja, mediante grave ameaça ao menor e em concurso com o adolescente Alef, configurando a continuidade delitiva prevista no art. 71, *caput*, do CP, devendo a reprimenda ser elevada na fração de um meio (1/2), em razão do número de abusos praticados – pelo menos seis.

Destaco que embora a continuidade delitiva não tenha sido capitulada na denúncia, foi devidamente descrita, o que autoriza a aplicação do art. 383, do CPP, uma vez que o acusado se defende dos fatos narrados e não da capitulação dada.

Destarte, apurada a prática do crime de estupro de vulnerável por parte do acusado contra a vítima Kauã Daniel Brandão Vieira, tenho que as teses defensivas imerecem prosperar, sendo a responsabilização criminal de Jones medida que se impõe.

Com relação ao crime de corrupção de menores, previsto no art. 218, caput, c/c art. 226, incisos I e II, do Código Penal:

No tocante a este ilícito, tenho que melhor sorte não assiste a acusação.

O tipo penal imputado ao acusado está assim disposto:

“Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer

a lascívia de outrem:

“Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.”

Pois bem. Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, o crime do art. 218 do CP se restringe a condutas meramente contemplativas, tais como a realização de fantasias e exibicionismos, não abrangendo os atos libidinosos previstos no art. 217-A, do Diploma em referência.

Sobre o assunto, colhe-se dos ensinamentos de Cézar Roberto Bittencourt:

“A finalidade do induzimento é satisfazer a lascívia de outrem, mediante a prática de conduta lasciva. Trata-se, em outros termos, de práticas sexuais contemplativas, exibicionistas, expositivas (v.g. strip tease), como, por exemplo, vestir-se com determinadas fantasias para satisfazer certas taras etc. [...] Aquele que se serve da ação criminosa, isto é, que se aproveita da vítima para satisfazer sua lascívia, não é coautor do crime, pois a finalidade exigida pelo tipo é satisfazer a lascívia de outrem, não a própria; poderá, dependendo das circunstâncias, caracterizar o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A), se praticar algum ato sexual que constitua conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso.” (Código Penal comentado. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 954).

Na mesma linha é a observação de Cleber Masson:

“A satisfação da lascívia há de limitar-se a atividades sexuais meramente contemplativas (contemplação passiva). Se o agente induzir alguém menor de 14 anos a ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com terceira pessoa, e isto se concretizar, deverá responder pelo crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), na condição de partícipe. Portanto, os crimes tipificados nos arts. 217-A e 218 do CP são distintos, cada qual com seu raio de incidência.” (Código Penal comentado. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014. p. 956).



Desta forma, se o agente induz a vítima a praticar ato libidinoso com alguém (de qualquer natureza, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso diverso), não estará configurado o crime do art. 218, do CP, mas o de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do mesmo Diploma.

Ademais, não há que se falar em indução a satisfazer a lascívia de outrem, quando ambos os praticantes do ato sexual foram vítimas da conduta do acusado, uma vez que Jones se aproveitou da condição hierarquicamente superior para induzir Kauã a masturbar o adolescente Alef e vice-versa.

No caso dos autos, a lascívia que se pretendia satisfazer era a do próprio acusado, que se utilizou de Kauã e Alef como instrumentos para a prática de violência sexual entre ambos, a fim de atender sua concupiscência.

A conduta do acusado, assim, não pode configurar o crime do art. 218, por ausência da elementar do tipo, consistente em “satisfazer a lascívia de outrem”.

Em verdade, ao instigar os menores a praticarem atos libidinosos entre si e consigo, o acusado incorreu no crime de estupro de vulnerável na condição de partícipe, pois suas condutas se subsumem à figura delitiva descrita no art. 217-A do Código Penal, pela qual foi, inclusive, teve a responsabilidade penal reconhecida acima.

No mesmo sentido, colhe-se de precedente da Corte Catarinense:

“APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. [...] CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES PREVISTO NO ART. 218 DO CÓDIGO PENAL. INDUÇÃO DE MENOR DE QUATORZE ANOS A SATISFAZER LASCÍVIA DE OUTREM. TIPO PENAL QUE REPRIME A INDUÇÃO À PRÁTICA DE ATOS SEXUAIS MERAMENTE CONTEMPLATIVOS. ATOS LIBIDINOSOS E CONJUNÇÃO

CARNAL QUE CONFIGURAM PARTICIPAÇÃO NO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO DE OFÍCIO. [...] RECURSOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DOS RÉUS PARCIALMENTE PROVIDOS. ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 218 DO CP) DECRETADA DE OFÍCIO.” (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.089681-3, de Turvo, rel. Des. Rodrigo Collaço, Quarta Câmara Criminal, j. 11-06-2015).

Portanto, imperativa a absolvição do acusado quanto ao crime do art. 218, do Código Penal, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Com relação ao crime de facilitar ou induzir o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso, previsto no art. 241-D, parágrafo único, do ECA:

Diante dos depoimentos acima colacionados, indubitoso que a conduta do acusado se amolda perfeitamente a este crime descrito na denúncia, já que Jones e o adolescente Alef induziam a vítima a assistir filmes pornográficos, aproveitando-se de tal circunstância para assediar a criança e forçá-lo à prática de ato sexual, ameaçando-o caso não o fizesse.

Sobre o tipo penal em comento, extrai-se dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

“[...] Análise do núcleo do tipo: facilitar (tornar simplificado) e induzir (dar a ideia) são as condutas alternativas, cujo objeto é o acesso da criança a material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica. A figura típica constitui-se em desdobramento do caput, pois a maneira de aliciar, assediar, instigar ou constranger o menor dá-se de forma camuflada. Por intermédio do acesso da criança ao material pornográfico, o agente busca dar ar de normalidade àquelas cenas, visando manter com o infante ato libidinoso” (Leis penais e processuais penais comentadas. 7.

ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. II, p. 140).

Mais uma vez observo que, embora o acusado tenha negado a autoria dos delitos que lhe são imputados, a negativa de autoria mostra-se totalmente isolada do restante da prova amealhada aos autos, em especial as declarações da vítima Kauã e do adolescente Alef, os quais foram categóricos em afirmar que assistiam filmes pornográficos junto com o acusado.

Aliás, cumpre destacar que os abusos sexuais iniciaram após o acusado induzir Kauã e o adolescente Alef a assistirem vídeos pornográficos, o que denota a utilização de tal artifício com o único propósito de satisfazer a sua lascívia e lograr êxito em violentar sexualmente a vítima.

Em situações semelhantes, a Corte Catarinense assim se manifestou:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E INDUÇÃO DE CRIANÇA AO ACESSO A MATERIAL PORNOGRÁFICO EM CONCURSO MATERIAL (ARTS. 217-A DO CÓDIGO PENAL E 241-D, PARÁGRAFO ÚNICO, I, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ALMEJADA REDUÇÃO DAS PENAS INFLIGIDAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PEDIDO GENÉRICO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AVENTADA AUSÊNCIA DE PROVAS NO TOCANTE À AUTORIA E MATERIALIDADE DOS DELITOS. QUESTIONADA VALIDADE DAS DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS E INVOCADA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. DESCABIMENTO. ACERVO PROBATÓRIO ROBUSTO. DEPOIMENTOS PRESTADOS NAS FASES POLICIAL E JUDICIAL HARMÔNICOS ENTRE SI. NEGATIVA DO RÉU ISOLADA NOS

AUTOS. DÚVIDA INEXISTENTE. TESE RECHAÇADA. PEDIDO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. DEFENSOR DATIVO. FIXAÇÃO DA VERBA NA ORIGEM QUE COMPREENDE A ATUAÇÃO TAMBÉM NESTA INSTÂNCIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.” (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.017717-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, Primeira Câmara Criminal, j. 22-09-2015).

Constitui o crime previsto no art. 241-D, parágrafo único, I, do ECA a conduta do agente em facilitar ou induzir o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso.

No caso, a conduta do acusado se amolda perfeitamente ao fato típico acima delineado, pois facilitou e induziu a vítima Kauã a assistir filmes contendo cenas pornográficas ou de sexo explícito, com a única finalidade de abusar sexualmente da criança, tendo plena consciência da ilicitude de seus atos.

Assim, devidamente comprovada a prática de mais este crime por parte do acusado, devendo Jones ser responsabilizado criminalmente.

Com relação ao crime de corrupção de menor, previsto no art. 244-B, do ECA:

Diante de todas as circunstâncias acima analisadas, é certo que o conjunto probatório arrecadado aos autos autoriza concluir também pelo reconhecimento do crime de corrupção de menor, posto que plenamente comprovado que o acusado corrompeu o adolescente Alef Ferreira da Silva, que contava com 14 anos de idade à época dos fatos, para a prática dos abusos sexuais em face da vítima Kauã.

Constitui crime a conduta de *“corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou*

*induzindo-o a praticá-la*”, nos termos do art. 244-B, do ECA.

O texto legal é amplo e incrimina, tanto a conduta de corromper quanto facilitar a corrupção, sendo suficiente a prática de infração penal com a pessoa menor de 18 (dezoito) anos ou o induzimento a praticá-la, seja em conjunto (quando poderá o maior incidir em causa de aumento ou qualificadora própria, como nos crimes contra o patrimônio, para exemplificar), seja individualmente.

No caso, a prova coligida nos autos, deixa claro que o acusado, em companhia do menor inimputável Alef, que contava com menos de 18 anos à época dos fatos, abusou sexualmente da vítima Kauã, mediante grave ameaça à criança.

Cumprido salientar que o próprio adolescente confirmou perante o juízo que os abusos sexuais em face da vítima apenas iniciaram quando foi incentivado por Jones, o qual teria lhe afirmado que Kauã “gostava disso” e que era para fazer os atos sexuais com ele.

E depois, segundo entendimento pacificado do STJ, o delito em comento é crime formal e, sendo assim, a simples prática de ilícito, na companhia de menor de 18 anos, configura a corrupção de menor, sendo prescindível prova da anterior inocência e da efetiva corrupção.

Assim, resta caracterizado o crime de corrupção de menor narrado na exordial acusatória, de modo que impossível o acolhimento da pretensão da defesa quanto busca uma absolvição, posto que irrelevante a efetiva corrupção ou idoneidade moral do adolescente, bastando indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável, o que de fato ocorreu no caso dos autos.

Com efeito, apurada a responsabilidade criminal do acusado, passo, pois, a aplicação da correspondente censura penal:

**DA DOSIMETRIA E APLICAÇÃO DA PENA:**

Em atenção aos parâmetros do art. 59 do Código Penal, registro que a **culpabilidade**, enquanto relacionada ao grau de reprovabilidade da conduta e não ao conceito estratificado de crime (potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa e imputabilidade), não se afasta da linha de normalidade prevista à espécie e não deve ser considerada negativa.

É tecnicamente primário, mas registra **antecedentes criminais** contra si, uma vez que possui condenação definitiva na comarca de Cachoeirinha/RS, pelo crime de posse ilegal de arma de fogo (Art. 10 da antiga Lei de Armas, n. 9.437/97), com trânsito em julgado em 22-3-2004, não havendo informações quanto a data da extinção de pena (fls. 199-200; 386-387).

Não há dúvida de que a sua **conduta social** é altamente reprovável, uma vez que não valorou os mais elementares princípios da boa honra, moral e bons costumes, desrespeitando a intimidade do menor Kauã, com apenas seis anos de idade, além de não se importar com as consequências do ato, todavia não pode ser considerada negativa sob pena de se acarretar em *bis in idem*.

Sua **personalidade** não restou melhor aquilatada nos autos, apesar dos indicativos de que apresenta um caráter perverso. Os **motivos** que o levaram a perpetrar os ilícitos foi o desejo repugnante de satisfazer a lascívia, a luxúria, a libido, a concupiscência, independentemente de suas consequências, logo, inerente ao tipo, enquanto que as **circunstâncias** revelam insensibilidade do acusado em relação à liberdade sexual da vítima, apesar de sua tenra idade, e também do adolescente Alef, o qual corrompeu à prática criminosa.

As **consequências** entendo ser das mais graves possíveis, posto que deixarão marcas e transtornos psicológicos inesquecíveis na vítima. O **comportamento da vítima**, diante da ingenuidade e infantilidade que lhe é peculiar em razão da tenra idade (seis anos na época dos fatos) não

permite afirmar que contribuiu para a prática dos ilícitos penais.

Quanto ao crime de estupro de vulnerável:

Considerando que o conjunto de circunstâncias judiciais não se apresenta de todo favorável, ao menos os maus antecedentes, necessária a exacerbação da pena-base (em 1/6, conforme entendimento dominante), a qual estabeleço em nove (9) anos e quatro (4) meses de reclusão.

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes suscetíveis de influenciar na segunda fase de aplicação da pena.

Na terceira fase da dosimetria, como causas de aumento, verifica-se que o acusado cometeu o crime em concurso de duas pessoas, razão pela qual elevo a pena em um quarto (1/4), nos termos do art. 226, I, do CP, totalizando-a em onze (11) anos e oito (8) meses de reclusão.

Além disso, conforme mencionado acima, o acusado aproveitou-se da autoridade exercida sobre a vítima para a prática delitiva, pelo que elevo a pena na sua metade, conforme art. 226, II, do CP, concretizando-a em dezessete (17) anos e seis (6) meses de reclusão.

Da continuidade delitiva (art. 71, *caput*, CP):

Ainda, verifica-se que o crime ocorreu na forma continuada, já que conforme acima analisado, os atos libidinosos ocorreram em ao menos seis oportunidades distintas, devendo os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, pois praticados nas mesmas condições de tempo, local e modo de execução, nos termos do art. 71, *caput*, do CP, de modo que elevo a pena na metade, para torná-la definitiva em **vinte e seis (26) anos e três (3) meses de reclusão**.

Quanto ao crime de facilitar ou induzir o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

Da mesma forma, considerando que os maus antecedentes lhe são

desfavoráveis, necessária a exacerbação da pena-base (em 1/6, conforme entendimento dominante), a qual estabeleço em um (1) ano e dois (2) meses de reclusão, e dez (10) dias-multa, no valor de um trigésimo do salário-mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia multa, corrigidos na forma legal.

Na segunda fase de aplicação, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes suscetíveis de influenciar no cálculo da pena.

Ausentes causas especiais de aumento ou diminuição, razão pela qual totalizo a pena em **um (1) ano e dois (2) meses de reclusão, e dez (10) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Do concurso material (art. 69, caput, do CP):

Considerando que mediante duas ou mais ações e desígnios autônomos, o acusado praticou os crimes de estupro de vulnerável e de facilitar ou induzir o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso, necessário o acúmulo material das penas, nos termos do art. 69, caput, do CP, as quais totalizo em **vinte e sete (27) anos e cinco (5) meses de reclusão, e dez (10) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

No tocante ao crime de corrupção de menor:

Novamente, considerando que em relação a este delito, os maus antecedentes lhe são desfavoráveis, necessária a exacerbação da pena-base (em 1/6), que estabeleço em um (1) ano e dois (2) meses de reclusão.

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes suscetíveis de influenciar no cálculo na segunda fase de aplicação.

Ausente causas especiais de diminuição, mas como causa de aumento reconheço aquela prevista no art. § 2º, do art. 244-B do ECA, uma vez que a infração cometida pelo acusado e o adolescente, *in casu*, estupro de vulnerável, está incluída no rol do art. 1º da Lei n. 8.072/90.



Assim, elevo a pena em um terço (1/3), totalizando-a em **um (1) ano, seis (6) meses e vinte (20) dias de reclusão.**

Do concurso formal (art. 70, *caput*, do CP):

Tendo em vista que mediante uma ação e unidade de desígnios o acusado cometeu os crimes contra a liberdade sexual em concurso formal com o de corrupção de menor, aplico a regra prevista no art. 70, *caput*, do CP e elevo a pena do crime mais grave, no caso contra a liberdade sexual, em um sexto (1/6), totalizando-a em **trinta e um (31) anos, onze (11) meses e vinte e cinco (25) dias de reclusão, e onze (11) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Ante o exposto, com base no art. 383, do Código de Processo Penal, dou nova definição jurídica aos fatos, para reconhecer a continuidade delitiva e, em consequência, **JULGO PROCEDENTE**, em parte, a denúncia:

a) **absolver** o acusado **JONES JECIEL BARBOSA DE ARAÚJO**, já qualificado nos autos, quanto à prática do crime previsto no artigo 218, *caput*, do Código Penal, o que faço com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal; e

b) **condenar** o acusado **JONES JECIEL BARBOSA DE ARAÚJO** às penas de **trinta e um (31) anos, onze (11) meses e vinte e cinco (25) dias de reclusão**, em regime fechado, e **onze (11) dias-multa**, no valor de um trigésimo (1/30) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia multa, corrigidos na forma legal, pela prática dos crimes previstos no artigo 217-A, *caput*, c/c artigo 226, incisos I e II e artigo 71, *caput*, todos do Código Penal, por seis vezes, em concurso material (art. 69, *caput*, do CP), com o artigo 241-D, parágrafo único, I, da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), ambos em concurso formal (art. 70, *caput*, do CP) com o artigo 244-B, também da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Condeno-o ainda no pagamento das custas processuais, que

deverão ser pagas no prazo de dez (10) dias, a contar do trânsito em julgado.

Diante do alto grau de reprovabilidade das condutas do acusado, quantidade de pena aplicada, e maus antecedentes, é certo que não se mostra suficiente e cabível, para a reprovação e prevenção dos crimes, a substituição da reprimenda corporal por penas restritivas de direitos ou multa, bem como, suspensão condicional da pena, *ex vi* do contido no art. 59 c/c o art. 44, e art. 77, inciso, todos do Código Penal, pelo que deixo de lhe conceder tais benesses legais.

Outrossim, nego-lhe o direito de recorrer em liberdade, pois a manutenção da prisão preventiva do acusado se mostra estritamente necessária para a garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta dos crimes pelos quais está sendo condenado e risco de reiteração criminosa, já que abusou sexualmente da vítima por alguns meses, não havendo dúvidas quanto ao risco de que dê continuidade na prática de abusos sexuais caso tenha a liberdade restabelecida. Além disso, a segregação cautelar se mostra necessária para assegurar a aplicação da sanção penal de trinta e um (31) anos, onze (11) meses e vinte e cinco (25) dias de reclusão, e onze (11) dias-multa ora imposta, em especial pelo fato de o acusado ter se evadido do distrito da culpa e permanecido foragido por aproximadamente três anos, não havendo dúvidas quanto ao risco evidente de nova evasão caso seja liberado, até porque não possui qualquer vinculação com esta comarca.

Assim, preenchidos os requisitos o pressupostos do art. 312, do CPP, mantenho a prisão preventiva do acusado, devendo permanecer segregado na prisão em que se encontra.

Em atenção ao disposto no artigo 387, §2º, do CPP, passo a aplicar a detração e observo que o sentenciado encontra-se recolhido desde 22-6-2017, ou seja, 7 meses e 18 dias, de modo que ainda não cumpriu o requisito objetivo para progressão de regime, pelo que mantenho o regime fixado, ou seja, fechado, para início no cumprimento da reprimenda

corporal imposta.

Expeça-se PEC provisório e requisite-se vaga ao DEAP.

Faça-se constar na guia de recolhimento o tempo de prisão provisória, para fins de detração.

Transitada em julgado, inclua-se seu nome no rol de culpados e procedam-se as anotações e comunicações necessárias, inclusive a E.C.G.J.E. e ao Cartório Eleitoral, para os fins do art. 15, inciso III, da Constituição Federal.

Mesmo considerando que o crime foi praticado após o advento da Lei n. 11.719/08, que alterou a redação do art. 387, inciso IV, do CPP, deixo de fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, pois não há no processo indicativos de que a vítima sofreu prejuízo de ordem material.

Em cumprimento ao disposto no art. 201, § 2º, do CPP, determino que os representantes legais da vítima sejam cientificados da presente sentença pela via postal.

Cumpridos os desdobramentos da sentença, arquivem-se, com as baixas necessárias.

**Publique-se.**

**Registre-se.**

**Intimem-se.**

Diante da tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1349935, representativo do Tema 959, tratando-se de processo digital, determino a intimação pessoal do representante do Ministério Público, com vista dos autos, por meio do portal eletrônico.

Brusque (SC), 09 de fevereiro de 2018.

**Edemar Leopoldo Schlosser**  
**Juiz de Direito**

**Autos n.º 0003756-48.2017.8.24.0011**

Ação: Ação Penal - Procedimento Ordinário/PROC

Requerente, Autor e Assistente: A Polícia Civil do Estado de Santa Catarina e outros

Indiciado e Acusado: Luiz Carlos dos Santos e outros

**Vistos, etc.**

**ALESSANDRO LUSSOLI**, brasileiro, solteiro, motorista, nascido em 21.6.1975, com 42 anos de idade na data dos fatos, natural de Brusque/SC, filho de Laura Ramos Lussoli e Arno Lussoli, portador do RG n. 3447794 SSP/SC, residente na Rua Augusto Klapoth, n. 358, Bairro Águas Claras, nesta cidade de Brusque/SC, atualmente recolhido na Unidade Prisional Avançada local; **JHONATAN SILVEIRA MACHADO**, brasileiro, desempregado, nascido em 20.4.1999, com 18 anos de idade na data dos fatos, natural de Florianópolis/SC, filho de Elidete Silveira Cardoso e Nivaldo Abson Machado, portador do RG n. 6022344 SSP/SC, residente na Rua Duque de Caxias, n. 608, Bairro Saco dos Limões, em Florianópolis/SC, atualmente recolhido na Unidade Prisional Avançada local; **MÁRIO SÉRGIO FAUST**, vulgo “**Magrelo**”, brasileiro, casado, vendedor, nascido em 6.5.1971, com 46 anos de idade na data dos fatos, natural de Francisco Beltrão/PR, filho de Dorotéia Bussolo e Victor Bussolo, portador do RG n. 5436163 PR, residente na Rua Fernando Brandt, n. 68, Bairro Limeira Baixa, em Brusque/SC, atualmente recolhido na Unidade Prisional Avançada local; e **OLMIRO DIAS SEVERO**, vulgo “**Miro**” ou “**Cigano**”, brasileiro, solteiro, autônomo, nascido em 27.9.1972, com 44 anos de idade na data

dos fatos, natural de Pato Branco/PR, filho de Maria Helena Bernardi, portador do RG n. 58549037 PR, atualmente em local incerto e não sabido, estando foragido da Justiça, foram denunciados pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, juntamente com Rafael Fantoni, pela prática do crime previsto no art. 157, §2º, incisos I, II e III, e §3º, segunda parte, c/c artigo 61, inciso II, alíneas ‘a’ e ‘c’, todos do Código Penal, na forma do artigo 1º, inciso II, da Lei n. 8.072/1990, porque segundo a denúncia, *in verbis*:

*“Segundo se apurou da investigação criminal, a vítima Everaldo Soares de Campos, Cabo da Polícia Militar, realizava o transporte de malotes com valores do estabelecimento comercial ‘Supermercado Carol’ até a agência Bancária Sicoob, do município de Guabiruba/SC, sempre que necessário e desde que estivesse de folga do seu trabalho na Polícia Militar, circunstância que era de conhecimento de várias pessoas, inclusive dos denunciados, que arquitetaram todo o plano contando com este detalhe.*

*‘Assim foi que no dia 11 de setembro de 2017, o Cabo Everaldo transportava o malote com os valores do referido mercado à agência bancária Sicoob, situada na Rua Vereador Erico Truppel, n. 142, Centro, na cidade de Guabiruba/SC, e ao chegar em seu destino, foi surpreendido pelos criminosos armados que já o espreitavam sem que ele soubesse.*

*‘Segundo consta, os bandidos estavam do outro lado da rua em um veículo Hyundai/HB20, de cor branca, placas clonadas MKM 16652, estando ao total cinco passageiros, compostos pelos quatro que efetivamente saíram do carro, com armas em punho, coletes à prova de balas e balaclavas para dificultar o reconhecimento, além de um motorista que os aguardava para pronta retirada do local, sendo que um deles é o denunciado JHONATAN SILVEIRA MACHADO, outro comparsa era Lucas Ribeiro, pessoa vitimada fatalmente por arma*

*de fogo posteriormente, e outras duas pessoas não identificadas até o momento, desceram e se dirigiram até Everaldo, portando e apontando armamentos de grande potencial lesivo, onde com evidente animus furandi, o denunciado JHONATAN e o comparsa Lucas dispararam contra ele à queima roupa, com manifesta intenção de matá-lo para se apoderar do malote que ele trazia consigo, o que conseguiram, pois lhe atingiram por cerca de sete vezes, impedindo qualquer reação sua, pois o pegaram completamente desprevenido, de inopino, não ofertando qualquer chance de defesa ou possibilidade de se defender ou mesmo apenas entregar o malote.*

*‘Anota-se que os criminosos mataram a vítima unicamente para subtrair o malote de dinheiro que ele carregava, pois acreditavam, segundo informações recebidas, que naquele dia, especialmente, ele transportaria uma quantia de quase um milhão de reais até o banco, sendo completamente fútil o motivo da prática criminosa, pois desproporcional em relação ao resultado atingido, uma vez que os meliantes atingiram a vítima à queima roupa quando ela já havia jogado o malote no chão e levantado as mãos, com a intenção evidente de se apoderar e retardar qualquer atitude por parte da segurança pública, situação que já se tornou conhecida quando de roubos de caixa fortes e bancos, posto que despistam com a morte de alguns para dar tempo de fugir mais tranquilamente.*

*‘Os disparos que atingiram o corpo da vítima partiram de armas de fogo de calibre pesado como .9mm e .556mm (fuzil), e foram hábeis à levá-lo a óbito quase que momentaneamente (vide Laudo Pericial de fls. 1.184/1.185).*

*‘Após isso, com o corpo do Cabo Everaldo caído na calçada, os quatro agentes (JHONATAN SILVEIRA MACHADO, o falecido Lucas Ribeiro e outros dois ainda não identificados) já na posse do malote contendo os valores, retornaram ao veículo Hyundai/HB20, onde o motorista, pessoa também não identificada até o momento, os*

*aguardava, e todos empreenderam fuga do local, consumando o crime de latrocínio.*

*‘Dando sequência ao enredo criminoso, o denunciado JHONATAN e os comparsas, dirigiram-se com o veículo Hyundai/HB20 até a Rua José Dirschnabel, ainda na cidade de Guabiruba/SC, local onde o caminhão VW/24.250 CLC 6X2, placas MDN 8473, conduzido pelo motorista e ora denunciado ALESSANDRO LUSSOLI os aguardava.*

*Neste ponto, os quatro passageiros do veículo Hyundai/HB20 passaram para o baú do caminhão, momento em que acidentalmente Lucas Ribeiro disparou a arma de fogo que trazia consigo contra a própria perna, mas mesmo assim seguiram viagem adiante, enquanto que o motorista do HB20 seguiu sozinho por alguns quarteirões, abandonando o automóvel que conduzia em uma rua de terra, transversal à Rua Guabiruba Sul, na cidade de Guabiruba/SC, e embarcou no veículo GM/Prisma, de cor branca, placas MJR 6763, que era conduzido pelo ora denunciado RAFAEL FANTONI, que o aguardava no local.*

*‘O veículo GM/Prisma, conduzido pelo denunciado RAFAEL FANTONI, e com um de seus comparsas com identidade desconhecida como carona (era o motorista do HB20), dirigiu-se para o estacionamento da empresa Copacabana Têxtil (antiga sede da empresa Buettner), situada na Rua Edgar Von Buettner, Bairro Bateas, nesta urbe, onde encontrou o veículo Ford/Ka, de cor branca, placas MLE 7109, que já os esperava no local, sendo que em seu interior estava o motorista OLMIRO DIAS SEVERO e MÁRIO SÉRGIO FAUST como caroneiro, ambos ora denunciados.*

*Neste local, o denunciado MÁRIO desceu e conversou com os ocupantes do GM/Prisma, que na sequência deixou o local.*

*‘Em minutos chegou naquele mesmo local o caminhão, pois o ponto de encontro já havia sido marcado antecipadamente por todos,*

*momento em que o veículo Ford/Ka encostou na lateral do caminhão e os três ocupantes do baú deste (dois desconhecidos e o denunciado JHONATAN) desceram carregando o corpo de Lucas Ribeiro, que a esta altura já estava praticamente sem vida, enfiando-o no porta malas do Ford/Ka e os demais embarcando no banco traseiro, momento em todos se evadiram do local, inclusive o caminhão conduzido pelo denunciado ALESSANDRO, que estava sozinho na cabine.*

*Durante a fuga para local ignorado, mas que se suspeita tenha sido sentido BR 101/Itajaí, os meliantes que estavam com o veículo Ford/Ka, desovaram o corpo de Lucas Ribeiro às margens da BR 101, Bairro Brilhante, na cidade de Itajaí/SC, onde foi encontrado somente no dia seguinte.*

*Já o caminhão seguiu sentido BR 470, enquanto que o veículo GM/Prisma, seguiu para local ignorado.*

*‘Repare-se que todos os trajetos a serem percorridos, paradas, veículos utilizados, armamentos, fuga e demais detalhes da trama, já estavam arquitetados e decorados de antemão por todos os envolvidos, que estavam em perfeita consonância uns com os outros acerca de tudo o que seria feito naquele dia, inclusive no dia anterior ao fatídico, MÁRIO FAUST, LUCAS RIBEIRO e o motorista do caminhão, ALESSANDRO LUSSOLI, foram aos locais para averiguarem com precisão os detalhes dos pontos de encontro.*

*‘Anota-se que o plano não saiu de acordo com o planejado, começando pela morte de Lucas Ribeiro, que foi o primeiro elemento colhido pela equipe de Investigação para apurar o envolvimento de todos os denunciados, enfatizando-se, ainda, que apenas seis meliantes foram identificados, quando na verdade o crime contou com a participação de pelo menos nove pessoas, sendo que as quatro sem identidades conhecidas até o momento também colaboraram e contribuíram sobremaneira para o sucesso da empreitada criminosa.*



*‘Anota-se que JHONATAN e Lucas estavam fortemente armados, abordaram diretamente e dispararam contra a vítima, subtraindo o malote que ela carregava, que era o objetivo de todo o plano.*

*‘ALESSANDRO foi ‘contratado’ por Mário Sérgio para participar da empreitada, ciente de todos os detalhes, com a promessa de pagamento de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), que lhe foi devidamente entregue uma semana depois do crime pelo próprio Mário Sérgio, em um posto de gasolina do Bairro Poço Fundo, nesta urbe, tendo participação ativa no resultado final, pois deu azo à fuga dos meliantes logo após a prática delituosa.*

*‘MÁRIO SÉRGIO e OLMIRO estavam no veículo Ford/Ka, e além de arquitetarem o plano, sempre em conjunto com os demais como o RAFAEL, deram guarida a fuga dos latrocidias posteriormente ao crime, cuidaram dos pagamentos, mandaram lavar o veículo que estava com o porta malas sujo de sangue, e dividiram os lucros do roubo.*

*‘RAFAEL igualmente deu fuga aos meliantes, tendo resgatado o motorista do veículo HB20 quando este abandonou o carro, e ido até o pátio da empresa Copacabana Têxtil para fazer contato com os demais criminosos, visando a garantir o sucesso de todo o planejado o qual fora ricamente planejado e executado, haja vista o material bélico utilizado e o roteiro todo que mais parece de filme.*

*‘Desta forma, os denunciados ALESSANDRO, JHONATAN, MÁRIO SÉRGIO, OLMIRO e RAFAEL subtraíram coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência, empregando armas de fogo, estando em pluralidade de agentes e contra vítima que estava em serviço de transporte de valores, circunstância que era conhecida dos meliantes, causando, inclusive, em decorrência dessa violência, o seu óbito.’”*

Após representação do Delegado de Polícia responsável pela Divisão de Investigação Criminal desta comarca e, com manifestação favorável do Ministério Público, no dia 4-10-2017, este juízo decretou as prisões temporárias de Alessadro Lussoli, Jhonatan Silveira Machado, Luiz Carlos dos Santos, Olmiro Dias Severo, Rafael Fantoni e Vilmar Fantoni (fls. 958-964), sendo os mandados de busca e apreensão e de prisões de Alessandro e Vilmar cumpridos na mesma data (fls. 978-987).

Posteriormente, após nova representação da Autoridade Policial, este juízo revogou a prisão temporária de Luiz Carlos dos Santos (cujo mandado não chegou a ser cumprido) e decretou a prisão temporária de Mário Sérgio Faust, bem como deferiu a realização de busca e apreensão em sua residência (fls. 1003-1006).

Em 9-10-2017, a Autoridade Policial expediu alvará de soltura em favor de Vilmar Fantoni, sendo este liberado na mesma data (fl. 1058).

O mandado de prisão temporária expedido em desfavor do acusado Jhonatan foi cumprido no dia 24-10-2017 (fls. 1103-1104).

Em 31-10-2017, este Juízo acolheu o pedido da Autoridade Policial, após a oitiva do Ministério Público, e deferiu a prorrogação dos prazos das prisões temporárias dos acusados Alessandro Lussoli e Jonathan Silveira Machado, por mais trinta (30) dias. Na mesma oportunidade, o pedido de liberdade provisória formulado em favor de Alessandro foi indeferido (fls. 1152-1154).

A denúncia veio acompanhada pelo inquérito policial e foi recebida por este juízo no dia 28-11-2017. Na ocasião, as prisões temporárias dos acusados foram convertidas em prisões preventivas (fls. 1487-1490), sendo os mandados expedidos em desfavor de Jhonatan e Alessandro cumpridos em 5-12-2017 (fls. 1569-1571).

Formulado pedido de interceptação telefônica e quebra de dados telefônicos pela defesa do acusado Jhonatan (fls. 1453-1455), este obteve

manifestação Ministerial desfavorável (fls. 1537-1539) e foi indeferido (fls. 1547-1548).

O mandado de prisão expedido em desfavor do acusado Mário Faust foi cumprido somente no dia 28-12-2017, uma vez que este encontrava-se foragido no Estado do Paraná (fls. 1638-1641).

Impetradas ordens de *habeas corpus* em favor dos acusados Alessandro e Jhonatan, estas foram denegadas pela Corte Catarinense.

Os acusados Alessandro e Jhonatan foram citados pessoalmente (fls. 1550-1551) e apresentaram respostas à acusação por meio de defensores constituídos (fls. 1557-1558; 1560-1562).

Os acusados Olmiro e Mário foram citados por edital (fls. 1520-1521) e compareceram aos autos por meio de defensores constituídos, inclusive com poderes especiais (fls. 1634 e 1662), apresentando respostas à acusação (fls. 1681-1686 e 1718-1720), razão pela qual este juízo deu por supridas as citações pessoais e determinou o prosseguimento do feito (fls. 1692-1693).

O codenunciado Rafael Fantoni foi citado pela via editalícia (fls. 1520-1521), posto que encontra-se em local incerto e não sabido, e deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de resposta à acusação, sendo o processo e o prazo prescricional suspensos em relação a ele no dia 6-2-2018, nos termos do art. 366 do CPP (fl. 1725).

Houve habilitação de assistente de acusação (fls. 3086-3087), com o que não se opôs o Ministério Público (fl. 3099) e restou deferido (fl. 3100).

Durante a instrução processual, foram ouvidas oito testemunhas de acusação, sendo uma em comum com as defesas de Jhonatan e Mário, e sete em comum com a defesa de Jhonatan, bem como três testemunhas da defesa do acusado Alessandro, três testemunhas da defesa do acusado Mário, e quatro testemunhas da defesa de Olmiro, além de uma informante

do juízo. Ao final, foram interrogados os acusados Alessandro, Jhonatan e Mário, sendo decretada a revelia do acusado Olmiro (fls. 2946-2947; 3104-3105).

Na fase diligencial, pela defesa de Olmiro foi acostado aos autos uma carta, escrita de próprio punho pelo acusado (fls. 3109-3115), o que restou deferido (fls. 3132-3135).

O defensor de Alessandro Lussoli requereu a degravação das conversas/mensagens do aplicativo *Whatsapp* do telefone celular de propriedade do acusado e objeto de busca e apreensão por parte da Autoridade Policial, com a finalidade de ratificar as provas já produzidas pela defesa (fl. 3117), o que restou indeferido (fls. 3132-3135).

A defesa de Mário, por seu turno, requereu fosse aguardado o retorno da carta precatória expedida para inquirição da testemunha por si arrolada, além do desentranhamento do depoimento de Maria Severo perante o juízo, e o desentranhamento dos documentos de fls. 3109-3116, por não servirem como prova no processo (fls. 3118-3120), o que restou indeferido (fls. 3132-3135).

Pela defesa de Jhonatan foi requerido a juntada de comprovantes médicos, bem como a reanálise e deferimento da petição de fls. 1453-1455 (fls. 3121-3123), sendo o primeiro pleito deferido e o segundo indeferido (fls. 3132-3135).

Pela acusação foi requerido a juntada da perícia realizada no aparelho celular apreendido em poder do acusado Mário Sérgio Faust quando da apresentação das alegações finais, o que restou indeferido (fls. 3132-3135).

Encerrada a instrução criminal e fase diligencial, em alegações finais por meio de memoriais, a acusação entendeu que restaram comprovadas nos autos a materialidade do delito, a autoria e culpabilidade dos acusados Alessandro, Olmiro, Jhonatan e Mário, e requereu a procedência da

denúncia (fls. 3146-3194), no que foi secundado pela assistente de acusação (fls. 3240-3243).

A defesa do acusado Mário Sérgio Faust sustentou em matéria preliminar a nulidade do feito por cerceamento de defesa, em razão do indeferimento das diligências requeridas. No mérito, sustentou a ausência de comprovação da participação do acusado no delito, requerendo a absolvição, com fulcro no art. 386, V ou VII do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, em caso de condenação, postulou pelo afastamento das majorantes do crime, por não se aplicarem ao latrocínio. Ainda, requereu o afastamento das agravantes previstas no artigo 61, inciso II, alíneas 'a' e 'c', do Código Penal. Pugnou também a aplicação da pena no mínimo legal e a fixação do regime inicial proporcional à reprimenda aplicada (fls. 3205-3238).

O defensor de Jhonatan Silveira Machado, por sua vez, aventou que não há nos autos qualquer prova de que o acusado tenha participado do crime, requerendo a absolvição, com base no princípio *in dubio pro reo*. Pugnou ainda pela concessão ao direito de recorrer em liberdade (fls. 3248-3254).

A defesa de Alessandro Lussoli enalteceu os predicados pessoais favoráveis ao acusado. No mérito, sustentou a ausência de indícios ou provas em desfavor de Alessandro, asseverando que este não confessou a autoria do latrocínio, mas apenas que foi contratado para prestar um serviço de transporte de frete, pleiteando, assim, a absolvição. Em havendo condenação, requereu o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, ainda que qualificada. Pugnou também pelo afastamento das causas especiais de aumento de pena, e requereu o reconhecimento da participação de menor importância. Ao final, postulou pelo afastamento das circunstâncias agravantes (fls. 3270-3286).

Por último, a defesa de Olmiro Dias Severo sustentou que o acusado não participou do planejamento ou execução do crime, tampouco teve

envolvimento com os demais acusados ou obteve vantagem no lucro auferido com a prática criminosa, requerendo assim a sua absolvição com base na ausência de provas e aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Alternativamente, postulou pelo reconhecimento da participação de menor importância (fls. 3287-3295).

Os antecedentes criminais foram certificados às fls. 1383-1406; 1503-1506; 1559; 1572; 2900-2916; 2954-2973; 3296-3311.

Vieram os autos conclusos.

### **Relatados, decido.**

Imputa-se aos acusados Alessandro Lussoli, Jhonatan Silveira Machado, Mário Sérgio Faust e Olmiro Dias Severo a prática do crime de latrocínio em sua modalidade consumada, majorado pelo emprego de arma de fogo, concurso de agentes e pelo fato de a vítima Everaldo Soares de Campos estar em serviço de transporte de valores, com as circunstâncias agravantes do motivo fútil e do recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido, capitulado no art. 157, §2º, incisos I, II e III, e §3º, segunda parte, c/c artigo 61, inciso II, alíneas ‘a’ e ‘c’, todos do Código Penal, na forma do artigo 1º, inciso II, da Lei n. 8.072/1990.

Passo, de imediato, à análise da matéria preliminar arguida pela defesa do acusado Mário Sérgio Faust por ocasião das alegações finais.

De modo diverso do alegado pelo defensor, não há falar em cerceamento de defesa, eis que as diligências requeridas às fls. 3118-3120 foram indeferidas por este juízo por se apresentarem prescindíveis e dispensáveis ao deslinde do feito, mediante decisão devidamente fundamentada, não havendo dúvidas de que trata-se de manobra protelatória para prolongar a instrução processual e evitar a responsabilização criminal do acusado.

Cumpre ressaltar que o deferimento/indeferimento de diligências é

ato discricionário do Magistrado, desde que devidamente fundamentado, como ocorreu no caso dos autos, em que este juízo justificou amplamente a razão do indeferimento dos pedidos da defesa.

Além do mais, o indeferimento das diligências só poderia ter o condão de macular o andamento da ação penal caso restasse demonstrada a extensão do dano efetivamente suportado pelo acusado, ônus do qual não se desincumbiu o defensor, pois se limitou em alegar cerceamento de defesa, sem, no entanto, demonstrar o efetivo prejuízo.

Assim, afastado a preliminar aventada e passo ao mérito.

A materialidade e autoria do delito estão comprovadas por meio dos boletim de ocorrência (fls. 1181-1182), exame cadavérico (fls. 1184-1185), relatório de cheques (fls. 1196-1202), laudo pericial realizado no local dos fatos (fls. 1228-1233), laudo pericial de identificação de veículo (fls. 1235-1241), laudo papiloscópico (fls. 1243-1247), laudo pericial de busca de evidências (fls. 1249-1252), exame pericial de DNA (fls. 1254-1257), laudo pericial realizado no caminhão utilizado na fuga (fls. 1259-1272), auto de exibição e apreensão (fl. 1311), investigação realizada pela polícia civil (fls. 1332-1368), ofício contendo documentos (fls. 1738-1769), prova oral coletada ao longo da instrução criminal, e demais elementos de convicção que compõem o acervo dos autos.

Ao ser interrogado perante a autoridade policial, Alessandro Lussoli confirmou ter participado do roubo que resultou na morte de Everaldo Soares de Campos. Esclareceu que trabalhava com fretes e transportes, sendo proprietário do caminhão VW/24.250, placas MDN-8473. Relatou que a cerca de seis meses, conheceu Mário Sérgio Faust, vulgo “Magrelo”, em um posto de gasolina no Bairro Nova Brasília, nesta cidade de Brusque, sendo que depois disso o encontrou em outras ocasiões, quando conversaram apenas amenidades. Afirmou que embora não tivesse intimidade com Mário, ele lhe convidou para fazer uma “cena” e disse que pagaria bem, sem dar maiores detalhes, sendo o

interrogando assediado por Mário por cerca de um mês, até que aceitou ouvir a sua proposta. Que na quinta-feira, dia 7-9-2017, Mário o contatou por telefone e marcou um encontro no “Kaos Bar” para que pudessem conversar, de modo que por volta das 17:00 horas do mesmo dia foi ao referido bar, onde encontrou Mário acompanhado da pessoa identificada posteriormente como Lucas Ribeiro, ocasião em que os dois lhe pediram para que participasse de uma “cena” na qual receberia R\$ 8.000,00 reais, e que seria feita por uma equipe profissional e de fora da cidade. Aduziu que segundo os dois lhe disseram, sua única tarefa seria estar às 10:00 horas do dia 11-9-2017, na Rua José Dirschnabel, logo depois da Fine Comércio de Malhas, na cidade de Guabiruba/SC, onde deveria buscar algumas pessoas e carregá-las no baú de seu caminhão. Informou que no dia 10-9-2017 voltou a conversar com Mário por telefone e se encontraram para que este o levasse até o ponto exato onde deveria aguardar com o caminhão, sendo que neste dia estava com seu veículo Vectra e Mário dirigia um carro Hyundai/HB20, cor branca. Que depois de apontar o local exato, Mário esclareceu que no dia seguinte e na hora marcada algumas pessoas estariam no referido lugar esperando pelo interrogando e entrariam no baú do caminhão, razão pela qual a porta lateral deveria estar destrancada, sendo que deveria levá-los até o estacionamento da empresa Copacabana Têxtil (antiga Buettner). Seguindo com o combinado, no dia 11, foi com seu caminhão até o ponto indicado e aguardou a chegada das referidas pessoas, o que aconteceu poucos minutos depois, quando um carro branco pequeno encostou na lateral do caminhão e alguns homens fortemente armados, encapuzados e de roupas pretas saíram do carro e entraram no baú pela porta lateral, sendo que logo em seguida o veículo saiu em alta velocidade. Salientou que enquanto os desconhecidos entravam no baú, escutou algo parecido com um disparo de arma de fogo, se assustando, mas seguiu exatamente como planejado e os levou até o pátio da empresa Copacabana (antiga Buettner), onde parou o caminhão distante da rua e, logo em seguida, um veículo Ford/Ka, cor branca, chegou e encostou na lateral do seu caminhão. Informou



que Mário desceu do banco do carona e abriu o porta malas do veículo, todavia o motorista permaneceu no seu interior, de modo que não pode vê-lo. Que, no mesmo ato, as pessoas que estavam no baú desceram pela porta lateral carregando um homem ferido e o colocaram no bagageiro do veículo Ford/Ka. Logo após, Mário retornou para o carro e entrou no banco do passageiro, enquanto os demais entraram no banco traseiro, saindo todos do local. Disse ter certeza que o homem ferido ainda estava vivo pois o ouviu reclamar de dores. Confirmou que depois disso seguiu em direção a Rodovia Ivo Silveira, sentido a Gaspar/SC, e, após, pela BR 470, até parar em uma lavação em frente a um posto de gasolina, onde pediu para lavarem o baú que estava sujo de sangue. Mencionou que soube do roubo pela imprensa, ainda no mesmo dia. Ressaltou que cerca de uma semana após os fatos, se encontrou novamente com Mário em um posto de gasolina do Bairro Poço Fundo, nesta cidade, momento em que ele entregou os R\$ 8.000,00 (oito mil reais) em dinheiro que haviam combinado anteriormente e mandou que permanecesse em silêncio e não falasse do assunto com ninguém, sendo esta a última vez em que conversaram. Declarou ainda que apagou todas as mensagens trocadas com ele pelo seu telefone. Ao concluir, afirmou categoricamente que o passageiro do veículo Ford/Ka, de cor branca, no dia do crime, era Mário Sérgio Faust (fls. 1221-1223).

Por ocasião do seu interrogatório judicial, alterando parcialmente a versão inicial, Alessandro afirmou que a acusação é inverídica e que nada foi apreendido na sua posse. Disse que é caminhoneiro e possui um caminhão Volkswagen, de cor branca, sendo que na semana anterior ao crime, chegou de viagem na terça-feira. Na quinta-feira, recebeu uma ligação da pessoa que se identificou por “Mário”, que havia conhecido num posto de gasolina, perguntando se estava interessando em fazer um frete, para levar uma mercadoria, “caixaria” até Pernambuco, ao que respondeu que por menos de oito mil reais não iria. Na quinta-feira a tarde, Mário pediu para encontrá-lo no “Kaos Bar”, nesta cidade, para

combinarem o serviço. Afirmou que Mário a que se refere é o Mário Faust. Relatou que o codenunciado aceitou o valor do frete e disse ao interrogando que iria carregar na Guabiruba/SC, na segunda-feira, às 10:00 horas da manhã. Que na referida data, foi até o local combinado, e ficou aguardando. Por volta das 10:30 horas, quando se deu conta, ouviu um barulho de “cantada de pneu” e, ao se virar, viu “aquela turma toda de fuzil e de pistola”. Disse que um entrou na cabine com o interrogando, apontando a arma, e os outros foram no baú. Logo que eles embarcaram, ouviu um barulho de disparo e eles mandaram ir até o Bairro Bateas, o que atendeu. Não soube dizer o modelo do carro em que os agentes chegaram, sabendo apenas que era um veículo pequeno, de cor branca, sendo que estavam em seis, mas apenas cinco pessoas entraram no caminhão, um com o interrogando na cabine e os outros no baú, estando todos com balaclavas e “bem armados”, com armas que nunca viu pessoalmente. Aduziu que o combinado não era levar pessoas, mas sim carregar mercadorias. Afirmou que levou os agentes até a Bateas, na fábrica da antiga empresa Buettner, onde havia um carro branco esperando por eles, com duas pessoas dentro, sendo um deles Mário Faust. Disse que os indivíduos desceram do caminhão, tiraram o rapaz que “se atirou sozinho” e o colocaram dentro do porta-malas do carro, sendo que o rapaz estava vivo, pois pediu ajuda, tendo sido alvejado na perna, pois havia um furo na calça jeans. Não soube dizer como, mas todos os sete fugiram naquele carro. Esclareceu que quando chegaram no local, Mário Faust desembarcou e o motorista permaneceu no veículo, não podendo vê-lo. Afirmou que o agente que ficou consigo na cabine o ameaçou durante todo o caminho, não tendo percebido se eles carregavam algum malote. Aduziu que após carregarem o corpo, os agentes foram embora, mas lhe ameaçaram muito, exceto Mário, dizendo que sabiam onde seus familiares moravam e que sabiam tudo da sua vida. Que, ato contínuo, após eles deixarem o local, o interrogando foi até Itajaí-SC, pois ficou sangue no seu caminhão, e o mandou lavar numa lavação situada antes da ponte de Navegantes/SC. Saindo dali, foi até o

posto Santa Rosa, para dar entrada num papel, e depois disso retornou para Brusque/SC.

O acusado continuou narrando que, na quarta-feira, recebeu uma ligação de Mário para encontrá-lo no bairro Poço Fundo, pelo que foi ao local para saber o que tinham feito consigo, ao que Mário mandou “ficar quieto, ficar na boa”, ogou o dinheiro, R\$ 8.000,00 (oito mil reais), dentro do carro e foi embora, estando ele sozinho na ocasião, com um HB20 branco. Que, na quinta-feira, o interrogando carregou o caminhão para “Beto” e fez uma viagem até Pernambuco, sendo detido na volta a esta cidade. Disse que não conhece “Rico”, e não soube dizer o que Mário fazia antes dos fatos, pois o conhecia de um posto de gasolina. Esclareceu que depois que o acusado lhe contatou para fazer o frete, se encontraram pessoalmente apenas na quinta-feira antes do crime, no dia do crime, e na quarta-feira depois, quando ele lhe entregou o dinheiro “vivo”. Salientou que não imaginava que eles fariam o assalto, pois “se pensasse por alto, jamais colocaria meus pés lá”. Confirmou que foi ouvido na Delegacia de Polícia e confessou os fatos, da mesma forma que hoje, todavia não disse para o Delegado que deveria esperar umas pessoas e deixar a porta do caminhão aberta. Reconheceu sua assinatura constante no termo de interrogatório de fls. 1221-1223. Informou que o rapaz que foi morto estava junto com Mário naquele dia no bar, antes do crime, tendo o reconhecido, pois não estava encapuzado. Dos demais, não conseguiu ver o rosto em nenhum momento. Ressaltou que trabalha desde criança com o pai, de forma séria e honesta, sendo que nunca teve problemas com a Justiça, e levou 25 anos para conseguir seu caminhão, de modo que jamais se envolveria num assalto. Afirmou que quando prestou depoimento na Delegacia de Polícia, estava sem a presença de advogado, mas o próprio interrogando dispensou. Que não sofreu nenhuma pressão do Delegado ou dos policiais, e não foi orientado a dar depoimento. Alegou também que no momento em que Lucas foi baleado, não houve reação de nenhum dos envolvidos, pois ninguém se

preocupou com a vida dele. Disse que apenas quatro ou cinco envolvidos conversaram com o interrogando, somente os que estavam encapuzados, com roupas pretas que encobriam o corpo inteiro, e “cheios de coletes e armas”. Ao final, confirmou ter reconhecido Mário Sérgio Faust na Delegacia de Polícia, por meio da fotografia de fl. 1224 (mídia de fls. 3104-3105).

O acusado Jhonatan Silveira Machado, interrogado apenas em juízo, negou os fatos narrados na denúncia, pois não tem qualquer envolvimento com o crime, acreditando que seu nome aparece como um dos assaltantes por ser amigo de Lucas Ribeiro, desde 2015 ou 2016. Disse que nada foi apreendido na sua posse, e que conheceu Lucas no bairro onde morava, “de festas”, sendo que na época dos fatos moravam juntos, no Saco dos Limões, “Morro da Macumba”, em Florianópolis, há cerca de vinte dias. Esclareceu que Lucas não trabalhava e o interrogando trabalhou por dois meses em uma lavação, antes de ser preso. Que, todavia, na época do crime nenhum dos dois trabalhava, não sabendo explicar como se mantinham, tendo dito apenas que ia na casa da sua mãe uma vez por semana. Alegou que não estava traficando na época dos fatos, e que Lucas viajava muito, para Brusque/SC e Balneário Camboriú/SC. Relatou que na data antecedente ao crime, Lucas saiu quinta-feira e voltou sábado a noite. Domingo ele saiu novamente, às 05:00 horas da manhã, e não voltou mais, sendo que o interrogando estava com o pé quebrado na época e jogou a chave fora da janela para ele. Disse que soube da morte do amigo na quinta-feira, através da mãe. Com relação à interceptação telefônica, aduziu que lhe perguntaram por que estava preso e apenas respondeu que por um latrocínio, mas não que confessou a participação no crime. Não soube dizer se Lucas havia planejado o crime com alguém, pois ele não comentava sobre isso com o interrogando. Não soube dizer se Lucas possuía arma e negou possuir arma. Negou qualquer participação ou envolvimento no crime, dizendo que nunca havia estado em Brusque/SC antes. Afirmou que no dia do crime, estava

em casa, com o pé quebrado, possuindo inclusive atestado, que está com sua mãe. Alegou que não conhece os demais acusados. Informou que não possuía renda antes de ser preso, pois tinha acabado de fazer 18 anos. Negou fazer parte do PGC ou PCC, dizendo que não possui envolvimento com facção criminosa. Ressaltou que apesar da amizade com Lucas, nunca responderam a processo ou foram abordados juntos. Asseverou também que realizaram buscas na sua casa e na residência de sua mãe após o crime, nada sendo localizado, nem mesmo o tênis, não se recordando a época em que foi tirada a fotografia em que aparece no Facebook com o tênis preto. Não soube dizer o hospital em que foi atendido quando estava com o pé quebrado. Destacou ter solicitado a quebra do sigilo telefônico do interrogando e de seus familiares, mas não foi aceito. Mencionou ainda que tomou conhecimento de que estava sendo acusado do crime depois de um mês, quando viu sua foto na televisão, razão pela qual foi no escritório do advogado, e depois de dez dias foi preso. Não soube dizer se Lucas era faccionado no PGC. Ao final, ao ser questionado como usou telefone celular dentro da UPA, disse que o aparelho era de um “guri do barraco”, que acabou cedendo ao interrogando (mídia de fls. 3104-3105).

Por sua vez, o acusado Mário Sérgio Faust, também interrogado apenas na fase judicial, negou ter apelido, dizendo que não é conhecido como “Magrelo”, nem mesmo entre os amigos. Negou os fatos narrados na denúncia, afirmando que são inverídicos. Disse que nada foi apreendido na sua posse no processo, apenas um celular em Curitiba/PR. Declarou que o motorista Lussoli o apontou como mandante do crime, mas o interrogando não mandou em nada. Aduziu que o conhece de vista, sendo que conversou com ele uma vez, no “Kaos Bar”, na oportunidade em que estava comendo no local, quando ele chegou e ficou conversando com outro “cara”. Negou terem marcado um encontro para acertar um frete, sendo que o encontrou por volta das 10:00 horas da manhã, mantendo uma conversa rápida. Disse que não conhece Lucas

ou Jhonatan. Asseverou ainda que não faz nem ideia do porquê de estar sendo acusado, aduzindo que a investigação “aponta para todo lado” e o interrogando não teve qualquer participação no crime, pois jamais faria isso. Narrou que no dia dos fatos, esteve no Banco do Brasil, antes do almoço, sozinho, mas não conseguiu tirar dinheiro, pois precisava de digital. Depois, foi para casa, fez almoço e a tarde tomou um remédio para dormir, sendo que ficou sabendo do crime no mesmo dia, pois saiu “no whatsapp”. Afirmou que conhece Olmiro há cerca de um ano, o qual, além de trabalhar com repasse de carro, trabalhava com o pessoal que distribuía panfletos. Salientou que repasse de carro não significa carro clonado, apenas intermediação da compra e venda de veículos legalizados, sendo que o interrogando, Olmiro e “Rico” trabalhavam no mesmo ramo, mas todos independentes. Disse que Olmiro frequentou sua casa por duas ou três vezes, apenas a negócios, mas não o contatou no dia dos fatos e não se recorda de ele ter lhe dado alguma carona na data do crime. Alegou que apenas pedia carona ao acusado para levar ou buscar carros em oficina, pois sabia que ele sempre estava na rua devido à distribuição de panfletos. Afirmou que na data dos fatos, não esteve no local do crime ou na empresa Buettner. Negou ter encontrado com Alessandro após o latrocínio, no bairro Poço Fundo, dizendo ainda que nunca deu dinheiro para ele, e não sabe por que ele está falando isso.

Mário esclareceu também que tomou conhecimento de que seu nome estava envolvido no crime quando estava na “Lapa”, trabalhando em um bitrem, onde permaneceu por cerca de um mês. Quando ficou sabendo, largou o caminhão e foi para Curitiba/PR, a pedido de outro advogado, para ver do que se tratava, sendo preso no dia 28 de dezembro. Disse que não conhecia o Cabo Everaldo, assim como não conhece Jhonatan, não tendo certeza se conhece Rafael Fantoni. Se reconheceu como sendo a pessoa que aparece nas fotografias de fls. 1224. Aduziu que na conversa que teve com Alessandro no “Kaos Bar” não falou em fazer uma “cena de crime”. Asseverou que sua família nunca teve HB20, sendo

que o interrogando dirige e, exceto nos casos de levar carros para oficina, não precisava pedir carona para ninguém. Confirmou que seu casamento com Rozana estava abalado, mas foi controlado. Disse ainda que sofre de depressão e toma medicamentos. Concluiu, dizendo que saiu desta cidade no mês de setembro, apenas para se desestressar e ajudar o amigo, cujo pai estava muito doente, sendo que no período em que esteve fora, mantinha contato com a esposa via *Whatsapp* (mídia de fls. 3104-3105).

O Delegado de Polícia Alex Bonfim Reis narrou em juízo que deu início às investigações, logo após os fatos, quando foram comunicados de uma ocorrência de latrocínio, em frente a uma agência bancária, na cidade de Guabiruba/SC. Esclareceu que num primeiro momento coletaram todas as imagens possíveis, tanto do local como das vias que acessavam o banco, por meio das quais conseguiram identificar os veículos, que seguiam sempre juntos: um caminhão Baú, pertencente à Alessandro, um Ford/Ka, de Olmiro, e um HB20 branco, clonado, além de outro carro prata, sendo o HB20 abandonado próximo ao local dos fatos, enquanto o caminhão seguiu até a empresa Buettner, onde um corpo foi transportado. Informou que no Ford/Ka estava Mário e no veículo prata Rafael Fantoni, sendo que a impressão digital encontrada no HB20 pertencia à Lucas, cujo sangue foi encontrado no caminhão, pois ao subir no aludido veículo, este acabou sofrendo um disparo acidental, perdeu muito sangue e faleceu. Que já no estacionamento da empresa Copacabana (antiga Buettner), os quatro que estavam no veículo prata colocaram Lucas no banco do passageiro do veículo Ford/Ka branco e se evadiram para rumo ignorado. Afirmou que Mário e Olmiro apareciam nas imagens, sendo Olmiro reconhecido pelo proprietário da lavação como a pessoa que levou o carro para lavar, pois havia muito sangue. Asseverou que Mário foi apontado como mentor intelectual do crime, levou Alessandro para todos os locais, e distribuiu o pagamento, destacando que ele (Mário) não estava na cena do crime, mas atuou como mentor. Informou que cessadas as investigações, um aparelho celular foi apreendido na UPA e,

após autorização judicial, foram extraídas informações que comprovam o envolvimento de Mário, vulgo “Magrelo” e de Jhonatan no crime, pois as conversas são bem específicas e este confirma que esteve no latrocínio do policial, associado à Mário. Mencionou que salvo engano, havia mais de cem mil reais no malote subtraído. Salientou que ainda há três pessoas a serem identificadas, pois no local do crime haviam cinco pessoas: o falecido Lucas e Jhonatan, além de três agentes ainda não identificados.

Continuou, relatando que Lucas e Jhonatan residiam juntos à época dos fatos, sendo que o primeiro foi apreendido quando adolescente, no final do ano passado, em duas ocasiões distintas, com armas de fogo e munições, de mesmos calibres das armas utilizadas no crime. Ressaltou que as armas utilizadas no latrocínio eram de uso restrito, calibre .9mm e também fuzil ou carabina, calibre .556. Informou que chegaram ao acusado Jhonatan por suas características físicas e, analisando as imagens, observaram que o tênis que ele utilizava era o mesmo que ostentava no Facebook, sendo amigo muito próximo de Lucas e inclusive moravam juntos, sendo que, ato contínuo, descobriram que ele tinha manuseio e conhecimento de arma e foi apreendido com armas de fogo do mesmo calibre das utilizadas no crime. Além disso, foi interceptado o telefone no qual ele menciona que estava envolvido neste delito específico, com o Mário “Magrelo”. Destacou que apenas Alessandro Lussoli confirmou a participação no crime, além da quantidade de pessoas envolvidas, bem como que todas as informações e diretrizes foram providenciadas por Mário Faust, tendo ele recebido oito mil reais, cuja quantia foi entregue por Mário uma ou duas semanas depois. Esclareceu que há indicativos mínimos da participação de Lucas e Jhonatan em facção criminosa, mas não possui provas concretas, apenas informações colhidas pelo Batalhão da Polícia Militar de Florianópolis/SC. Informou ainda que foi encontrado sangue humano no caminhão de Alessandro, mas não pode afirmar se era de Lucas. Todavia, na empresa Copacabana, onde o caminhão de Alessandro parou, foi encontrada uma gota de sangue, a qual restou



comprovada se tratar de Lucas. Mencionou que Alessandro nominou apenas Mário Faust e não os demais participantes do crime. Asseverou que as imagens identificaram os ocupantes dos veículos, Alessandro, Mário e Fantoni, mas os executores não foram visualizados. Enfatizou que Jhonatan recentemente tinha conhecimento e manuseio de armas de fogo com o mesmo calibre utilizados no crime, residia com Lucas, possuía um par de tênis igual ao do atirador e as conversas entre ele e o outro preso, nas quais o acusado confessa o envolvimento e a participação de Mário. Informou que participou de buscas na residência da mãe de Jhonatan, mas nada foi apreendido, pois ele já não residia no local há algum tempo. Declarou que considerando o teor das mensagens, não há dúvida de que Jhonatan confirma a participação no latrocínio. Discorreu que havia inicialmente uma informação do envolvimento de “Velhinho”, de Blumenau/SC, no crime, mas esta não se confirmou no decorrer das investigações. Afirmou que há nos autos em desfavor de Mário: conversas extraídas do telefone, nas quais Jhonatan cita o acusado, identificação por parte de Alessandro como ele sendo mentor, filmagem na qual Mário aparece no carro junto com Olmiro – num primeiro momento houve um equívoco com relação à pessoa que estava junto com Olmiro, mas no decorrer das investigações houve a confirmação de que se tratava de Mário. Considerou a investigação exitosa e conclusiva, salientando que no dia anterior, conversou com Mário na unidade prisional, o qual negou o envolvimento e preferiu não colaborar com as investigações. Esclareceu que a identificação visual de Olmiro foi feita pelo carro, sendo que a tia do acusado confirmou que ele estava na posse do veículo no momento do crime. Informou que não foram apreendidos objetos relacionados ao latrocínio na residência do acusado Olmiro, até porque os acusados já tinham conhecimento da investigação e haviam se evadido. Frisou que o crime bem elaborado, tanto que Lucas foi abandonado na via pública sem qualquer vestimenta, apenas roupa íntima, o que denota que eles se desfizeram de todas as provas e evidências. Mencionou que não há informações precisas se Olmiro recebeu algum valor em dinheiro,

mas certamente ele não participou do crime de forma gratuita, sendo o veículo do acusado, o Ford/Ka, abordado pela polícia, na BR 101, poucos dias após os fatos. Disse também que Vilmar Fantoni confirmou que o veículo utilizado no crime pertencia à família, era utilizado por ele e pelo filho, mas naquele dia e horário específicos quem o utilizava era Rafael Fantoni, conforme testemunhos de Vilmar e outras pessoas que residiam próximo ao acusado. Asseverou ainda que havia uma fita do senhor do Bonfim no interior do veículo, o que auxiliou na identificação. Ao final, confirmou na íntegra o relatório final de fls. 1370-1381 (mídia de fls. 2946-2947).

O informante Douglas Reichert, representante do supermercado vítima, inquirido somente na fase judicial, declarou que Everaldo não era funcionário do estabelecimento, mas frequentava o local e, por ser da polícia, assim como outros policiais, tomava café na loja. Esclareceu que “nós da família” somos os responsáveis por levar o malote de dinheiro ao banco, alternando as pessoas de acordo com as ordens do financeiro. Aduziu que no dia dos fatos, Everaldo estava no local e se propôs a levar o malote. Informou que havia cento e trinta e cinco reais em dinheiro; e sessenta e oito, sessenta e nove mil em cheques, sendo feita uma única viagem para depósito, o qual não se efetivou, pois Everaldo “jogou” o malote “e eles levaram”. Afirmou que conseguiram cancelar parte dos cheques, mas não tiveram mais notícias do dinheiro. Aduziu que Everaldo nunca havia feito este tipo de serviço para o mercado, sendo que também não chegou a receber nenhuma remuneração, pois “foi espontâneo”. Asseverou que o policial tomou conhecimento de que realizaria o transporte do malote naquela data, no momento em que estava tomando café, e não dias antes. Disse que, além da responsável pelo financeiro, nenhuma outra pessoa sabia que o transporte seria feito naquele dia. Informou que não foi o responsável por entregar o malote à vítima, sendo que também não estava no local naquele momento. Posteriormente, afirmou que Everaldo já havia realizado este tipo de

entrega em “uma ou duas vezes”. Salientou que já ocorreram outras subtrações de malote. Disse ainda que não conhece Mário Sérgio Faust. Ao final, informou que a empresa “perdeu tudo” e que somente alguns cheques de clientes foram sustados, mas não compensados (mídia de fls. 2946-2947).

No mesmo sentido foram as declarações do informante Ivan Luiz Tridapalli, ouvido somente na fase policial, ocasião em que narrou que é proprietário do Supermercado Carol, confirmando haver diariamente o transporte de malotes contendo valores até a agência bancária, porém disse que este serviço era feito por funcionários do próprio estabelecimento, sendo raras vezes realizado por Everaldo, sempre quando estava de folga. Declarou que na data dos fatos, era um funcionário do mercado que levaria o malote, mas Everaldo passou no local para tomar um café e se ofereceu para fazer o transporte, o que foi feito. Enfatizou que por volta das 10:45 horas, foi informado de que Everaldo havia sido assaltado e morto na entrada do SICOOB e que o malote de valores havia sido levado pelos assaltantes, confirmando que havia na mochila cerca de R\$ 132.000,00 reais, em dinheiro e cerca de R\$ 68.999,60 reais em cheques (fl. 1.195).

O informante Vilmar Fantoni narrou perante o juízo que chegou a ser detido em razão dos fatos, sendo-lhe mostradas filmagens na oportunidade, nas quais havia um carro, Prisma branco, muito semelhante ao seu. Disse que não utilizou o veículo no dia do latrocínio, mas o seu filho saiu com o carro de casa naquela manhã. Aduziu que não sabe das amizades do filho e nunca o ouviu falar o nome dos acusados, os quais não conhece. Esclareceu que na manhã dos fatos, Rafael pediu o carro emprestado, de manhã cedo, para fazer entrega de tinta, retornando por volta das 11:00 horas. Afirmou que o veículo Prisma está registrado em nome de sua esposa. Confirmou o depoimento prestado na fase policial e aduziu desconhecer o paradeiro do filho, pois ele não entrou mais em contato com a família (mídia de fls. 2946-2947).

A testemunha Isolete Dias declarou nas duas fases processuais que na época dos fatos, havia sofrido um acidente e estava na casa da sua filha, que é madrasta de Rafael, o qual, no dia do latrocínio, chegou de manhã cedo em casa e pediu o carro do pai emprestado, como era de costume. Esclareceu que o Delegado de Polícia não lhe apresentou imagens do assalto. Informou que naquela data, Rafael estava de calça jeans e camiseta, sendo que retornou para casa por volta do meio dia, quando almoçavam, mas ele não quis almoçar, permanecendo por cerca de dez minutos, quando saiu novamente. Afirmou que Rafael tinha barba na época. Posteriormente, esclareceu que o Delegado de Polícia apresentou uma imagem de um rapaz dentro de um veículo, o qual era muito semelhante ao acusado Rafael. Disse ainda que não conhece nenhum dos demais acusados e que nunca mais viu Rafael ou teve notícias dele. Ao concluir, confirmou seu depoimento prestado na fase policial (mídia de fls. 2946-2947 e fls. 1216-1217).

Importante destacar que ao ser ouvida na fase policial, Isolete esclareceu que não tem conhecimento do envolvimento de Rafael no latrocínio, todavia, pelas imagens e fotos mostradas pelo Delegado de Polícia, considerando a camiseta preta, a barba preta, o porte físico e a cor da pele, acredita que Rafael era o motorista do veículo, mas não pode afirmar categoricamente em razão da qualidade das imagens (fls. 1216-1217).

Por sua vez, a testemunha Bruna Vidotto Imhof Klein, pouco contribuiu para o esclarecimento dos fatos, tendo relatado em juízo que a placa do seu veículo HB20, de cor branca, foi clonada. Esclareceu que o carro permaneceu na garagem e não saiu com o mesmo alguns dias antes e depois dos fatos apurados nestes autos.

Além disso, confirmou seu depoimento prestado na fase policial, quando informou que era proprietária do veículo HB20, de cor branca, 4 portas, placas-MKM 1665, com o qual não se deslocou às cidades

do litoral na época do crime, sendo que a última vez que o utilizou o automóvel foi no dia 9-9-2017. Afirmou que após o assalto na cidade de Guabiruba/SC, tomou conhecimento de que o carro foi clonado e vinha sendo utilizado para a prática de crimes na região (mídia de fls. 2946-2947 e fls. 1.186).

O testigo Rodrigo Zavilinski declarou nos autos que na manhã dos fatos, estava trabalhando na agência bancária ViaCredi, quando ouviu o tiro e viu um rapaz segurando a arma, não conseguindo ver se ele atirou, pois seu ângulo de visão não permitiu. Esclareceu que referido rapaz era alto e magro, enquanto a arma era grande, do tipo fuzil. Informou que o Cabo Everaldo esporadicamente ia ao banco para realizar os depósitos, em horários alternados. Disse que pelas filmagens, pode perceber que o veículo HB20 chegou algum tempo antes de Everaldo, e os agentes saíram do interior assim que o policial chegou ao local. Ressaltou que pode visualizar dois agentes no momento dos fatos, mas pelas filmagens verificou que haviam três, um mais ao fundo, fazendo guarda para quem estava atirando. Afirmou que o cabo Everaldo jogou a mochila e os assaltantes a recolheram do chão. Asseverou que a instituição financeira já havia comentado com os responsáveis do supermercado para contratar um carro-forte para fazer o transporte do dinheiro, em razão até mesmo da segurança dos funcionários do banco. Relatou que os fatos ocorreram por volta das 10:30 horas, sendo que o declarante não reconheceu nenhum dos assaltantes, pois eles estavam de balaclava. Disse não ter conhecimento da quantia que havia no malote. Não soube dizer quanto disparos ouviu, mas segundo comentários, foram efetuados nove. Esclareceu que não conhece Mário Sérgio Faust. Ressaltou que trabalha há quatro anos na ViaCredi e nunca havia passado por uma situação dessas. Ao concluir, mencionou não se recordar do depósito de cheques nominais à Olmiro (mídia de fls. 2946-2947).

Ainda, na fase policial, esclareceu que um dos suspeitos vestia calça bege, casaco verde aparentemente com colete a prova de balas, e utilizava

uma arma longa de cor camuflada em verde claro com bege, estando com o rosto coberto por balaclava, sendo que media aproximadamente 1,85m (fls. 1.191).

Apresentando versão semelhante Carlos Henrique Jenson relatou que não conhece os acusados e conhecia a vítima da rotina da cooperativa. Disse que na época dos fatos, era vigilante do banco, e não tem conhecimento se Everaldo realizava serviços para alguma empresa, não sabendo se ele levava malotes para o Supermercado Carol. Relatou que no dia do crime, por volta das 10:30 horas, ocorreram os disparos, quando fez o procedimento padrão de segurança e, somente após, soube que o assalto não era à agência, mas ao policial militar que estava ao lado de fora, de quem subtraíram uma mochila. Afirmou ter visto um dos assaltantes, o qual vestia camisa branca, era alto e media cerca de 1,80m, mas não viu seu rosto porque usava balaclava. Asseverou que não pode ver quem efetuou os disparos, mas visualizou três assaltantes entrando no veículo HB20, de cor branca, inclusive o de camisa branca, se evadindo do local. Reafirmou não ter conhecimento se Everaldo fazia serviços extras ao supermercado Carol. Destacou ser impossível a identificação do agente que viu com a arma, pois estava de balaclava. Não soube dizer se Everaldo era correntista do banco, mas o conhecia da agência. Informou ter ouvido seis disparos. Disse que visualizou três pessoas embarcando e desembarcando no veículo HB20, todos de balaclava, sendo que o motorista permaneceu no seu interior. Mencionou ainda não ter visto Everaldo desembarcando do carro dele, apenas ouviu os disparos e então viu um sujeito com arma longa apontando para a ViaCredi. Que, além disso, viu um dos assaltantes correndo com a mochila. Esclareceu ainda que, posteriormente, pelas filmagens, viu que o HB20 branco estava estacionado do outro lado da rua. Ao final, confirmou seu depoimento prestado na fase policial (mídia de fls. 3104-3105 e fl. 1192).

O testigo Pablo Rogério Roncelli declarou à autoridade policial que na época dos fatos, trabalhava na lavagem Procar, situada na Rua Gabriel

Siegel, Bairro Guarani, nesta urbe, sendo que na manhã de quarta-feira, dia 13-9-2017, Olmiro, vulgo “Miro”, deixou o seu veículo Ford/Ka, cor banca, placas MLE 7109, para lavar, o qual estava um pouco empoeirado e estranhamente não tinha o carpete e o tampão do porta-malas. Disse que no dia seguinte, pela manhã, Olmiro voltou para buscar o veículo alegando que precisava viajar para visitar um familiar doente, mas logo na sexta-feira dia 15-9-2017, pela manhã, retornou à lavação para que o depoente terminasse de limpar o estofado do carro, o que foi feito, e ao meio dia Olmiro retornou para buscar o automóvel (fls. 907-908).

Em juízo, Pablo relatou que conhece o acusado Olmiro, pois trabalhava em uma lavação no bairro Centro, onde ele era cliente de higienização. Confirmou que o acusado levou seu veículo Ford/Ka em certa data na lavação do declarante, para realizar serviço de higienização, tendo desmontado o banco, o teto e o carpete. Esclareceu que aquela foi a primeira vez que Olmiro levou aquele veículo para o declarante lavar, mas já tinha feito serviços anteriormente para ele, sendo um lavador de confiança do acusado. Aduziu não se recordar de ter visto manchas no interior do veículo, mas chamou a sua atenção o fato de não haver carpete e o tampão do porta-malas. Informou que não possuía relação de amizade com o acusado, pois Olmiro apenas confiava no seu trabalho, sendo o relacionamento meramente profissional. Informou ainda que na primeira vez, ao levar o carro, Olmiro foi sozinho ao local e, na segunda vez, foi com um amigo, que era “careca”, mas não sabe o nome dele (mídia de fls. 3104-3105).

A testemunha Valmir Padoani, arrolado pela defesa do acusado Alessandro, declarou em juízo que conhece o acusado desde pequeno, tendo conhecimento de que o pai dele era caminhoneiro, assim como Alessandro, que é motorista de caminhão desde os 18 anos. Disse que Alessandro trabalhou em sua empresa por cerca de seis a oito meses, não tendo o que reclamar, pois o acusado sempre foi um bom funcionário. Informou que após sair da sua empresa, Alessadro comprou um caminhão

e continuou como caminhoneiro. No mais, abonou a conduta do acusado. Mencionou ainda que não tem conhecimento de nenhum fato que desabone a conduta do acusado Mário. Afirmou também que quando foi preso nestes autos, Alessandro tinha um caminhão Volkswagen. Ao concluir, disse não ter conhecimento sobre os fatos (mídia de fls. 3104-3105).

Carlos Roberto Gamba, por sua vez, igualmente narrou na fase judicial que conhece o acusado Alessandro desde criança, o qual dirige caminhão desde os 18 anos. Esclareceu que o pai e avô do acusado possuíam uma frota de caminhões e Alessandro trabalhava com o pai. Ainda, enalteceu os predicados pessoais favoráveis ao acusado, dizendo que tinha um bom conceito na comunidade. Esclareceu que em meados do ano passado, o declarante vendeu seu caminhão e começou a passar seus fretes para Alessandro. Disse não ter conhecimento se o acusado transportava carga roubada. Concluiu, dizendo que quando foi preso, Alessandro possuía um caminhão Volkswagen (mídia de fls. 3104-3105).

Da mesma forma, o testigo Rogério Verwiebe declarou perante o juízo que conhece o acusado Alessandro há dez ou doze anos, o qual é motorista de caminhão e trabalhava com o pai. Informou que estava com Alessandro no dia em que ele foi preso, pois estavam tentando liberar o caminhão dele, que havia sido apreendido por “falta de pneu”. Disse que por volta das 18:00 horas, o depoente foi liberado e Alessandro permaneceu na Delegacia de Polícia. No mais, abonou a conduta do acusado, dizendo que é trabalhador sério e bem quisto na comunidade. Mencionou ainda que tomou conhecimento dos fatos através de uma notícia, sendo que Alessandro nunca comentou nada a respeito com o declarante. Ao final, afirmou que o caminhão apreendido é um Volkswagen, de cor branca, o qual o acusado possuía há cerca de quatro anos (mídia de fls. 3104-3105).

A testemunha Valberto Assi, arrolado pela defesa do denunciado



Mário, declarou na sede do juízo que conhece o acusado há cerca de treze ou quatorze anos, pois eram vizinhos, nunca tendo presenciado nenhum ato ilícito por parte dele. Esclareceu que Mário trabalhava com comércio de automóveis semi-novos. Informou ainda que soube dos fatos através da imprensa e ficou surpreso com a prisão do acusado, uma vez que não tem conhecimento de nada que desabone a sua conduta. Afirmou que não conversou com Mário após o crime, apenas com a esposa dele, que não fez qualquer referência direta do delito e também não sabia do paradeiro do acusado, não lhe informando há quanto tempo estava sumido, apenas que teria ido viajar com um amigo, não sabendo para onde. Ao final, disse que não teve mais contato com Mário (mídia de fls. 3104-3105).

A informante Rozana Kloster Faust, esposa do acusado Mário, disse na fase embrionária que na tarde do dia 17-10-2017, os policiais compareceram em sua residência, ocasião em que os autorizou a realizarem buscas domiciliares, todavia nada foi apreendido. Esclareceu que estava em processo de separação com o acusado, que trabalhava como vendedor de veículos, mas há cerca de trinta dias havia saído de casa para ajudar um colega no transporte de cargas para os estado do Mato Grosso e ainda não havia retornado, não sabendo dizer onde ele está, tampouco seu ramal telefônico, pois ele muda constantemente de número. Noticiou ainda que embora conviva há vários anos com Mário, pouco sabe sobre a vida pessoal do marido (fls. 1.219-1.220).

Sob o crivo do contraditório, Rozana declarou que os policiais estiveram na sua casa no dia 17 de outubro de 2017, mas não encontraram nada, não sabendo dizer o que eles buscavam no local, apenas que estavam a procura de Mário. Novamente afirmou que estavam em processo de separação na época dos fatos e Mário tinha ido viajar para ver se melhorava um pouco e também para ajudar um amigo, “Nelsinho”. Esclareceu que o esposo trabalhava com a compra e venda de carros, tendo um escritório com “Rico”. Afirmou ainda que tomou

conhecimento do suposto envolvimento de Mário no crime através dos meios de comunicação, quando estava dando aula. Asseverou que não tem conhecimento do envolvimento do marido com práticas criminosas e acredita que ele não tem participação neste crime. Informou que é casada com o acusado há mais de 25 anos e o relacionamento começou a se desgastar no ano passado, mas não chegaram a se separar. Disse que Mário foi viajar de carreta no dia 18 ou 19 de setembro de 2017, para o Mato Grosso, pois o amigo “Nelsinho” precisava de alguém para dirigir seu caminhão. Aduziu que não percebeu nada de diferente no marido nas semanas anteriores, sendo que a polícia esteve cerca de trinta dias depois da saída de Mário na sua casa. Alegou ter conversado vagamente com o marido sobre o crime, mas ele disse que estava passando por um momento muito difícil e que não tinha envolvimento. Dos demais acusados, esclareceu que conhece apenas Olmiro, o qual já viu em sua casa e também na casa de “Rico”, acreditando que ele trabalhava para este. Afirmou ao final que Olmiro também trabalhava com venda de carros e frequentou a casa da informante por duas ou três vezes, para conversas com Mário (mídia de fls. 3104-3105).

A testemunha Katlim Vieira Duwe declarou em audiência que trabalha como diarista na residência de Mário e Rozana, os quais conhece há cerca de seis anos. Disse que os dois são trabalhadores, e não tem conhecimento do envolvimento deles com prática criminosa. Informou que Mário trabalhava na venda de automóveis e não tem conhecimento de nada que desabone a sua conduta, sendo que ficou surpresa com a prisão do acusado, pois trabalhou seis anos na sua casa e não imaginava isso. Esclareceu que soube dos fatos através da mídia e nunca ouviu nada a respeito na casa do acusado. Mencionou que não estava trabalhando no dia que a polícia esteve no local. Afirmou que ainda trabalha para Rozana, às terças-feiras. Aduziu não ter percebido nenhuma mudança no comportamento do acusado, pois não tinham muito contato. Disse que Mário trabalhava com “Rico”, em uma garagem de automóveis, que não

sabe onde fica localizada. Concluiu, dizendo que não achou estranho a ausência de Mário no período em que ele foi viajar, pois apenas limpava a casa e “era discreta” (mídia de fls. 3104-3105).

Outrossim, o testigo Ricardo Guilherme Deucher, arrolado pela defesa de Olmiro, afirmou em juízo que é conhecido pelo apelido de “Rico”. Esclareceu que conhece o acusado há cerca de dez anos, não tendo conhecimento do envolvimento dele com a prática de ilícitos ou organização criminosa. Disse que nunca viu o acusado portando arma, sendo uma pessoa de boa conduta. Relatou que Olmiro e o declarante trabalhavam na revenda de veículos, todavia não sabe o paradeiro do acusado atualmente, pois, segundo a tia dele, Olmiro foi ameaçado em razão desses fatos apurados. Salientou que o acusado estava sempre pronto para ajudar, quando o declarante precisava de algo, assim como Mário, que vivia sem carro e Olmiro o ajudava com caronas. Aduziu que certamente Olmiro não recebeu dinheiro pelo assalto, pois “tava toda vida duro”. Além disso, abonou a conduta do acusado. Esclareceu que Mário também trabalhava com o declarante na negociação de carros, mas não possuíam empresa juntos. Asseverou que Mário sempre foi bem-humorado, não apresentando nenhuma característica de pessoa doente. Salientou que no mesmo dia do assalto, Mário passou na sua casa, na parte da tarde, para perguntar de “negócio de carro”, estando bem tranquilo. Depois disso, manteve outros contatos com o acusado. Todavia, após a imprensa veicular a ordem de prisão dos dois acusados (Mário e Olmiro), não teve mais contato com nenhum deles, sendo que inclusive lhe bloquearam no celular, achando muito estranho tal atitude. Ao final, disse que Faust não tinha carro e Olmiro usava o carro da tia, um Ford/Ka, branco, “e só andava com ele”, se referindo ao veículo (mídia de fls. 3104-3105).

A testemunha Renata Back relatou na fase judicial que teve um relacionamento com o acusado Olmiro, e romperam no ano de 2012. Disse que o conhece há aproximadamente dez ou onze anos, sendo que

nunca foi uma pessoa violenta e também não frequentava bares, não tendo conhecimento do envolvimento dele com crimes ou organização criminosa, destacando que ele sempre repudiava essas situações. Salientou que Olmiro sempre colaborou com as pessoas, inclusive para dar caronas, possuindo uma conduta exemplar, sendo que trabalhava com a entrega de panfletos e também com venda de carros. Esclareceu que tomou conhecimento dos fatos através da mídia e de “Lola”, tia do acusado. Não soube dizer o paradeiro de Olmiro, mas tem conhecimento de que a “tia Lola” estava tomando café com ele, quando por volta das 17:30 horas, Olmiro recebeu uma ligação de Mário, pedindo uma carona, ao que os dois foram até o Banco do Brasil, onde Mário recebeu uma ligação e tiveram que seguir caminho, até a empresa Buettner, quando chegaram na cena do crime e Olmiro foi ameaçado. Com a intercessão de Mário ele foi liberado, mas sob ameaça de que seria morto caso comentasse algo. Informou ainda que tiveram um longo relacionamento e o acusado nunca se mostrou violento ou disposto a cometer crimes. Todavia, faz bastante tempo que não o vê, tendo contato esporádico com “Lola”. Aduziu que como Olmiro foi ameaçado, acredita que ele tenha fugido por conta das ameaças. Mencionou também que não conhece os demais acusados e, ao concluir, disse que “tia Lola” possuía um Ford/Ka na época dos fatos (mídia de fls. 3104-3105).

Por seu turno, a testemunha Neoroci Moraes Sampaio relatou que conhece Olmiro há mais de dez anos, o qual não é violento e nem de frequentar bares. Disse que não tem conhecimento do acusado com o envolvimento com crimes ou organização criminosa. Relatou que Olmiro foi ameaçado em razão desses fatos, não sabendo dizer quem o ameaçou. Aduziu que segundo ouviu dos familiares e amigos do acusado, Olmiro estava em casa na data dos fatos, quando alguém lhe telefonou pedindo uma carona, ao que ele levou um dos acusados até o banco e, do banco foi até na empresa Buettner, onde “tinha acontecido aquilo tudo” e o pessoal estava armado, sendo Olmiro liberado somente porque um dos

acusados o deixou sair. Além disso, abonou a conduta do acusado. Disse que não conhece Mário Sérgio Faust. Esclareceu que a ligação que lhe contaram ocorreu na parte da tarde, mas não sabe o dia ou horário, sendo que conversou pessoalmente com “Lola” e ela lhe contou sobre a ligação. Concluiu, dizendo que após os fatos, não teve mais nenhum contato com o acusado Olmiro (mídia de fls. 3104-3105).

O testigo Marcos Antônio Migliolio narrou que conhece Olmiro há cerca de quinze anos, o qual é uma pessoa “bem sossegada”. Disse não ter conhecimento do envolvimento do acusado com crimes ou organização criminosa, sendo ele bem quisto na comunidade, pois sempre ajuda as pessoas que precisam. Esclareceu que Olmiro morava com a tia e sempre a ajudava no trabalho, além de trabalhar com a venda de carros. Declarou que tomou conhecimento dos fatos através da mídia e não soube dizer o paradeiro do acusado, havendo comentários de que ele teria sido ameaçado de sofrer represálias. Afirmou ter ficado surpreso com os fatos, pois vai de encontro a tudo o que sabia do acusado. Aduziu ainda que ouviu comentários de que no dia dos fatos, Olmiro deu uma carona a “alguns elementos” e dessa carona virou algo mais grave, desconhecendo se ele recebeu alguma vantagem (mídia de fls. 3104-3105).

Por último, foi ouvida a informante Maria Aparecida Costiche Dias Severo, por ter sido indicada por outras testemunhas como conhecedora dos fatos, porém, prestou um depoimento confuso e inconsistente, afirmando ao juízo que é tia de Olmiro e viviam juntos. Esclareceu que o acusado laborava na venda de carros com “Rico” e na entrega de panfletos, utilizando sempre um veículo Ford/Ka, branco, de propriedade da informante. Relatou que no dia do crime, estavam tomando café a tarde, por volta das cinco ou seis horas, quando Olmiro recebeu uma ligação de Mário Faust, o qual era conhecido da informante, pedindo uma carona, ao que Olmiro saiu com o Ford/Ka para buscá-lo, não sabendo onde. Informou que o sobrinho voltou tarde para casa, já era noite, sendo que não chegaram a conversar, sabendo apenas que ele estava

muito nervoso, dizendo “eu não acredito que fizeram isso comigo”, sem entrar em detalhes. Aduziu que não contou para ninguém, mas alguém quebrou as telhas de sua casa e também jogou um gato na frente do imóvel. Informou que quando Olmiro recebeu a ligação, a depoente não sabia do assalto, tomando conhecimento apenas dois ou três dias depois, sendo que o sobrinho não comentou nada consigo a respeito, apenas que não acreditava que tinham feito isso com ele. Afirmou que Olmiro não lhe falou quem estava o ameaçando e o porquê, destacando que está tomando calmante desde a tragédia e prefere não falar o que não tem certeza. Mencionou que o acusado saiu de casa depois que quebraram o telhado, não tendo conhecimento do paradeiro dele, pois nunca mais tiveram contato. Disse ainda que somente tomou conhecimento de que ele estava sendo acusado do crime após ele sair de casa. Asseverou que Olmiro tinha muito medo de ser morto, todavia a informante não recebeu nenhuma ameaça direta, apenas jogaram pedra no telhado, e “jogaram um gato e sangue na frente da casa”, mas não registrou boletim de ocorrência “pois não sabe em quem confiar”, e tem medo que as pessoas que fizeram isso com ele façam algo com a informante. Alegou também que não relatou sobre os fatos ocorridos na sua casa ou sobre a ligação recebida por Olmiro quando prestou depoimento na delegacia, pois tinha medo. Todavia, hoje resolveu contar “pois uma hora eu ia ter que dizer a verdade”, e “se fizerem alguma coisa, vão fazer” (mídia de fls. 3104-3105).

Essa é, em síntese, a prova oral carreada aos autos.

Passo, a seguir, à análise do crime narrado na denúncia.

Com efeito, colhe-se dos autos que nos dias de folga do batalhão da Polícia Militar, o policial Everaldo Soares de Campos eventualmente trabalhava como segurança e realizava o transporte de valores para o Supermercado Carol, localizado na cidade de Guabiruba/SC.

Sendo assim, na manhã de 11-9-2017, por volta das 10:30 horas,

Everaldo transportava um malote de valores contendo cerca de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), entre dinheiro e cheques, do referido supermercado para a agência bancária SICOOB, localizada na Rua Vereador Érico Truppel, 142, Bairro Centro, na cidade de Guabiruba/SC, ocasião em que foi abordado e alvejado repetidas vezes por criminosos fortemente armados, os quais subtraíram o malote, não tendo a vítima resistido aos ferimentos e vindo à óbito logo depois, ao dar entrada no hospital.

Segundo apurado durante as investigações, filmagens da agência bancária e de imóveis próximos comprovaram que os assaltantes já aguardavam a chegada do policial com o malote, dentro do veículo Hyundai/HB-20, cor branca, estacionado em frente à instituição de crédito. As gravações também provaram que o crime foi cometido diretamente por cinco agentes, sendo que quatro homens armados desceram do automóvel para abordar a vítima, enquanto um permaneceu na condução (vide mídia arquivada em Cartório).

Digno de nota destacar que o automóvel utilizado pelos agentes havia sido furtado na cidade de Tijucas/SC e estava com as placas alteradas, sendo restituído à legítima proprietária, Flávia Fagundes, após a realização dos procedimentos necessários (fls. 1188-1189).

Além da verificação das filmagens, fora realizada perícia no local do crime, sendo coletados projéteis e estojos de munições, restando evidenciado que os criminosos utilizaram-se de armas de grande potencial lesivo, tais como calibre . 9mm e .556mm (fuzil). O laudo de exame cadavérico atestou a *causa mortis* de Everaldo Soares de Campos por choque hipovolêmico (anemia aguda), em decorrência de ferimentos abdominais (hepáticos e intestinais), causados por sete projéteis de arma de fogo (fls. 1184-1185).

Restou apurado, ainda, que depois de alvejar a vítima e subtrair o malote de dinheiro, os agentes fugiram para a Rua José Dirschnabel,

Guabiruba/SC, onde o caminhão VW/24.250, placas MDN-8473, já os esperava. Ao chegarem no ponto de encontro, apenas os quatro passageiros do automóvel Hyundai/HB-20 adentraram no baú do caminhão, enquanto o motorista retornou alguns quarteirões, abandonou o automóvel e foi resgatado pelo condutor do veículo GM/Prisma, cor branca, placas MJR-6763.

Logo após o resgate dos criminosos, o caminhão e o automóvel GM/Prisma seguiram para o estacionamento em frente a empresa Copacabana Têxtil (antiga Buettner), situada no bairro Bateas, nesta cidade de Brusque/SC.

Em análise das câmeras de segurança (vide mídia arquivada em Cartório), a Autoridade Policial apurou que a fuga dos agentes também envolveu o veículo Ford/Ka, placas MLE-7109, de cor branca.

De acordo com as filmagens, cerca de trinta minutos após o latrocínio, o veículo Ford/Ka, com dois ocupantes, foi o primeiro a chegar no estacionamento da empresa Copacabana Têxtil. Minutos depois, o automóvel GM/Prisma parou ao lado do Ford/Ka e o passageiro deste desceu para conversar com os ocupantes do GM/Prisma. Após uma rápida conversa, o GM/Prisma deixou o pátio e logo em seguida chegou o caminhão VW/24.250. Ato contínuo, o Ford/Ka estacionou na lateral do caminhão baú para que os quatro agentes, que haviam sido transportados na carroceria, pudessem entrar. Em questão de poucos minutos, a fuga de todos os agentes foi concluída.

Frente a este contexto, as investigações policiais elucidaram que o latrocínio foi executado, em sua totalidade, por no mínimo nove agentes, que utilizaram-se de quatro veículos, sendo um caminhão e três automóveis.

Conforme apurado, o latrocínio ocorreu na manhã de 11-9-2017 e, estavam na cena do crime cinco indivíduos, os quais utilizaram o veículo Hyundai/HB-20, que foi abandonado instantes após a prática criminosa,



tendo todos os assaltantes logrado êxito em se evadir.

Na manhã seguinte aos fatos, o corpo da pessoa identificada como Lucas Ribeiro foi encontrado às margens da Rodovia Antonio Heil, município de Itajaí-SC. Ocorre que, o jovem estava apenas de roupa íntima, com um único ferimento na perna, provocado por disparo de arma de fogo, e com um torniquete um pouco acima da lesão, o que chamou a atenção dos investigadores e levou os policiais da Divisão de Investigação Criminal - DIC desta Comarca, suspeitarem do envolvimento de Lucas no delito ora analisado.

Diante disso, a Autoridade Policial requisitou ao Instituto Geral de Perícias a realização de exame de comparação datiloscópica de Lucas Ribeiro com uma digital encontrada no automóvel Hyundai/HB-20, cujo resultado foi positivo (vide laudo de fls. 1243-1247).

Dando continuidade às investigações, os policiais da divisão especializada tomaram conhecimento de uma denúncia anônima feita à central de emergência da Polícia Militar (190) no dia do crime, na qual o denunciante relatou ter visto um caminhão baú, cor branca, que chegou no pátio da empresa Copacabana Têxtil (antiga Buettner), situada na Rua Edgar Von Buettner, bairro Bateas, nesta cidade. Informou ter visualizado também o momento em que um segundo veículo, pequeno, de cor branca, parou ao lado do baú do caminhão e alguns homens desceram pela porta lateral deste, carregando o que parecia ser um corpo humano, e o colocaram no bagageiro do carro (vide fl. 1338).

Após a denúncia, os policiais iniciaram sucessivas diligências e lograram êxito em encontrar uma gota de sangue no pátio da empresa Copacabana Têxtil. Na mesma ocasião também solicitaram as filmagens das câmeras de segurança do local.

As filmagens da empresa registraram que três veículos, todos de cor branca, estiveram naquele local momentos após o crime, a saber: um caminhão baú Volkswagen, um Ford/Ka e um GM/Prisma.

Já a amostra sanguínea foi encaminhada ao Instituto de Análises Forenses, tendo o exame pericial confirmado ser de Lucas Ribeiro (laudo de fls. 1254-1257).

Além das impressões digitais encontradas no veículo utilizado na prática criminosa, os policiais civis compararam as filmagens do crime com fotos do perfil do Facebook de Lucas Ribeiro, constatando que a sua compleição física e o tênis utilizado por ele são os mesmos de um dos assaltantes.

Desta forma, apurou-se a participação efetiva de Lucas Ribeiro no crime de latrocínio, estando ele inclusive no palco dos acontecimentos, juntamente com o acusado Jhonatan Silveira Machado e outros indivíduos ainda não identificados.

Como já mencionado acima, a gota de sangue encontrada no pátio da empresa Copacabana era de Lucas Ribeiro e vinculou os veículos e os ocupantes ao crime executado, possibilitando assim a identificação de grande parte dos envolvidos.

Assim, prosseguindo nas investigações, os agentes da divisão especializada analisaram as redes sociais de Lucas Ribeiro e seus amigos, chegando na pessoa de Jhonatan Silveira Machado, agente que atuou diretamente no roubo, pois foi o responsável por atirar contra Everaldo e recolher o malote de dinheiro.

O denunciado foi identificado pelo porte físico, pois possui o mesmo do atirador, e pelo tênis da marca Nike, de modelo bastante peculiar. Na rede social *Facebook*, Jhonatan é visto em diversas fotografias usando um par de tênis com detalhes pouco comuns, mas idênticos ao usado pelo agente que efetuou os disparos contra Everaldo Soares de Campos (fl. 1357).

Ressalta-se que o criminoso apontado nas filmagens como sendo Jhonatan usava luvas escuras, consideração pertinente já que o acusado

possui tatuagens nas mãos, de modo que o uso de luvas escuras serviu para encobrir os desenhos e evitar seu reconhecimento, além de não deixar digitais no veículo.

Além disso, os policiais averiguaram que o acusado possui vasta passagem policial, sendo flagrado duas vezes em 2016, inclusive no final do ano, na posse de drogas, arma de fogo e munições de diversos calibres, incluindo .9mm, o mesmo calibre que vitimou Everaldo Soares de Campos. No caso, como bem salientado pela Autoridade Policial, vale dizer o óbvio e afirmar que criminosos só transportam munições para armas que possuem ou têm acesso, exatamente como o caso em tela.

Aliado a isso, Jhonatan, de forma a se vangloriar de sua atitude, quando já estava preso nestes autos, após as investigações, conversou via mensagem pelo aplicativo *Whatsapp* com outro detento, através de um celular que circulava nas celas da unidade prisional local, em cuja conversa confirmou que estava envolvido no crime de latrocínio do policial militar na cidade de Guabiruba/SC, confirmando, ainda, a participação de “Magrelo”, *in casu*, o acusado Mário Faust.

De modo diverso do alegado pela defesa, em detida análise da conversa, extrai-se de forma cristalina que o acusado Jhonatan não confirmou apenas que está preso por “latro”, mas sim que é a pessoa que “tava na cena com o magrelo” (fl. 1741), o que, por óbvio, permite concluir pela confirmação da autoria delitiva, sendo ingênuo qualquer interpretação distinta.

E depois, verifica-se que à época dos fatos, Jhonatan e Lucas residiam juntos em Florianópolis/SC, no Bairro Saco dos Limões, “Morro da Macumba”, sendo os dois inclusive alvos de investigação policial em razão do envolvimento com a prática de crimes e com a facção criminosa Primeiro Grupo Catarinense – PGC, constituindo mais um fundado indicativo de arquitetaram juntos o latrocínio ora apurado, na companhia dos demais comparsas, até porque nenhum dos dois

trabalhava à época e o acusado não soube esclarecer a este Magistrado a forma em que mantinham a própria subsistência, já que se limitou a desviar das perguntas e responder que às vezes ia na casa de sua mãe, com a qual inclusive disse que havia brigado.

Cumpra observar que embora o acusado Jhonatan tenha alegado que estava com o pé quebrado na ocasião dos fatos, em nenhum momento comprovou de forma extrema de dúvidas tal assertiva, o que poderia ter sido facilmente feito se não fosse um mero subterfúgio para eximir sua responsabilidade penal.

Isso porque, ao ser interrogado perante este juízo, o acusado não soube dizer sequer o hospital ou posto de saúde que recebeu atendimento médico. Além disso, apesar de ter alegado que sua mãe poderia comprovar a sua versão, a defesa nem mesmo a arrolou para ser ouvida a respeito sob o crivo do contraditório.

De mais a mais, não foram juntados aos autos exames médicos ou fotografias da suposta fratura, mas tão somente um termo de encaminhamento médico rasurado e datado de 30-8-2017 (fl. 3122).

Ademais, segundo o receituário médico de fl. 3123, datado de 30-8-2017, o acusado deveria retirar a imobilização em 4 dias e usar muletas por 10 dias. O crime ocorreu em 11-9-2017, ou seja, o acusado já não precisava mais de muletas para se locomover, o que derrui o alibi apresentado pela defesa, já que, segundo me parece, Jhonatan estava em perfeitas condições físicas, tanto que foi o responsável por atirar no policial militar e subtrair o malote.

Com efeito, diante de todos os elementos de prova encartados aos autos, não há dúvidas da autoria de Jhonatan Silveira Machado no crime em comento, sendo ele o responsável por efetuar os disparos que vitimaram Everaldo Soares de Campos e também por subtrair o malote contendo os valores em espécie.

Os outros três participantes que estavam na cena do crime, junto com Lucas Ribeiro e Jhonatan Silveira Machado não foram identificados pela polícia civil, não obstante as inúmeras diligências empregadas pelos agentes da divisão especializada.

Dando seguimento à apuração do crime, os policiais lograram êxito na identificação de outros envolvidos, que não estavam no local em que Everaldo foi alvejado, mas que tiveram participação fundamental na empreitada criminosa.

Segundo apurado, o caminhão baú visto no pátio da empresa Copacabana Têxtil se trata do Volkswagen, VW/24.250, placas MDN-8473, pertencente à Alessandro Lussoli, pessoa também vista nas filmagens, restando evidenciado que o acusado participou ativamente no crime, na medida em que auxiliou a fuga dos quatro ocupantes do veículo Hyundai/HB-20, que foram resgatados na Rua José Dirschnabel, Guabiruba/SC, onde Alessandro os aguardava, conforme previamente pactuado entre o grupo.

Como já mencionado, durante a fuga, ao adentrar no baú do caminhão, Lucas Ribeiro disparou acidentalmente contra a sua própria perna, causando um ferimento letal, tendo inclusive manchado o baú com sangue, conforme confirmado pelo próprio Alessandro e devidamente comprovado pelo laudo pericial de fls. 1259-1272.

Observo que apesar de o laudo pericial não ter atestado que o sangue humano era de Lucas Ribeiro, todas as circunstâncias acima analisadas, em conjunto, permitem concluir tal assertiva, até mesmo porque o próprio acusado Alessandro confirmou ter transportado o corpo de Lucas no baú de seu caminhão até a empresa Copacabana Têxtil.

Digno de nota destacar que, a despeito de ter alegado em Juízo que foi contratado por Mário Sérgio Faust para realizar um frete de mercadoria, ao ser ouvido pela Autoridade Policial, Alessandro

confirmou ter sido contratado pelo acusado para realizar “uma cena” – nomenclatura utilizada pelos criminosos para se referirem a um assalto – tendo recebido R\$ 8.000,00 (oito mil reais) por transportar os criminosos, quantia paga em espécie, dias depois do delito.

Convém ressaltar, ainda, que o acusado reconheceu a assinatura constante no seu termo de interrogatório prestado na fase indiciária, confirmou ter dispensado a presença de um advogado, e esclareceu que prestou o depoimento de forma espontânea, não havendo indicativos de que tenha sido forçado ou orientado a prestar tal versão.

Realizada busca domiciliar na residência de Alessandro Lussoli, a Autoridade Policial logrou êxito na apreensão de valores em espécie e das vestimentas utilizadas pelo acusado no dia dos fatos (vide auto de exibição e apreensão de fl. 1311).

Diante de todas as circunstâncias que permeiam os fatos, tenho que a assertiva do acusado em juízo, no sentido de que apenas foi contratado para fazer um frete de mercadoria lícita, não se coaduna com a realidade dos autos.

Impende salientar que ao ser interrogado perante a Autoridade Policial, o acusado narrou com riqueza de detalhes toda a empreitada delitiva, fornecendo informações até então totalmente desconhecidas pelo Delegado de Polícia e que somente poderiam ser prestadas por um dos membros do grupo criminoso.

Importante destacar que Alessandro afirmou ter sido contratado por Mário Sérgio Faust e Lucas Ribeiro para participar de uma “cena” na qual receberia R\$ 8.000,00 reais, e que seria feita por uma equipe profissional e de fora da cidade, sendo a sua função transportar algumas pessoas no baú do caminhão, de modo que deveria estar com a porta destravada, para levá-los até o estacionamento da empresa Copacabana Têxtil (antiga Buettner).

Não obstante o acusado tenha alegado em juízo que não prestou tal informação perante o Delegado de Polícia, confirmou a assinatura constante no termo de interrogatório e, por ser uma pessoa esclarecida, certamente leu o interior teor antes de assinar o referido documento.

Além disso, a versão fantasiosa criada pelo acusado sob o crivo do contraditório carece de convencimento, uma vez que além de não ter registrado nenhum boletim de ocorrência para noticiar as supostas ameaças dos homens “fortemente armados”, ao sair do pátio da empresa Copacabana Têxtil, Alessandro rapidamente rumou até a cidade de Navegantes/SC, onde mandou lavar o baú do caminhão, a fim de apagar qualquer vestígio do ferimento sofrido por Lucas Ribeiro, certamente no afã de afastar a sua vinculação com o crime de latrocínio.

E depois, soa estranho um motorista profissional aceitar o frete de mercadoria que sequer soube identificar ou informar a procedência, ainda mais levando-se em consideração que o ponto de encontro marcado foi em uma estrada de terra, local ermo, na cidade de Guabiruba/SC, não havendo nem mesmo alguma empresa próxima, o que, por óbvio, denota que o acusado tinha pleno conhecimento que iria transportar assaltantes e não “caixarias”.

Ainda, verifica-se que o acusado aceitou o dinheiro entregue por Mário Faust, o que constitui mais um indicativo de prova em seu desfavor, pois se realmente estivesse tão aterrorizado com a ação criminosa dos assaltantes, a ponto de asseverar em juízo que não imaginava que eles fariam o assalto, pois “se pensasse por alto, jamais colocaria meus pés lá”, certamente não teria aceitado o pagamento pelo crime, destacando-se, inclusive, que parte do dinheiro foi apreendido em sua residência.

Tendo em vista todos os elementos encartados autos, ressoa de forma cristalina que o acusado Alessandro tinha pleno conhecimento do plano criminoso arquitetado pelos demais comparsas, não havendo dúvidas de que ele sabia de antemão a sua função no esquema, que não

era de transportar mercadorias lícitas, mas sim os assaltantes responsáveis pela morte de Everaldo Soares de Campos e o produto do crime.

Por demais consabido que as organizações estruturadas para a prática de crimes de graves, como o ora apurado, arquitetam o plano criminoso de forma bem minuciosa, havendo a participação de diversas pessoas e veículos, inclusive caminhões, a fim de despistar a ação policial em eventual barreira.

Ora, no caso dos autos, não restam dúvidas de que Alessandro foi contratado para fazer o transporte dos assaltantes, para que estes não fossem localizados pela polícia durante as diligências subsequentes ao crime, uma vez que o veículo utilizado num primeiro momento foi o HB-20 de cor branca, o qual era alvo dos agentes públicos até então, de modo que a rápida troca para um caminhão causou empecilho na localização dos criminosos.

Frente a este contexto, tenho que melhor sorte não assiste a defesa quando alega que Alessandro desconhecia a intenção criminosa dos demais agentes, uma vez que as todas as evidências carreadas aos autos permitem concluir, com a segurança necessária, que o denunciado cumpriu importante papel na empreitada delitativa, tendo plena consciência da ilicitude da conduta perpetrada.

Seguindo a investigação, com amparo no interrogatório prestado por Alessandro Lussoli e baseado em algumas imagens, o Delegado de Polícia chegou na identificação de Mário Sérgio Faust como sendo o passageiro do veículo Ford/Ka, cor branca, placas MLE-7109, o qual estava registrado em nome de Maria Aparecida Costtichi Dias Severo, mas era utilizado pelo sobrinho desta, Olmiro Dias Severo.

Segundo apurado, Mário Sérgio Faust teve papel fundamental para o crime, pois além de auxiliar os agentes na fuga, arquitetou e planejou a empreitada criminosa, sendo o responsável pela distribuição das tarefas, por contratar Alessandro Lussoli, mostrar o local onde o caminhoneiro



deveria esperar e transportar os agentes, bem como pagar R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para o motorista, agindo, desta forma, como autor intelectual.

Neste particular, digno de nota destacar o equívoco ocorrido no início das investigações, eis que num primeiro momento, a Autoridade Policial identificou Luiz Carlos dos Santos como sendo o passageiro do veículo Ford/Ka na ocasião dos fatos.

Isso porque, dias após o delito, o aludido veículo foi abordado na BR 101, próximo à cidade de Barra Velha/SC, oportunidade em que Luiz Carlos estava acompanhado de Olmiro Dias Severo e outros.

Considerando que Luiz Carlos e Mário Sérgio Faust possuem características físicas similares, pois ambos são magros, calvos, mesma cor de pele e estaturas aproximadas, a Autoridade Policial representou pela prisão temporária do primeiro, já que, como dito, ele estava na companhia de Olmiro, no veículo utilizado no crime, alguns dias após a prática delituosa.

Ocorre que, com a prisão de Alessandro Lussoli foi cabalmente demonstrado que a pessoa apontada como ocupante do veículo Ford/Ka era, na verdade, Mário Sérgio Faust, autor intelectual do latrocínio.

Insta consignar que além das declarações de Alessandro Lussoli, o qual confirmou nas duas intervenções processuais que foi contratado por Mário Sérgio Faust para a realização do transporte, tendo este inclusive lhe entregado a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) pelo serviço, verifica-se que o acusado Jhonatan Silveira Machado igualmente afirmou a um detento da unidade prisional que “tava na cena com o magrelo”, identificado por Mário, irmão de “Paulo”, *in casu*, Mário Sérgio Faust, que possui um irmão chamado Paulo Victor Faust.

Não obstante, apesar de não ter sido ouvido perante este juízo, já que atualmente encontra-se evadido, o acusado Olmiro Dias Severo

encaminhou uma carta escrita de próprio punho, na qual confirma que recebeu uma ligação de Mário na manhã do crime, pedindo carona até o Banco do Brasil, de onde foram até uma fábrica no Bairro Bateas, local em que apareceu um caminhão com homens armados e um rapaz que gritava muito de dor, os quais adentraram no seu veículo e então os levou até o Bairro Barracão (vide fls. 3110-3115).

Ora, não há dúvidas de que tais declarações constituem mais um elemento de prova contra o acusado Mário, o qual, inclusive, se limitou em negar a autoria do delito, mas em nenhum momento se desincumbiu de derruir o robusto acervo amealhado pela acusação.

Ressalto que dias após o crime, o acusado se evadiu desta urbe, tomando rumo ignorado, sendo detido somente no final do mês de dezembro de 2017, no Estado do Paraná, o que certamente milita em seu desfavor, já que em nenhum momento logrou êxito em apresentar assertiva convincente para a sua repentina saída da cidade.

Analisando todos os elementos de prova carreados aos autos, tenho que melhor sorte não assiste à defesa do acusado quando alega que Luiz Carlos foi um dos autores do latrocínio, uma vez que amplamente comprovada a autoria de Mário Sérgio Faust no delito em análise, não havendo qualquer dúvida de que este foi o autor intelectual e mandante do crime.

Dando sequência à investigação e, com fulcro nas filmagens, interrogatório de Alessandro Lussoli e testemunhos, a Autoridade Policial identificou o veículo Ford/Ka, cor branca, como sendo o de placas MLE-7109 e pertencente a Aparecida Costtichi Dias Severo, mas que era utilizado exclusivamente por Olmiro Dias Severo.

Assim, restou apurado que no dia dos fatos o referido veículo era ocupado por Olmiro e Mário Sérgio, que juntos deram fuga aos quatro latrocidas, no estacionamento da empresa Copacabana Têxtil, ocasião em que os criminosos desceram do baú do caminhão de Alessandro,

colocaram Lucas Ribeiro no bagageiro e entraram no banco traseiro do carro.

Conforme apurado ao longo da instrução criminal, Olmiro era a única pessoa que usava o veículo Ford/Ka pertencente a sua tia Maria Aparecida, sendo ele também o responsável por levar o automóvel para lavar apenas dois dias após o crime.

Neste ponto, merece destaque o depoimento de Pablo Rogério Roncelli, proprietário de uma lavação, o qual relatou que Olmiro deixou o veículo para a realização de lavagem minuciosa, incluindo a remoção e limpeza do estofamento, chamando-lhe atenção o fato de o carro estar sem o tapete e o tampão do bagageiro.

Como bem salientado pelo Delegado de Polícia, apesar de aparentemente simples, a informação é relevante, pois como Lucas foi colocado no bagageiro do veículo e sangrava devido ao ferimento na coxa, certamente haveria resquícios biológicos no compartimento, motivo pelo qual o acusado se desfez do tapete e do tampão como forma de destruir quaisquer resíduos ou manchas, tais como as encontradas no baú do caminhão de Alessandro Lussoli.

Diante dos elementos encartados aos autos, não restam dúvidas de que Olmiro atuou de forma consciente no crime e deu fuga aos criminosos e à Mário Sérgio Faust no seu veículo Ford/Ka, cor branca, placas MLE-7109, tendo plena consciência da ilicitude dos atos que seriam praticados quando forneceu a carona ao comparsa, uma vez que por serem amigos de longa data, Mário certamente confiou no acusado para auxiliá-lo na prática delitiva, mediante o pagamento de uma recompensa em dinheiro.

Destaco que a versão do acusado apresentada na carta de fls. 3110-3115, no sentido de que “foi colocado na cena do crime” não merece qualquer amparo, pois assim como Alessandro Lussoli, em nenhum momento reportou as supostas ameaças à Autoridade Policial e, além disso, se desfez de todos os vestígios deixados no seu veículo, certamente

no afã de eximir a sua responsabilidade penal.

Aliás, digno de nota destacar que o acusado encontra-se foragido desde 4-10-2017, o que certamente pressupõe que está se esquivando da Justiça para não ser responsabilizado por seus atos e não por temer supostas ameaças que sequer foram noticiadas às autoridades competentes.

Segundo apurado, Mário e Olmiro possuíam laços de amizade consistentes e inclusive trabalhavam juntos na negociação de veículos, de modo que mantinham um vínculo entre si, tanto que a própria tia do acusado confirmou que na data do crime, este saiu de casa enquanto tomavam café, após receber uma ligação de Mário, e somente retornou tarde da noite, o que permite inferir que efetivamente era a pessoa que conduzia o automóvel Ford/KA na ocasião dos fatos.

Desta forma, tenho que melhor sorte não assiste a defesa quando alega que o acusado não teve participação no crime, uma vez que todos os elementos de convicção que compõem o acervo dos autos denotam que conforme previamente pactuado entre os agentes, Olmiro e Mário foram juntos até o pátio da empresa Copacabana Têxtil, onde colocaram o corpo de Lucas Ribeiro no bagageiro do veículo Ford/Ka, enquanto os demais assaltantes foram transportados no banco de trás, tendo todos se evadido do local, até as margens da Rodovia Ivo Silveira, onde o corpo de Lucas foi desovado e os criminosos tomaram rumo ignorado.

Com isso, resta cristalina a participação fundamental do acusado Olmiro, uma vez que este foi o responsável por dar fuga aos criminosos após Alessandro deixá-los no pátio da empresa Copacabana Têxtil, conforme previamente pactuado entre o grupo, a fim de assegurar o sucesso da empreitada criminosa.

Além disso, houve a identificação de outro veículo entre os envolvidos, tratando-se do GM/Prisma, cor branca, placas MJR-6763, o qual foi identificado nas filmagens como sendo o automóvel que seguiu o

Hyundai/HB-20 durante a empreitada criminosa, não havendo dúvidas de que o seu condutor igualmente teve importante papel na prática delitiva, uma vez que foi o responsável por resgatar o motorista do Hyundai/HB-20 após este ser abandonado na cidade de Guabiruba/SC.

Todavia, deixo de me aprofundar quanto autoria e culpabilidade do condutor do veículo GM/Prisma, uma vez que este foi apontado como sendo o acusado Rafael Fantoni, cujos autos encontram-se suspensos por força do art. 366 do CPP, o que impede a análise por parte deste juízo, sob pena de pré-julgamento do feito.

Assim, denota-se que os acusados Alessandro, Jhonatan, Mário e Olmiro, além de Lucas Ribeiro, e os demais comparsas até o momento não identificados, planejaram de forma minuciosa e bem elaborada a prática do assalto, utilizando-se de quatro veículos, inclusive um caminhão, e de armas de fogo de alto potencial lesivo, visando a assegurar o sucesso da empreitada criminosa.

Não há dúvidas de que pela forma em que agiram, meticulosa e altamente planejada, os agentes tinham conhecimento do crime a ser praticado e das tarefas a serem realizadas por cada um dos envolvidos, de modo que os acusados agiram de forma voluntária e consciente, cumprindo cada qual importante papel na empreitada criminosa, a fim de assegurar a subtração do malote contendo cerca de duzentos mil reais, entre dinheiro e cheques.

Diante da estrutura arquitetada, resta cristalino que os acusados e seus comparsas desempenharam papéis relevantes e fundamentais para a prática do crime, até porque qualquer falha redundaria no fracasso da empreitada criminosa, de modo que inviável o reconhecimento da arguição de participação dolosamente distinta ou participação de menor importância, uma vez que o ato de dar fuga foi tão fundamental quanto ao de disparar contra o policial militar, já que todos planejavam e visavam o mesmo fim, qual seja, a subtração do malote contendo valores, sem a

identificação dos envolvidos.

No caso dos autos, emerge de forma cristalina da prova que o desiderato criminoso dos acusados e seus comparsas visavam a subtração do malote contendo valores pertencentes ao Supermercado Carol. Todavia, diante da reação de Everaldo Soares de Campos no momento em que foi abordado, o acusado Jhonatan desferiu sucessivos disparos em sua direção, com o intuito de assegurar o sucesso da empreitada criminosa e a impunidade dos agentes envolvidos.

Desta forma, não há dúvidas quanto à configuração do crime previsto no art. 157, § 3º, do Código Penal, em sua forma consumada, eis que plenamente comprovado nos autos que o acusado Jhonatan, diante da reação da vítima, efetuou sucessivos disparos de arma de fogo em sua direção, com o evidente propósito de assegurar o sucesso na empreitada criminosa, atingindo Everaldo por sete vezes, cujos ferimentos foram suficientes a levá-lo à óbito instantes após ser alvejado, no momento em que deu entrada no nosocômio.

Além disso, não restam dúvidas quanto ao *animus necandi* dos agentes, pois os sucessivos disparos foram efetuados com o desiderato de assegurar o sucesso na empreitada criminosa, não havendo falar em caso fortuito ou força maior, até mesmo porque os agentes já se deslocaram ao local do crime fortemente armados, com armas de calibre .9mm e .556 (fuzil), o que denota que tinham de antemão a intenção de ceifar a vida da vítima caso esta não entregasse prontamente o malote de dinheiro.

Destarte, tenho que comprovado nos autos o *animus furandi* e subsequente *animus necandi* dos agentes, de modo que configurado o delito inculcado no art. 157, §3º do Código Penal, eis que os acusados subtraíram coisa alheia móvel, consistente no malote contendo cerca de duzentos mil reais, mediante violência e grave ameaça exercidas com o emprego de armas de fogo, ensejando o evento morte no momento em que alvejaram a vítima com sete disparos de calibres .9mm e .556 (fuzil).

De igual modo, não há dúvidas de que os efeitos da conduta perpetrada por Jhonatan, responsável pela realização dos disparos, devem ser estendidos aos demais acusados, uma vez que como mencionado acima, ao elaborarem a prática do assalto, perpetrado com armas de alto potencial lesivo, certamente todos previram a ocorrência do crime mais grave.

Não restam dúvidas de que os acusados arquitetaram de forma minuciosa a prática do crime, dividindo entre si as tarefas, sendo que inclusive tinham conhecimento prévio do alvo, o que torna clarividente que os disparos não foram acidentais, mas que Jhonatan atirou contra a vítima para assegurar o sucesso da empreitada criminosa, conforme previamente pactuado entre todos, tendo os demais acusados pleno conhecimento da possibilidade da ocorrência de resultado mais grave, devendo assim responderem pela conduta praticada por seu comparsa.

Neste sentido, aliás, colhe-se de precedente do STJ: “No roubo, mormente praticado com arma de fogo, respondem, de regra, pelo resultado morte, situado evidentemente em pleno desdobramento causal da ação delituosa, todos que, mesmo não agindo diretamente na execução da morte, contribuíram para a execução do tipo fundamental (Precedentes). Se assumiram o risco pelo evento, respondem”. (PT 3.134-SP. 5ª Turma, rel. Ministro Félix Fischer, 19-5-2005).

Diante das circunstâncias do crime, evidente que as condutas dos demais acusados não podem ser enquadradas como participação dolosamente distinta, uma vez que o assalto foi bem articulado e previamente planejado, tendo todos os envolvidos pleno conhecimento das armas de alto potencial lesivo utilizadas pelos agentes que atuaram diretamente na subtração do malote, de modo que devem responder pelo ilícito inculcado no art. 157, §3º, do Código Penal, eis que assumiram o risco de produzir a morte da vítima.

As provas carreadas aos autos revelam, de forma extreme de

dúvida, que os acusados, conscientemente, aderiram integralmente à prática delitiva narrada na denúncia e, via de consequência, cada um cumpriu importante tarefa na empreitada criminosa, possibilitando assim a subtração do malote contendo valores, os quais foram distribuídos entre o grupo após a ação criminosa.

Da mesma forma, inviável o acolhimento da participação de menor importância, posto que a causa de diminuição prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal deve ser reconhecida apenas quando o agente auxilia de forma secundária e não fundamental no cometimento de ilícito, sendo a sua conduta de baixa relevância, o que não se vislumbra no caso dos autos.

Isso porque, apesar de apenas Jhonatan ter efetuado os disparos, Mário atuou como mentor intelectual do crime, tendo arquitetado e planejado a empreitada criminosa, sendo o responsável pela distribuição das tarefas, por contratar Alessandro Lussoli, mostrar o local onde o caminhoneiro deveria esperar e transportar os agentes, bem como pagar R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para o motorista.

Já Alessandro ficou responsável por transportar os assaltantes no baú do seu caminhão, da cidade de Guabiruba/SC até a empresa Copacabana Têxtil, situada nesta urbe, a fim de evitar a identificação policial e dificultar as investigações, pois a primeira informação recebida pela polícia foi a de que os agentes teriam se evadido em um veículo Hyundai/HB-20 de cor branca, de modo que o transporte no caminhão foi fundamental para evitar a prisão de todos e assegurar a consumação do delito.

Por sua vez, o acusado Olmiro acompanhou o denunciado Mário até o pátio da empresa Copacabana Têxtil, onde desbaldearam o corpo de Lucas do baú do caminhão até o bagageiro do automóvel Ford/Ka, no qual os demais assaltantes também adentraram, tendo todos se evadido do local, na posse mansa e pacífica do malote subtraído.



Frente a este contexto, considerando que os acusados atuaram de forma compartilhada, cada qual exercendo função diversa e complementar, buscando garantir, com seus agires, o sucesso da empreitada criminosa, inviável o reconhecimento de cooperação dolosamente distinta ou da participação de menor importância.

Com efeito, colhe-se do acervo probatório amealhado aos autos, a existência de fartos elementos de convicção quanto a autoria e culpabilidade dos acusados, os quais conduzem a certeza da responsabilidade criminal de todos pelo crime de latrocínio consumado que lhes é imputado na proemial acusatória.

Na espécie, a prova da autoria e culpabilidade dos acusados não se sustenta em mera suspeita, mas em elementos de convicção robustos e irrefutáveis, que autorizam uma conclusão segura quanto às suas responsabilidades criminais, de modo que as teses defensivas não merecem prosperar, sendo a condenação de Alessandro, Jhonatan, Mário e Olmiro medida imperativa.

Por outro vértice, tenho que assiste razão a defesa quando requer o afastamento das causas de aumento de pena previstas no §2º, incisos I, II e III, do Código Penal, referentes ao emprego de arma de fogo, concurso de agentes e pelo fato de a vítima estar em serviço de transporte de valores.

Isso porque, conforme entendimento majoritário dos Tribunais Superiores, o latrocínio consumado constitui um fato típico próprio, formado pela integração dos delitos de roubo e homicídio, de modo que reconhecido o parágrafo terceiro, inviável o reconhecimento das majorantes previstas no parágrafo segundo do tipo penal.

Segundo ensinamentos de Rogério Sanchez Cunha:

“As circunstâncias majorantes do § 2º têm exclusiva aplicação aos crimes de roubo próprio (caput) e impróprio (§ 1º), não se estendendo às

hipóteses tratadas no § 3º, seja por uma questão topográfica - onde não se aplica preceito antecedente ao subsequente, salvo expressa disposição a respeito -, seja porque tal majoração não corresponde ao real anseio do legislador na repressão do delito em questão, pois que já tratado com toda severidade (RT 780/583).” (CUNHA, Rogério Sanchez. Manual de Direito Penal. São Paulo: Ed. Juspodium, 2014, p. 292-293).

No mesmo norte, colhe-se de precedente do Supremo Tribunal Federal:

“EXECUÇÃO PENAL. Pena privativa de liberdade. Prisão. Cálculo. Delito de latrocínio (art. 157, § 3º, do CP). Causas de aumento por concurso de pessoas e emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º, I e II). Aplicação. Inadmissibilidade. Bis in idem. Maior gravidade já considerada na cominação da pena-base. HC não conhecido. Ordem concedida de ofício. Precedentes. Não se aplicam as majorantes previstas no § 2º do art. 157 do Código Penal à pena base pelo delito tipificado no § 3º.” (HC 94.994/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO, SEGUNDA TURMA, DJ 06/11/2008).

Outro não é o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da questão:

“PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 3.º, 1ª PARTE, DO CÓDIGO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DE MAJORANTE DO § 2º DO ART. 157 AO CRIME DE ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO LESÃO GRAVE. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento. 2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas,

sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. 3. Na espécie, não prospera o incremento sancionatório, eis que incabível a utilização das causas de aumento de pena constantes do § 2º do artigo 157 do Código Penal para majorar a reprimenda aplicada pela prática do crime de roubo qualificado pelo resultado lesão corporal grave, porquanto as referidas majorantes somente podem incidir sobre os delitos de roubo próprio e impróprio. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena para 8 (oito) anos de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.” (HC 330.831/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 22/09/2015).

Tendo em vista que as condutas dos acusados se amoldam ao fato típico delineado no art. 157, §3º, segunda parte, do Código Penal, tenho que imperativo o afastamento das causas de aumento de pena previstas no §2º do dispositivo legal em comento, posto que aplicáveis apenas aos crimes de roubo próprio (caput) e impróprio (§1º), sob pena de se incorrer em *bis in idem*.

Da mesma forma, melhor sorte não assiste à acusação quando requer o reconhecimento das circunstâncias agravantes previstas no art. 61, inciso II, alíneas ‘a’ e ‘c’, todos do Código Penal.

Não obstante os argumentos colacionados pela representante Ministerial, tenho que inviável o reconhecimento da circunstância agravante do motivo fútil, eis que o próprio crime de latrocínio já traz em seu próprio tipo penal a mesquinhez.

Como consabido, não se pode confundir o motivo fútil com o motivo injusto, uma vez que o delito é sempre injusto.

No caso dos autos, os acusados ceifaram a vida da vítima para subtrair coisa alheia móvel, consistente num malote contendo aproximadamente duzentos mil reais, de modo que por mais repugnantes que sejam suas condutas, se amoldam perfeitamente ao tipo penal previsto no art. 157,

§3º, segunda parte, do Código Penal, cuja pena já é dotada de maior gravidade, sendo inviável, portanto, o reconhecimento do motivo fútil, sob pena de se acarretar em verdadeiro bis in idem.

De igual forma, não há como se reconhecer a circunstância agravante da surpresa, uma vez que no momento em que foi abordado, Everaldo visualizou que os agentes estavam armados e fez menção de sacar a arma que trazia consigo, quando então foi alvejado por Jhonatan sucessivas vezes.

Em razão disso, verifica-se que os agentes não realizaram tocaia ou emboscada, ou ainda atiraram na vítima pelas costas. Ao contrário, anunciaram o assalto e Everaldo reagiu, quando então foi atingido pelos disparos efetuados pelo acusado Jhonatan, o que impede o reconhecimento da referida circunstância agravante, uma vez que a vítima teve possibilidade e inclusive esboçou reação antes de ser atingido.

Com efeito, comprovada a materialidade do crime de latrocínio consumado narrado na denúncia, a autoria e culpabilidade dos acusados, não havendo causas de exclusão do delito ou isenção das penas, passo, pois, a aplicação da correspondente censura penal.

#### DA DOSIMETRIA E APLICAÇÃO DA PENA:

##### Com relação ao acusado Alessandro Lussoli:

Em atenção aos parâmetros do art. 59 do Código Penal, registro que a **culpabilidade**, compreendida como o maior grau de reprovabilidade da conduta e da intensidade de reprovação merecida pelo agente em relação a sua ação ou omissão, não se afasta da linha de normalidade prevista à espécie e não deve ser considerada negativa.

É primário e não registra **antecedentes criminais** contra si (fls. 3308-3309). Os **motivos** foram a obtenção do lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio, logo, inerentes ao tipo penal. A **conduta social** e a **personalidade**, não restaram melhor apuradas nos autos e foram

abonadas pelas testemunhas de defesa, de modo que devem ser consideradas normais.

As **circunstâncias** do crime devem ser consideradas negativas, a medida em que para alcançar o desiderato criminoso, o acusado uniu esforços aos outros comparsas, em verdadeira comunhão de desígnios, sendo o crime extremamente planejado e bem articulado, havendo uma divisão mútua de tarefas entre os integrantes do esquema, composto por no mínimo nove pessoas, que utilizaram-se de quatro veículos, inclusive de um caminhão, para dificultar a ação policial e identificação dos agentes, bem como de armas de fogo de alto potencial lesivo (calibre .9mm e .556 – fuzil), o que denota a existência de uma estrutura bem ordenada para assegurar o sucesso da empreitada delitiva e a subtração do malote contendo a quantia aproximada de duzentos mil reais, de modo que tal circunstância deve ser valorada em seu desfavor.

As **consequências** do crime são normais a espécie e não implicam em agravamento ou atenuação. A **vítima**, com seu comportamento, não deu causa ao ilícito perpetrado pelo acusado e seus comparsas.

Considerando que ao menos as circunstâncias do crime lhe são negativas, necessária a exacerbação da pena-base (em um sexto, conforme entendimento dominante), a qual fixo em vinte e três (23) anos e quatro (4) meses de reclusão, e cento e vinte e seis (126) dias-multa, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia multa, corrigidos na forma legal (a pena de multa é aumentada na mesma quantidade da privativa de liberdade, mantendo-se a proporcionalidade).

Guilherme de Souza Nucci afirma que “a pena de multa, no tocante ao número de dias-multa, como regra, deve acompanhar o montante de acréscimo ou diminuição usado para a privativa de liberdade” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 9ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 383).

Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...] Na aplicação da pena de multa, deve-se guardar proporção com a privativa de liberdade. (STJ - HC 149807/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 06/05/2010)

Inexistem circunstâncias agravantes suscetíveis de influenciar no cálculo na segunda fase de aplicação, mas como atenuante reconheço a confissão espontânea (art. 65, III, 'd', CP), ainda que somente prestada na fase policial, uma vez que foi utilizada como fundamento para a condenação. Desta forma, reduzo a pena corporal em um sexto (1/6), totalizando-a em vinte (20) anos de reclusão.

A pena de multa, submetida ao critério bifásico, permanece inalterada.

Na terceira fase, ausentes causas especiais de diminuição ou aumento da pena, a qual torno definitiva em **vinte (20) anos de reclusão, e cento e vinte e seis (126) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Para cumprimento inicial da pena reclusiva, considerando o *quantum* aplicado, além do fato de o latrocínio ser considerado crime hediondo, para a prevenção e reprovação de sua conduta, estabeleço o regime fechado, conforme art. 33, § 2º, 'a', do Código Penal.

#### Com relação ao acusado Jhonatan Silveira Machado:

Em atenção aos parâmetros do art. 59 do Código Penal, registro que a **culpabilidade** do acusado se mostra acentuada e deve ser considerada negativa, eis que foi o responsável por anunciar o assalto e desferir sete disparos, com armas de fogo de calibre .9mm e .556 (fuzil), de forma sucessiva, em face da vítima, à queima roupa, inclusive quando Everaldo Soares de Campos já havia jogado o malote de valores ao chão e levantado aos mãos, demonstrando a desproporcionalidade e maior grau de reprovabilidade de sua conduta, bem como a intensidade de

reprovação merecida pelo agente em relação a sua ação.

É **primário** e não registra **antecedentes criminais** contra si. Todavia, imperativo consignar que vem sendo alvo de investigação por parte da polícia na comarca da Capital/SC, em razão do seu envolvimento com o tráfico de drogas, armas de fogo e organização criminosa (fls. 3310-3311). Os **motivos** foram a obtenção do lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio, logo, inerentes ao tipo. A **conduta social** e a **personalidade**, não restaram melhor apuradas nos autos, de modo que devem ser consideradas normais.

As **circunstâncias** do crime devem ser consideradas negativas, a medida em que para alcançar o desiderato criminoso, o acusado uniu esforços aos outros comparsas, em verdadeira comunhão de desígnios, sendo o crime extremamente planejado e bem articulado, havendo uma divisão mútua de tarefas entre os integrantes do esquema, composto por no mínimo nove pessoas, que utilizaram-se de quatro veículos, inclusive de um caminhão, para dificultar a ação policial e identificação dos agentes, bem como de armas de fogo de alto potencial lesivo (calibre .9mm e .556 – fuzil), o que denota a existência de uma estrutura bem ordenada para assegurar o sucesso da empreitada delitiva e a subtração do malote contendo a quantia aproximada de duzentos mil reais, de modo que tal circunstância deve ser valorada em seu desfavor.

As **consequências** são normais a espécie e não implicam em agravamento ou atenuação. A **vítima**, com seu comportamento, não deu causa ao ilícito perpetrado pelo acusado e seus comparsas.

Considerando que ao menos a culpabilidade e circunstâncias do crime lhe são negativas, necessária a exacerbação da pena-base (em um sexto para cada circunstância, conforme entendimento dominante), a qual fixo em vinte e seis (26) anos e oito (8) meses de reclusão, e duzentos e quarenta e três (243) dias-multa, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia multa, corrigidos

na forma legal (a pena de multa é aumentada na mesma quantidade da privativa de liberdade, mantendo-se a proporcionalidade).

Guilherme de Souza Nucci afirma que “a pena de multa, no tocante ao número de dias-multa, como regra, deve acompanhar o montante de acréscimo ou diminuição usado para a privativa de liberdade” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 9ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 383).

Assim já decidi o Superior Tribunal de Justiça:

[...] Na aplicação da pena de multa, deve-se guardar proporção com a privativa de liberdade. (STJ - HC 149807/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 06/05/2010)

Na segunda fase, inexistem circunstância agravantes, mas como atenuante reconheço a menoridade relativa do agente (art. 65, I, do CP), pela qual reduzo a reprimenda em um sexto (1/6), totalizando-a em vinte e três (23) anos e quatro (4) meses de reclusão.

A pena de multa, submetida ao critério bifásico, permanece inalterada.

Na terceira etapa, ausentes causas especiais de diminuição ou aumento da pena, que torno definitiva em **vinte e três (23) anos e quatro (4) meses de reclusão, e duzentos e quarenta e três (243) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Considerando o *quantum* de pena aplicado, além do fato de o latrocínio ser considerado crime hediondo, para a prevenção e reprovação de sua conduta, estabeleço o regime fechado para início de cumprimento da reprimenda corporal, conforme art. 33, § 2º, ‘a’, do Código Penal.

Com relação ao acusado Mário Sérgio Faust:

Atento aos parâmetros do art. 59, do Código Penal, consigno



que a **culpabilidade** do acusado, compreendida como o maior grau de reprovabilidade da conduta e da intensidade de reprovação merecida pelo agente em relação a sua ação ou omissão, se mostra altamente acentuada e deve ser considerada negativa, na medida em que foi o mentor da prática criminosa, tendo atuado como líder do grupo e responsável por planejar e arquitetar a empreitada delitiva, bem como pela distribuição das tarefas, contratação dos agentes e realização dos pagamentos, agindo, desta forma, como autor intelectual.

Logo, não restam dúvidas quanto à culpabilidade negativa.

É reincidente e, portanto, registra **antecedentes criminais**, uma vez que possui condenações definitivas na comarca de Jaraguá do Sul/SC, pelo crime de posse de drogas para consumo próprio, com trânsito em julgado em 1-4-2014, e neste juízo pelo delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, com trânsito em julgado em 13-3-2007 e extinção da pena em 13-10-2009, de modo que aquela condenação será considerada para fins de reincidência e esta como maus antecedentes (fls. 3300-3303).

Os **motivos** foram a obtenção do lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio, logo, inerentes ao tipo penal. A **conduta social** e a **personalidade**, apesar do envolvimento com a senda do crime, não restaram melhor apuradas nos autos e foram abonadas pelas testemunhas de defesa, de modo que devem ser consideradas normais.

As **circunstâncias** do crime devem ser consideradas negativas, a medida em que para alcançar o desiderato criminoso, o acusado uniu esforços aos outros comparsas, em verdadeira comunhão de desígnios, sendo o crime extremamente planejado e bem articulado, havendo uma divisão mútua de tarefas entre os integrantes do esquema, composto por no mínimo nove pessoas, que utilizaram-se de quatro veículos, inclusive de um caminhão, para dificultar a ação policial e identificação dos agentes, bem como de armas de fogo de alto potencial lesivo (calibre .9mm e

.556 – fuzil), o que denota a existência de uma estrutura bem ordenada para assegurar o sucesso da empreitada delitiva e a subtração do malote contendo a quantia aproximada de duzentos mil reais, de modo que tal circunstância deve ser valorada em seu desfavor.

As **consequências** do crime são normais a espécie e não implicam em agravamento ou atenuação. A **vítima**, com seu comportamento, não deu causa ao ilícito perpetrado pelo acusado e seus comparsas.

Considerando que ao menos a culpabilidade, maus antecedentes e circunstâncias do crime lhe são negativas, necessária a exacerbação da pena-base (em um sexto para cada circunstância, conforme entendimento dominante), a qual fixo em trinta (30) anos de reclusão, e trezentos e sessenta (360) dias-multa, no valor de um trinta avos (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia multa, corrigidos na forma legal (a pena de multa é aumentada na mesma quantidade da privativa de liberdade, mantendo-se a proporcionalidade).

Guilherme de Souza Nucci afirma que “a pena de multa, no tocante ao número de dias-multa, como regra, deve acompanhar o montante de acréscimo ou diminuição usado para a privativa de liberdade” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 9ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 383).

Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...] Na aplicação da pena de multa, deve-se guardar proporção com a privativa de liberdade. (STJ - HC 149807/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 06/05/2010)

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes suscetíveis de influenciar no cálculo, tendo em vista que mesmo reconhecida a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), a pena-base já foi fixada no máximo legal de trinta (30) anos, não podendo superar este patamar na segunda fase de aplicação, conforme entendimento consolidado na

doutrina e jurisprudência.

Neste sentido: “Uma vez que a legislação não previu quantidades determinadas para o aumento da reprimenda, na segunda fase da dosimetria, em decorrência das agravantes, o magistrado fica restrito aos limites mínimo e máximo da pena cominada abstratamente pelo tipo penal, devendo observar a proporcionalidade da sanção dosada na fase antecedente.” (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.015168-5, de Lages, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Quarta Câmara Criminal, j. 09-04-2015).

Na última etapa, ausentes causas especiais de diminuição ou aumento da pena, a qual torno definitiva em **trinta (30) anos de reclusão, e trezentos e sessenta (360) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Tendo em vista o *quantum* de pena aplicada, maus antecedentes e reincidência do acusado, além do fato de o latrocínio ser considerado crime hediondo, para a prevenção e reprovação de sua conduta, estabeleço o regime fechado, conforme art. 33, § 2º, ‘a’, do Código Penal.

Com relação ao acusado Olmiro Dias Severo:

Igualmente, em atenção aos parâmetros do art. 59 do Código Penal, observo que a **culpabilidade**, compreendida como o maior grau de reprovabilidade da conduta e da intensidade de reprovação merecida pelo agente em relação a sua ação ou omissão, não se afasta da linha de normalidade prevista à espécie e não deve ser considerada negativa.

É primário e não registra **antecedentes criminais** contra si, uma vez que os registros constantes nos autos não se prestam para tais fins (fls. 3296-3299). Os motivos foram a obtenção do lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio, logo, inerentes ao tipo penal. A **conduta social** e a **personalidade**, não restaram melhor apuradas nos autos e foram abonadas pelas testemunhas de defesa, de modo que

devem ser consideradas normais.

As **circunstâncias** do crime devem ser consideradas negativas, a medida em que para alcançar o desiderato criminoso, o acusado uniu esforços aos outros comparsas, em verdadeira comunhão de desígnios, sendo o crime extremamente planejado e bem articulado, havendo uma divisão mútua de tarefas entre os integrantes do esquema, composto por no mínimo nove pessoas, que utilizaram-se de quatro veículos, inclusive de um caminhão, para dificultar a ação policial e identificação dos agentes, bem como de armas de fogo de alto potencial lesivo (calibre .9mm e .556 – fuzil), o que denota a existência de uma estrutura bem ordenada para assegurar o sucesso da empreitada delitiva e a subtração do malote contendo a quantia aproximada de duzentos mil reais, de modo que tal circunstância deve ser valorada em seu desfavor.

As **consequências** do crime são normais a espécie e não implicam em agravamento ou atenuação. A **vítima**, com seu comportamento, não deu causa ao ilícito perpetrado pelo acusado e seus comparsas.

Considerando que ao menos as circunstâncias do crime lhe são negativas, necessária a exacerbação da pena-base (em um sexto, conforme entendimento dominante), a qual fixo em vinte e três (23) anos e quatro (4) meses de reclusão, e cento e vinte e seis (126) dias-multa, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia multa, corrigidos na forma legal (a pena de multa é aumentada na mesma quantidade da privativa de liberdade, mantendo-se a proporcionalidade).

Guilherme de Souza Nucci afirma que “a pena de multa, no tocante ao número de dias-multa, como regra, deve acompanhar o montante de acréscimo ou diminuição usado para a privativa de liberdade” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 9ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 383).

Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...] Na aplicação da pena de multa, deve-se guardar proporção com a privativa de liberdade. (STJ - HC 149807/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 06/05/2010)

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes suscetíveis de influenciar no cálculo na segunda fase de aplicação, permanecendo imutável a reprimenda.

Na terceira fase, ausentes causas especiais de diminuição ou aumento da pena, a qual torno definitiva em **vinte e três (23) anos e quatro (4) meses de reclusão, e cento e vinte e seis (126) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Para cumprimento inicial da pena reclusiva, considerando o *quantum* aplicado, além do fato de o latrocínio ser considerado crime hediondo, para a prevenção e reprovação de sua conduta, estabeleço o regime fechado, segundo inteligência do art. 33, § 2º, 'a', do Código Penal.

Ante o exposto, com suporte no artigo 383, do Código de Processo Penal, dou nova definição jurídica aos fatos, para afastar a incidência do §2º, incisos I, II e III do artigo 157 e do inciso II, alíneas 'a' e 'c', do artigo 61, todos do Código Penal e, via de consequência, **JULGO PROCEDENTE**, em parte, a denúncia para:

a) **condenar** o acusado **ALESSANDRO LUSSOLI**, qualificado nos autos, às penas de **vinte (20) anos de reclusão**, em regime inicial fechado (art. 33, § 2º, 'a', do CP), e **cento e vinte e seis (126) dias-multa**, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, dando-o como incurso nas sanções do artigo 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal, na forma do artigo 1º, inciso II, da Lei n. 8.072/1990;

b) **condenar** o acusado **JHONATAN SILVEIRA MACHADO**, igualmente qualificado nos autos, às penas de **vinte e três (23) anos e**

**quatro (4) meses de reclusão**, em regime inicial fechado (art. 33, § 2º, ‘a’, do CP), e **duzentos e quarenta e três (243) dias-multa**, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, dando-o como incurso nas sanções do artigo 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal, na forma do artigo 1º, inciso II, da Lei n. 8.072/1990;

c) **condenar** o acusado **MÁRIO SÉRGIO FAUST**, vulgo **“Magrelo”**, igualmente qualificado nos autos, às penas de **trinta (30) anos de reclusão**, em regime inicial fechado (art. 33, § 2º, ‘a’, do CP), e **trezentos e sessenta (360) dias-multa**, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, dando-o como incurso nas sanções do artigo 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal, na forma do artigo 1º, inciso II, da Lei n. 8.072/1990; e

d) **condenar** o acusado **OLMIRO DIAS SEVERO**, qualificado nos autos, às penas de **vinte e três (23) anos e quatro (4) meses de reclusão**, em regime inicial fechado (art. 33, § 2º, ‘a’, do CP), e **cento e vinte e seis (126) dias-multa**, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, dando-o como incurso nas sanções do artigo 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal, na forma do artigo 1º, inciso II, da Lei n. 8.072/1990.

Condeno-os, ainda, ao pagamento das custas processuais, na proporção de um quarto (1/4) para cada um, que deverão ser recolhidas juntamente com a multa tipo, no prazo de dez (10) dias, a contar do trânsito em julgado, conforme art. 50 do Código Penal.

Diante do alto grau de reprovação de suas condutas, *quantum* de pena aplicada, além de o crime, hediondo, ter sido praticado mediante violência à pessoa, com emprego de armas de fogo de alto potencial lesivo (calibre .9mm e .556 – fuzil) por certo que incabível a substituição

das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, ou *sursis*, pelo que deixo de lhes conceder tais benesses legais, nos termos do art. 44, incisos I e III, e art. 77, *caput*, e inciso II, ambos do Código Penal.

Com relação ao acusado Mário Sérgio, não preenchidos também os requisitos do art. 44, II, e art. 77, I, ambos do Código Penal.

Outrossim, nego-lhes o direito de recorrerem em liberdade, uma vez que não há justificativa para serem colocados em liberdade quando reconhecidas as suas responsabilidades criminais pelo gravíssimo crime de latrocínio consumado narrado na denúncia e estabelecido o regime fechado para início de cumprimento das penas. Além disso, verifica-se que ainda estão presentes os requisitos das prisões preventivas, especialmente a garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta do ilícito ora apurado e estrutura bem organizada dos acusados para a empreitada criminosa, não havendo dúvidas de que pela forma em que agiram, há o risco concreto de reiteração caso tenham a liberdade restabelecida, pois demonstraram ser integrantes de um complexo esquema articulado para a subtração do malote contendo elevada quantia em espécie, sem olvidar que os instrumentos do crime, armas de alto potencial ofensivo, não restaram apreendidas e continuam na posse dos demais comparsas da quadrilha que ainda não foram identificados.

E depois, pela forma como ceifaram a vida de Everaldo Soares de Campos, não há dúvida quanto a alta periculosidade dos acusados, devendo permanecer afastados do convívio social, a fim de resguardar a garantia da ordem pública.

No tocante ao acusado Olmiro a medida se mostra necessária também, pois este encontra-se evadido desde 4-10-2017, mesmo com mandado de prisão em aberto, impedindo assim a aplicação da lei penal.

Portanto, com fundamento no art. 312 e 313, do CPP, determino que os acusados permaneçam nas prisões em que se encontram.

Diante da publicação da Lei n. 12.736/2012, que acrescentou o § 2º ao artigo 387 do CPP, passo a aplicar a detração e observo que o acusado Alessandro está segregado desde 4-10-2017, ou seja, 6 meses e 22 dias, Jhonatan desde 24-10-2017, ou seja, 6 meses e 2 dias, e Mário desde 28-12-2017, isto é, 3 meses e 28 dias, de modo que ainda não cumpriram o requisito objetivo necessário à progressão de regime, razão pela qual mantenho o regime fechado para início de cumprimento das reprimendas corporais.

Diante da condenação e não concessão ao direito de recorrerem em liberdade, requirite-se imediatas vagas junto ao DEAP e expeçam-se PEC's provisórios.

Com o trânsito em julgado, lance-se-lhes os nomes no rol de culpados e procedam-se às anotações e comunicações necessárias, inclusive ao Cartório Eleitoral (art. 15, III, da CF) e à e. Corregedoria-Geral da Justiça.

Apesar de o crime ter sido praticado após advento da Lei nº 11.719/08, que alterou a redação do art. 387, inciso IV, do CPP, na ausência de indicativos seguros quanto ao efetivo prejuízo suportado pelo estabelecimento vítima, deixo de fixar valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração.

Em cumprimento ao disposto no art. 201, § 2º, do CPP, e de acordo com a redação alterada pela Lei nº 11.690/2008, determino que o representante legal do Supermercado Carol e familiares de Everaldo Soares de Campos sejam cientificados sobre a presente sentença pela via postal.

Determino a destruição das munições e embalagens de custódia apreendidas nos autos, lavrando-se o competente auto circunstanciado.

As vestimentas e aparelho telefônico apreendidos na residência de Alessandro Lussoli deverão ser restituídos ao defensor constituído do



acusado, mediante recibo de entrega nos autos.

Considerando que a carta escrita de próprio punho pelo acusado Olmiro Dias Severo já foi juntada aos autos, determino a devolução do documento físico ao defensor constituído do acusado, mediante recibo de entrega nos autos.

As mídias arquivadas em Cartório deverão ser importadas aos autos, destruindo-se os dispositivos físicos.

O aparelho celular localizado em poder de Mário Sérgio Faust deverá permanecer apreendido em juízo, uma vez que encaminhado à Autoridade Policial para extração dos dados, devendo o Cartório oficial ao Delegado de Polícia responsável pela Divisão de Investigação Criminal desta comarca, solicitando informações, no prazo de dez (10) dias, a respeito da realização e remessa do laudo pericial.

Solicite-se informações à Autoridade Policial sobre o numerário apreendido com o acusado Alessandro Lussoli, no prazo de cinco (5) dias.

Comunique-se à Secretaria de Foro acerca da destinação dos bens.

Cumpridos todos os desdobramentos da sentença, determino o arquivamento dos autos, com as baixas necessárias.

Consigno que o processo permanece suspenso pelo art. 366 do CPP em relação ao acusado Rafael Fantoni.

**Publique-se.**

**Registre-se.**

**Intimem-se.** Nos termos do art. 392, III, do CPP, determino a intimação do acusado Olmiro na pessoa do seu defensor constituído.

Brusque (SC), 25 de abril de 2018.

**Edemar Leopoldo Schlösser**  
**Juiz de Direito**  
“DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE  
Lei n. 11.419/2006, art. 1º, § 2º, III, a”

**ARTIGO**

---

## A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE

Maximiliano Losso Bunn<sup>3</sup>

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo científico consiste em trabalhar o instituto da Mediação, segundo o disposto na recente Lei n. 13.140/15, e demonstrar sua aplicação como instrumento de tutela do Meio-Ambiente, buscando, com isso, obter e desenvolver informações, conhecimentos e reflexões também úteis para o estudo da temática. Pretende-se realizar uma ponderação sobre a problemática no cenário jurídico brasileiro, considerando para tanto o advento da Lei citada, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, e partindo da premissa de que o sistema adversarial de solução de demandas não mais comporta quantitativamente as lides apresentadas ao Poder Judiciário. A justificativa para tratar deste assunto decorre da importância do Meio Ambiente enquanto bem jurídico inclusive protegido constitucionalmente e da recente constatação mediante estudos técnicos, principalmente do Conselho Nacional de Justiça, de que o Estado nacional, embora pratique considerável grau de investimento financeiro no Poder Judiciário e tenha magistrados com alta produtividade, não consegue garantir o Acesso à Justiça do ponto de vista instrumental. Daí que a hipótese principal em debate busca demonstrar que a Mediação,

<sup>3</sup> Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI e UNIPG (dupla titulação). Mestre em Direito pela UNIVALI. Pós-graduado pela UFSC. Professor de cursos de Pós-Graduação (lato sensu) da UNIVALI, UNIASSELVI e UNILAS. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - SC. e-mail: maximiliano.bunn@tjsc.jus.br

enquanto método não adversarial de solução de conflitos, caracteriza-se como importante ferramenta de tutela jurídica do Meio Ambiente. A base doutrinária empregada diz respeito, principalmente, à doutrina e aos estudos acerca da temática da Mediação e dos resultados dos estudos acerca da estrutura e da atuação do Poder Judiciário no contexto brasileiro.

**ABSTRACT:** The objective of this scientific article is to work the Institute of Mediation, according to the provisions of the recent Law n. 13.140/15, and to demonstrate its application as an instrument of protection of the Environment, seeking, therefore, to obtain and develop information, knowledge and reflections also useful for the thematic. The intention is to consider this problematic in the Brazilian legal scenario, considering the advent of the aforementioned Law, which provides for mediation between individuals as a means of settling disputes and on the self-determination of conflicts within the Public Administration, and starting of the premise that the adversarial system of solution of demands no longer behaves quantitatively the litigation presented to the Judiciary. The justification for dealing with this matter stems from the importance of the Environment as a legal right, even protected by the Constitution, and from the recent observation through technical studies, mainly by the National Council of Justice, that the national State, although practicing a considerable degree of financial investment in the Judiciary and has magistrates with high productivity, can not guarantee Access to Justice from the instrumental point of view. Hence, the main hypothesis under discussion seeks to demonstrate that Mediation, as a non-adversarial method of conflict resolution, is characterized as an important tool for legal protection of the Environment. The doctrinal basis employed mainly concerns doctrine and studies on the subject of Mediation and the results of studies on the structure and performance of the Judiciary in the Brazilian context.

## **PALAVRAS/EXPRESSÕES CHAVE:** Mediação - Tutela Jurídica – Meio Ambiente

**KEYWORDS:** Mediation - Legal Protection - Environment

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Esgotamento da capacidade operacional da Jurisdição Adversarial 2. Especificidades do Meio Ambiente enquanto bem jurídico a ser tutelado: os cuidados com a nossa casa não podem esperar! 3. A Mediação como ferramenta de tutela jurídica do Meio Ambiente. Considerações finais. Referências das fontes citadas

### **Introdução**

O objetivo (ou referente) do presente trabalho consiste em evidenciar, em um primeiro momento, que a sistemática brasileira de Acesso à Justiça<sup>4 5</sup>, premissa necessária para a concretização da Atividade Jurisdicional<sup>6</sup>, não é mais capaz de receptionar e tratar quantitativamente

---

4 Utilizarei neste trabalho a técnica dos conceitos operacionais para as categorias que interessam à compreensão da problemática a ser debatida. Assim, no decorrer do texto por vezes o leitor encontrará determinada palavra ou expressão com as iniciais em letras maiúsculas, o que indica que se trata de uma categoria devidamente conceituada em nota de rodapé (sobre o uso dessas ferramentas metodológicas, veja-se: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 13 ed. rev.atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015).

5 No presente trabalho a expressão “Acesso à Justiça” será empregada unicamente como sinônimo de acesso instrumental ao Poder Judiciário.

6 O Conceito Operacional de Jurisdição utilizado neste trabalho é o seguinte: “(...) o poder de julgar que, decorrente do *imperium*, pertence ao Estado. E este, por delegação, o confere às autoridades judiciais (magistrados)” (SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico.** atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 808.

os Conflitos<sup>7</sup> surgidos na Sociedade Contemporânea<sup>8</sup> e que são levados perante o Estado-Juiz, sobretudo as lides afetas ao Meio Ambiente, dadas as especificidades do bem jurídico objeto da tutela jurídica e da complexidade das correspondentes demandas. Com isso, diga-se, evidenciado como está o esgotamento do Poder Judiciário no que toca à capacidade operacional, conforme dão conta os números colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>9</sup>, importa para o presente estudo avaliar e apresentar a Mediação, segundo agora disciplina a Lei n. 13.140/15, como ferramenta capaz de tutelar juridicamente e com Efetividade<sup>10</sup> o Meio Ambiente. Essa é a hipótese a ser sustentada.

Nesse norte, partindo da premissa calcada em estudos técnicos do Conselho Nacional de Justiça de que há um esgotamento da capacidade operacional do Poder Judiciário, cuidar-se-á inicialmente do conceito legal de Meio Ambiente e das especificidades desse bem jurídico, que nesse ponto impõem um novo modo de pensar para o exercício da Jurisdição.

Adiante, visando acalentar a discussão sobre a presente temática, e a fim de confirmar a hipótese apresentada, passa-se à parte final, na qual se buscará demonstrar a possibilidade e as vantagens do uso da Mediação como ferramenta para tutelar juridicamente o Meio Ambiente enquanto bem jurídico constitucionalmente protegido.

7 Conflito: “(...) é aplicado na linguagem jurídica para indicar embate, oposição, encontro, pendência, pleito” (SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 347).

8 Sociedade: “Lato sensu, sistema social em que se identifica uma comunidade de interesses e alguns fins comuns embora difusos (...)” (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000, p. 89).

9 Serão usados neste trabalho os mais recentes números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, 2017, ano-base 2016.

10 Efetividade, no presente trabalho, será tratada como decorrência da Otimização da Jurisdição, entendida a entrega da Tutela Jurisdicional em Tempo Razoável (consoante o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), com efetividade e o mínimo de trabalho e despesas.

Fixado o referente e estabelecida a hipótese a ser apresentada, cabe fazer alguns registros quanto à metodologia empregada, no sentido de que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, como já mencionado, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica<sup>11</sup>.

### 1. Esgotamento da capacidade operacional da Jurisdição

Criado o Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional 45/2004, implementou-se dentro da estrutura do Poder Judiciário do Brasil um órgão que, exercendo a competência prevista no art. 103 - B, parágrafo quarto, da Constituição Federal, dentre outras, passou a partir do ano de 2004 a realizar um estudo técnico sobre a atuação e os resultados do exercício da Jurisdição pelo Poder Judiciário, cujo relatório se denominou “Justiça em Números”.

E o resultado apurado por último pelo Conselho Nacional de Justiça apenas repete aquilo que metodologicamente já foi encontrado desde o primeiro estudo, vindo ao encontro da percepção há muito vivida pelos agentes<sup>12</sup> atuantes no sistema de justiça brasileiro: o atual número de demandas em trâmite perante o Poder Judiciário (demandas novas e mais aquelas que ainda não foram encerradas) impossibilita que a Jurisdição seja exercida em tempo minimamente razoável, em consonância com

---

11 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13 ed. rev.atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

12 Operador Jurídico: “Diz-se do advogado, do consultor jurídico, do promotor de justiça, do juiz, enfim, de todo aquele que legítima e legalmente participe das lides jurídicas. Todo operador jurídico, quando produz doutrina e propostas capazes de renovar ou corrigir a lei, para dar-lhe maior e melhor alcance social, age como Político do Direito” (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000, p. 72/73).



o que dispõe a Constituição Federal, situação que atinge diretamente a Efetividade dos provimentos jurisdicionais.

E diga-se que, por mais que nos últimos anos se tenha dado vazão ao raciocínio de que o atual volume de demandas pode ser combatido unicamente com o aumento do tamanho da estrutura estatal da justiça<sup>13</sup> como um todo, a verdade é que isso não tem funcionado. O atual modelo de resolução de litígios simplesmente não “dá mais conta de tantos processos”.

Ora, sendo a função jurisdicional serviço público como qualquer outro (educação, saúde, segurança pública etc.), e estando sujeito a limites financeiros e estruturais, o que se tem é que esgotou-se a capacidade operacional.

A propósito, para sustentar esta premissa, fundamental para o início do presente trabalho, apresenta-se parte do relatório do Conselho

13 O tamanho da justiça brasileira e o gasto necessário para mantê-la já impressionam. Segundo relatório do Justiça em Números 2017, “As despesas totais do Poder Judiciário no ano de 2016 foram de R\$ 84,8 bilhões, o que corresponde a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, representando um crescimento de 0,4% com relação ao último ano. Esse foi o ano de menor crescimento dos gastos considerando a série histórica abrangida no relatório (2009 a 2016). A média de crescimento nesse período foi de 3,9% ao ano. Esses gastos são necessários para manter o funcionamento da Justiça, movida pelo trabalho de 442.365 funcionários, sendo 18.011 magistrados, 279.013 servidores e 145.321 trabalhadores auxiliares (terceirizados, estagiários, juízes leigos e conciliadores). Pela primeira vez, na série histórica, houve enxugamento no quantitativo da força auxiliar. Esses magistrados e servidores atuam em noventa tribunais, disseminados em 16.053 unidades judiciárias de primeiro grau instaladas em todo o território nacional. Dos 5.570 municípios brasileiros, 2.740 (49,2%) são sedes de Comarcas da Justiça Estadual. A Justiça do Trabalho, por sua vez, está presente em 624 municípios, e a Justiça Federal, em 276. As 16.053 unidades judiciárias dividem-se em: 10.433 varas e juizados especiais estaduais, 3.040 zonas eleitorais, 1.572 varas do trabalho e 976 varas e juizados especiais federais” (CNJ. **Justiça em Números 2017**. Disponível: [http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros](http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros). Acesso em: 25.10.2017).

Nacional de Justiça para o último relatório *Justiça em Números* (2017, ano-base 2016):

“O Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 13,1 milhões, ou seja, 16,4%, estavam suspensos ou sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Durante o ano de 2016, ingressaram 29,4 milhões de processos e foram baixados 29,4 milhões. Um crescimento em relação ao ano anterior na ordem de 5,6% e 2,7%, respectivamente. Mesmo tendo baixado praticamente o mesmo quantitativo ingressado, com Índice de Atendimento à Demanda na ordem de 100,3%, o estoque de processos cresceu em 2,7 milhões, ou seja, em 3,6%, e chegou ao final do ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva”<sup>14</sup>.

Registre-se acerca desta problemática, outrossim, que relativamente ao Poder Judiciário, e tomando por paradigma os investimentos praticados em outros países (inclusive com grau de desenvolvimento econômico bastante maior), houve contínuo aumento de recursos destinados ao Poder Judiciário para aumentar a sua estrutura<sup>15</sup>. Nada obstante, o quadro

---

14 CNJ. **Justiça em Números 2017**. Disponível: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 25.10.2017.

15 Aliás, “Relativamente ao PIB, e dentre todos os países analisados, entre os latino-americanos o Brasil é o segundo a destinar a maior fatia à função jurisdicional, importando o orçamento do Poder Judiciário em 1,46%; o primeiro é a Costa Rica, com 5,48%, mas relativamente aos países do restante do mundo é mais do que o dobro do segundo estado, San Marino, com 0,65%” (*Apud* BUNN, Maximiliano Losso. **Por um novo modelo de jurisdição: releitura do conceito de atividade jurisdicional na sociedade contemporânea**. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 03, p. 11 – 24, dez. 2015).

do acervo de “processos” só aumenta<sup>16</sup>.

Da mesma forma, outros estudos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, tendo agora inclusive por base parâmetros de sistemas de justiça de outros países, externaram que o problema do *déficit de julgamentos* não é, outrossim, o mito<sup>17</sup> da ineficiência dos seus juízes, uma vez que os índices de produtividade<sup>18</sup> dos magistrados brasileiros apresentou crescente significativa desde quando computados os dados obtidos juntos aos tribunais de justiça nacionais<sup>19</sup>.

Ou seja, em resumo, o que fica claro é que a atual sistemática de resolução de conflitos, centrada exclusivamente no Poder Judiciário como consequência direta do conceito de Unidade da Jurisdição, não é mais sustentável. É fundamental haver a alteração da concepção existente acerca da função jurisdicional, para permitir que todos os meios legalmente previstos sejam utilizados como ferramentas para o restabelecimento da paz social, sendo elas empregadas pelos próprios interessados exclusivamente ou, em hipóteses nas quais se entenda haver

---

16 “A taxa de congestionamento do Brasil, compreendida essa como a medida utilizada para aferir, em determinado ano, o percentual dos processos em tramitação e que ainda não foram definitivamente julgados, é a maior do mundo entre os países que fizeram parte do estudo” (*Apud* BUNN, Maximiliano Losso. **Por um novo modelo de jurisdição: releitura do conceito de atividade jurisdicional na sociedade contemporânea**. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 03, p. 11 – 24, dez. 2015).

17 A expressão “mito” aqui é empregada como sinônimo daquilo que é difundido como “verdade” entre a população em geral.

18 “Os juízes brasileiros ocupam a segunda posição no ranking mundial de quantidade de trabalho e o terceiro posto no de produtividade” (*Apud* BUNN, Maximiliano Losso. **Por um novo modelo de jurisdição: releitura do conceito de atividade jurisdicional na sociedade contemporânea**. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 03, p. 11 – 24, dez. 2015).

19 CNJ. **Justiça em Números 2017**. Disponível: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 5.9.2017.

a presença de Interesse Público<sup>20</sup>, com a intervenção do Estado (Poder Executivo, por seus órgãos; agência reguladoras; autarquias; Poder Judiciário e/ou Ministério Público, *v.g.*)

A problemática, aliás, encarada sob o ponto de vista do excesso de litigância e da insuficiência de aumento da estrutura estatal, já foi analisada por Mancuso:

“Na visão contemporânea, o que interessa é que as lides possam ser compostas com justiça, mesmo fora e além da estrutura clássica do processo judicial, ou, em certos casos, até preferencialmente sem ele. Essa concepção projeta, como externalidade positiva, uma delimitação mais nítida do espaço propício à função judicial do Estado, que passa a ser ocupado pelas lides mais complexas e singulares, não dirimidas em outras instâncias, ou insuscetíveis de sê-lo em virtude de certas particularidades de matéria ou de pessoa, a par das ações ditas, *pour case*, ‘necessárias’<sup>21</sup> (destaques do original).

Desse modo, e esse é o objeto a ser desenvolvido no próximo item deste trabalho, é fundamental que o instituto da Mediação, por exemplo, como método não adversarial de resolução de conflitos, menos custoso e mais ágil, seja utilizado para a realização da Jurisdição enquanto função estatal, sobretudo quando se cuida de demandas afetas ao Meio Ambiente, cuja relevância e complexidade do bem jurídico a ser tutelado reclamam pronta solução.

---

20 “Ao contrário do particular, é o que assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos ou a todas as coisas que se entendam de benefício comum ou para o proveito em geral, ou que se imponham por uma necessidade de ordem coletiva” (SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 768).

21 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 2a. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 60.

## **2. Especificidades do Meio Ambiente enquanto bem jurídico a ser tutelado: os cuidados com a nossa casa não podem esperar!**

Como anunciado anteriormente e bem sabido, dentre os muitos bens jurídicos que o ordenamento legal busca regular e/ou proteger insere-me o Meio Ambiente, com previsão inclusive na Constituição Federal.

E isso não se dá à toa, mas pela importância do bem jurídico em questão. Tanto que pela primeira vez o Brasil tomou o “Meio Ambiente” em sua concepção unitária e direcionou um capítulo exclusivo ao tema na Constituição Federal (Capítulo IV do Título VIII; art. 225), buscando garantir dessa maneira o direito de todos a um Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.

Salta aos olhos a importância jurídica conferida ao Meio Ambiente, outrossim, porque além da previsão em um capítulo exclusivo, o constituinte originário ainda previu, por exemplo, a propositura de ação popular para permitir que qualquer cidadão demande perante o Poder Judiciário buscando anular ato que se repute lesivo ao Meio Ambiente. Previu, outrossim, também a ação civil pública, conferindo legitimidade já na Constituição ao Ministério Público (art. 129, III, da Constituição Federal). E tudo isso por um motivo bem evidente: toda a vida humana, ou ao menos uma sadia qualidade de vida de todos nós, depende do bem estar de nossa casa, do uso responsável do nosso planeta e da manutenção e exploração sustentável dos biomas que o compõem.

Sobre a importância do Meio Ambiente enquanto bem jurídico a ser tutelado, a propósito, relevante se faz apresentar as palavras de Zenildo Bodnar<sup>22</sup>:

---

22 **O Poder Judiciário e a tutela do meio ambiente.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.15, maio 2006. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Zenildo\\_Bodnar.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm)> Acesso em: 23 out. 2017.

“O meio ambiente é um dos bens jurídicos mais caros e preciosos para o ser humano, especialmente nos tempos em que vivemos, tendo em vista que a vida nunca esteve tão ameaçada (inundações, extinção da camada de ozônio, falta de água potável e energia, chuva ácida) pelo risco da falta de bens indispensáveis. Trata-se de um dos direitos humanos<sup>(4)</sup> mais relevantes e merece proteção em escala mundial. Possui, também, status de direito fundamental<sup>(5)</sup> à medida que constitui a principal forma de concretização da dignidade da pessoa humana, sua existência e qualidade de vida”.

E é justamente a complexidade e as especificidades do Meio Ambiente enquanto bem jurídico a ser tutelado que, nesse cenário de esgotamento do atual método adversarial de solução de conflitos, impõem tratamento legal diverso daquele atualmente praticado pela Jurisdição estatal, a fim de que restem preservados com a maior efetividade possível os interesses da Sociedade na manutenção de um planeta que possibilite uma sadia qualidade de vida aos seus habitantes.

Isso porque os danos ambientais, além de importantes por si próprios, têm uma dinâmica própria. Além dos efeitos danosos que atingem, direta ou indiretamente, toda a Sociedade e não apenas um indivíduo ou grupo de pessoas, com se dá nos danos individuais e coletivos, a evolução dos prejuízos ambientais se dá, normalmente, em um campo de extensão sobre o qual os envolvidos não podem sequer calcular os efeitos e os seus desdobramentos.

Esse também é o destaque de Gilberto Passos de Freitas e Flavio Ahmed:

“Quando se fala em mediação ambiental, a primeira questão a ser enfrentada, diz respeito à complexidade dos conflitos ambientais que, via de regra, não se restringem a ocorrência de um “simples dano”, como ocorre em outras áreas, onde o dano poderá ser reparado ou, na sua impossibilidade, o prejudicado ser ressarcido.

Os conflitos ambientais vão muito além, envolvendo além do dano em si,

aspectos sociais, econômicos, culturais, dentre outros, a exigir, como bem observou Luiza Klunk, “um tratamento interdisciplinar, pois os aspectos envolvidos são complexos e estão inter-relacionados”<sup>23</sup>.

Veja-se, por exemplo, o derramamento de um produto químico tóxico em um determinado local do mar. Ele certamente não traz efeitos apenas locais. Mas além de todo dano ambiental naquele local haverá também desdobramentos danosos para e em outros biomas. Nesse sentido, o desastre nuclear em Fukushima, no Japão, causou a contaminação não só do mar local pela água que vazou dos reatores. A radiação contaminou peixes que, depois, foram colhidos em atividade pesqueira em outros mares a milhares de quilômetros de distância daquela localidade<sup>24</sup>. Esse é apenas um exemplo da dinâmica absolutamente especial dos danos ambientais.

À dificuldade do sistema adversarial de solução de conflitos para resolver com efetividade os danos ambientais soma-se, ainda, o fato de que tal como dito, e como se vê no exemplo apresentados, esses danos

---

23 **A MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS.** Disponível em <<http://revistaelectronica.oabrp.org.br/wp-content/uploads/2016/10/Medicao-ambiental-Autores-Gilberto-Passos-e-Flavio-Ahmed.pdf>>. Acesso em 24 out. 2017.

24 Sobre a temática, trazendo este e vários exemplos de que um dano ambiental aparentemente local pode ter efeitos do outro lado do globo terrestre, vale a leitura da seguinte obra: BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

são em muitas das vezes Transnacionais<sup>25</sup>, desafiando todo o sistema de Jurisdição do Estado Moderno<sup>26</sup>, calcado no princípio da soberania e adstrito aos limites do país envolvido.

Oportunas, nesse ponto, as observações de Costa e D'Oliveira sobre a deficiência da clássica configuração da Jurisdição enquanto função estatal:

“Percebe-se, portanto, a retração e o descompasso entre a função jurisdicional do Estado e a complexidade das demandas sociais. Com efeito, diante das constantes mutações que marcam a sociedade

25 Segundo Joana Stelzer, *O fenômeno da transnacionalização representa o novo contexto mundial, surgido principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período de pós-guerra, caracterizado especialmente - pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal (Direito e transnacionalidade.* Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs.). Curitiba: Juruá, 2009, p. 16). Mais: *o fenômeno da transnacionalidade, nos dizeres de Marcos Leite Garcia, dá-se a partir das chamadas demandas transnacionais, que por sua vez estão relacionadas com a questão da efetividade dos chamados direitos difusos e transfronteiriços. Desta maneira, as demandas transnacionais são questões fundamentais para o ser humano e que vem sendo classificadas pela doutrina como “novos direitos”* (FERNANDES, Rodrigo e SANTOS, Rafael Padilha dos. Transnacionalidade e os novos rumos do Estado e do Direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 21 out. 2017).

26 Segundo Norberto Bobbio e Nicola Matteucci, o Estado moderno *aparece como uma forma de organização do poder historicamente determinada e, enquanto tal, caracterizada por conotações que a tornam peculiar e diversa de outras formas, historicamente também determinadas e interiormente homogêneas, de organização do poder. O elemento de tal diferenciação consiste, sem dúvida, na progressiva centralização do poder segundo uma instância sempre mais ampla, que termina por compreender o âmbito completo das relações políticas. Deste processo, fundado por sua vez sobre a concomitante afirmação do princípio da territorialidade da obrigação política e sobre a progressiva aquisição da impessoalidade do comando político, através da evolução do conceito de *officium*, nascem os traços essenciais de uma nova forma de organização política: precisamente o Estado moderno (Dicionário de política.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13a. ed., vol. I, p. 425/426).



globalizada, cada vez mais complexa e fragmentada; diante do surgimento de novas categorias de direitos e, por conseguinte, de sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los; e, diante do aumento quantitativo e qualitativo das demandas sociais, cada vez mais específicas e intrincadas, o Poder Judiciário, enquanto estrutura hierarquizada, fechada e orientada por uma lógica legal-racional, passa a não mais atender, com celeridade e eficiência, às crescentes demandas que lhe são impostas<sup>27</sup>.

E tanto a atual sistemática de resolução de conflitos é deficiente que hoje as duas grandes ferramentas à disposição da Sociedade para a preservação do Meio Ambiente são o termo de ajustamento de conduta - TAC e as conciliações processuais no âmbito da Lei n. 9.099/95 e que são levados a efeito pelo Ministério Público como medidas reparatórias dos danos ambientais causados (seja por multas compensatórias e/ou obrigações de fazer/não fazer específicas).

Assim, diante desse quadro de deficiência do meio (a Jurisdição) para com o objeto que deveria preservar (o Meio Ambiente), tem-se como saída não só possível, mas realmente recomendada para essas situações específicas que acompanham a temática do Meio Ambiente, os métodos não adversariais de solução de conflitos - ADRs<sup>28</sup>.

---

27 COSTA, Marli Marlene Morais e D'OLIVEIRA, Mariane Camargo. A RESSIGNIFICAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO INSTRUMENTALIZADA PELO EXSURGIMENTO DE UMA NOVA CULTURA POLÍTICO-JURÍDICA DE ACESSO À JUSTIÇA: uma (re)construção da matriz principiológica constitucional na materialização de direitos. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Itajaí, v. 19 - n. 3 - set-dez 2014, p. 787-807. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em: 27 out. 2017.

28 Referência aqui aos métodos da auto e heterocomposição dos conflitos citados pela doutrina e que funcionam como equivalentes jurisdicionais. A expressão ADR - Alternative Dispute Resolution, e cuja tradução livre pode ser apresentada como "Meios Alternativos de Resolução de Demandas", é advinda do Direito Estadunidense (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 2a. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 75).

Isso porque os ADRs são mais ágeis em sua formulação e aplicação, mais dinâmicos (não estão sujeitos ao princípio da correlação entre pedido e provimento jurisdicional, podendo o resultado construído entre as partes ser ajustado ao caso concreto inclusive no decorrer da sua implementação), não estão sujeitos ao sistema da sucumbência afeta ao procedimento comum do Código de Processo Civil e, por tudo isso, mais efetivos.

Destaca Maria Betânia Medeiros Sartori<sup>29</sup>, neste norte, que a humanidade

“vem discutindo cada vez mais a problemática ambiental, repensando o mero crescimento econômico, buscando alternativas de preservação do meio ambiente. Nesse contexto, apesar dos avanços ocorridos, surge, também, a necessidade de uma mudança de postura nas mais diversas áreas de conhecimento, inclusive no Direito, a fim de buscar soluções que garantam, de forma rápida, a efetividade da tutela do meio ambiente. Isso porque, em matéria ambiental, o fator temporal, no que tange à manutenção do equilíbrio ecológico, é essencial, pois quanto antes o perigo da ocorrência de dano for afastado, ou o dano ambiental for reparado, a proteção do meio ambiente será mais eficiente e tanto as presentes quanto as futuras gerações estará melhor resguardadas”.

Sobre a temática, aliás, vale também trazer à colação outro trecho do trabalho de Zenildo Bodnar. Veja-se:

“Os problemas do direito do ambiente são altamente complexos e rodeados de incertezas. As fórmulas generalistas estabelecidas pelo Estado através de seus legisladores para o meio ambiente nem sempre são adequadas para a solução da infinita quantidade de casos e situações existentes e do conceito aberto e relativo do próprio meio ambiente.(7)

---

29 Apud FREITAS, Gilberto Passos de Freitas e AHMED, Flavio. **A MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS**. Disponível em <<http://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2016/10/Mediacao-ambiental-Autores-Gilberto-Passos-e-Flavio-Ahmed.pdf>>. Acesso em 24 out. 2017.

A deficiência do direito do ambiente não está apenas na omissão do Estado na edição de normas, mas também no grande número de leis que são total ou parcialmente inexecutáveis, fato este que agrava ainda mais o problema da falta de efetividade do direito ambiental.

A dogmática processual tradicional, construída apenas para resolver conflitos individuais, também não equaciona com eficácia as ofensas aos bens ambientais. Deve o Estado constitucional ecológico facilitar o acesso do cidadão à justiça ambiental não apenas criando outros instrumentos de defesa, mas principalmente conferindo uma interpretação adequada aos instrumentos processuais já existentes, como a Ação Civil Pública e a Ação Popular, para conferir-lhes a verdadeira amplitude e potencialidade<sup>30</sup>.

Portanto, o que se tem é que nesse contexto de Meio Ambiente constitucionalmente tutelado, fundamental à sobrevivência sadia da espécie humana, e o contingente de demandas que supera, em muito, a capacidade operacional da estrutura judiciária, a Mediação enquanto ADR disponível e agora legalmente disciplinada no Brasil surge como ferramenta mais do que oportuna para a tutela jurídica que se pretende. Verdadeiramente acredita-se que o emprego da Mediação como ferramenta de tutela do Meio Ambiente não é apenas medida que, assim, valorizaria a indispensável Pragmática<sup>31</sup>, mas conseguiria realizar de modo muito mais efetivo o fim maior da proteção estatal em tela, que é justamente a melhor preservação possível desse importantíssimo bem jurídico.

E nesse sentido é que se avança à terceira e última parte deste

---

30 **O Poder Judiciário e a tutela do meio ambiente.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.15, maio 2006. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Zenildo\\_Bodnar.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm)> Acesso em: 23 out. 2017.

31 Pragmatismo: “(...) doutrina segundo a qual a verdade de uma proposição é uma relação intrínseca à experiência humana”. Assim, “(...) o conhecimento é um instrumento a serviço da ação, de tal forma que o pensamento só terá finalidade se buscar alguma utilidade” (SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico.** atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1074).

trabalho, na qual se demonstrará a possibilidade de aplicar a Mediação, agora positivada na Lei n. 13.140/15, a bem da tutela jurídica do Meio Ambiente.

### **3. A Mediação como ferramenta de tutela jurídica do Meio Ambiente**

A mediação, como visto brevemente no item anterior deste trabalho, é doutrinariamente classificada como um meio alternativo ou extrajudicial de resolução de disputas. Terminologicamente por vezes também é colocado dentre os Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias (MASCs) ou Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias.

Doutrinariamente, segundo Christopher W. Moore, a mediação pode ser definida como a técnica de negociação em um conflito mediante a intervenção de um terceiro imparcial, com poder de decisão/intervenção limitado, possibilitando aos envolvidos alcançar mutuamente uma solução para a controvérsia e que encerre os pontos de disputa apresentados<sup>32</sup>.

---

32 MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes, 2ª ed., Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 28.

Por sua vez, com o advento da Lei n. 13.140/15<sup>33</sup>, a partir de então a Mediação está definida legalmente segundo o disposto no parágrafo único do seu art. 1o:

“Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

A mediação, nos termos da Lei n. 13.140/15, poderá ser judicial (art. 24) ou extrajudicial (art. 21) e, em ambos os casos, poderá ainda ser instaurada de modo prévio, incidental ou posterior à relação processual por acaso instaurada (judicial se designada pelo Poder Judiciário e extrajudicial quando as partes buscarem um mediador ou uma instituição de mediação privada).

Cabe destacar, outrossim, que o termo de acordo obtido após a mediação extrajudicial equipara-se a título executivo extrajudicial e, se judicial a mediação, ou se submetido o acordo à homologação, considera-se título executivo judicial (parágrafo único do art. 20 da Lei n. 13.140/15).

Até aqui, portanto, nenhuma surpresa ou dificuldade em compreender a Mediação como ferramenta apta à tutela do Meio

---

33 Paulo Brum Vaz destaca, sobre a nova Lei, que “A primeira observação é no sentido da importância que representa estabelecer um marco regulatório para a mediação e a conciliação judicial e extrajudicial, enquanto movimento global que converge para uma revolução paradigmática na forma de solucionar os conflitos sociais. Trata-se de uma nova cultura cujo pressuposto é o deslocamento da justiça estatal para a autocomposição. É outra chance, diante do insucesso da aposta no Estado como única e soberana instância, para o resgate da autonomia e da responsabilidade dos indivíduos na solução dos seus conflitos e um remédio para a crise de funcionamento do aparato judicial” (**Primeiros comentários à Lei nº 13.140/2015. Marco regulatório da mediação/conciliação: imbricação com o NCPC e enfoque para os processos da Justiça Federal.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 68, out. 2015. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao068/Paulo\\_BrumVaz.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao068/Paulo_BrumVaz.html)> Acesso em: 18 out. 2017).

Ambiente. Há um ponto nevrálgico a ser enfrentado, todavia. Trata-se da aplicabilidade, ou não, da Mediação enquanto ferramenta de resolução de litígios, tendo em vista a natureza jurídica dita indisponível dos direitos afetos ao Meio Ambiente.

Bom, até o advento da Lei n. 13.140/15 a doutrina majoritária<sup>34</sup> entendia que os direitos afetos ao Meio Ambiente, embora de natureza indisponível, podiam ser objeto de transação (*lato sensu*), sobretudo por uma questão pragmática.

Nesse sentido, Marcelo Dantas sublinhava que

em que pese a indisponibilidade do objeto litigioso, o fato é que, em diversas situações, o acordo judicial se revelará mais consentâneo com o interesse metaindividual do que o prosseguimento da ação civil pública, que, por variados motivos, costuma ter uma tramitação longa e difícil perante o Poder Judiciário de todo o país.

---

34 “Por serem de natureza indisponível os interesses difusos e coletivos – assim como o são os individuais homogêneos, quando objeto de defesa coletiva-, seria de se reconhecer, em princípio, a impossibilidade jurídica da transação, seja ela judicial ou extrajudicial. A experiência demonstrou, todavia, que a disposição do responsável pelo dano de se adequar às exigências da lei ou de satisfazer integralmente o dano acaba por atender, finalisticamente, aquilo que seria de se buscar ou já se estaria postulando na via judicial, por meio da ação civil pública. [...] A esfera passível de ajuste fica circunscrita à forma de cumprimento da obrigação pelo responsável, isto é, ao modo, tempo, lugar e outros aspectos pertinentes. A transação, portanto, simplesmente substitui a fase de conhecimento do processo judicial, pois deve refletir o mesmo conteúdo esperado na prestação jurisdicional, caso houvesse a ação e fosse ela procedente, desfrutando, da mesma forma, de eficácia executiva” (VIEIRA, Fernando Grela. **A transação na esfera dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta**. In: MILARÉ, Édís (coord.), *Ação civil pública – Lei n. 7.347/85 – 15 anos*. 2. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 267/268 e 279). Com igual posição, apenas para ilustrar, veja-se, ainda: SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. **Mediação de conflitos ambientais: um novo caminho para a governança da água no Brasil?** Curitiba: Juruá, 2010; e ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 76.

Oportuno transcrever a ponderada lição de Sérgio Shimura acerca do tema: Em outras palavras, a inflexibilidade das partes pode gerar dano ainda maior aos interesses da sociedade. Insta ponderar que a tutela dos interesses coletivos não se revele sempre e necessariamente por uma sentença de procedência. Por vezes, é mais fácil, econômico e muito mais eficaz um ‘acordo’ com a parte contrária, com vistas a obter de imediato, com o reconhecimento do interessado, a resolução do problema<sup>35</sup>.

Outrossim, a própria Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, em seu Princípio 10, já sustentava claramente a aplicação dos métodos não adversariais, dentre o quais temos a Mediação, como ferramenta de tutela dos direitos afetos ao Meio Ambiente. Veja-se:

“A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive sobre informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar em processo de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação dos danos”<sup>36</sup>.

---

35 DANTAS, Marcelo. **Ação Civil Pública e meio Ambiente**. 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 308. Disponível em: Minha Biblioteca. Acesso em 17 out. 2017.

36 **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro. Junho de 1992. Disponível em <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 27 out. 2017.

Nada obstante, parece que agora a *mens legislatoris* consignada na cabeça da regra do art. 3o. da Lei n. 13.140/15 não deixa mais dúvida da possibilidade de dos Direitos afetos ao Meio Ambiente estarem aptos à Mediação, uma vez que o legislador fez constar expressamente que “(Art. 3o) Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação” (destacou-se).

Ou seja, apesar de a Lei de Mediação não trazer uma lista ou maior definição do que sejam os “direitos indisponíveis que admitam transação”, a interpretação que se pode fazer, inclusive com o uso do método teleológico (considerando os objetivos que deram azo à Lei de Mediação), é que os conflitos afetos ao Meio Ambiente podem ser tratados com o uso da técnica da Mediação.

Essa mesma problemática, registre-se, também foi enfrentada na Itália, onde após uma lei do ano 2010 (convalidada depois em 2013, para afastar problemas de técnica legislativa) impor a Mediação obrigatória como condição de procedibilidade da ação para uma série de matérias, questionou-se a possibilidade de o Direito Ambiental ser objeto da Mediação facultativa, uma vez que o respectivo diploma legal também fala que a mediação só poderia ser aplicadas a direitos disponíveis.

E a conclusão obtida vem ao encontro do agora defendido porque, tal lá como cá, embora o Meio Ambiente constitua direito indisponível, a utilização dos ADRs se mostra possível pelo caráter *sui generis* dos danos ambientais e pela titularidade desses direitos ser de toda a Sociedade. Essa é a doutrina de Vittoria C. La Sorte:

“La mediazione volontaria o obbligatoria può avere ad oggetto solo ed esclusivamente **diritti disponibili**.

Sono ‘disponibili’ i diritti di cui il titolare può disporre in virtù della propria autonomia contrattuale, ache trasferendoli o rinunciandovi.

In ambito di medizione civile e commerciale il legislatore ha stilado



un **elenco tassativo**, relativo alle materie oggetto di conciliazione, delimitando il settore di intervento al condominio, ai diritti reali, alla divisione, alle successioni ereditarie, ai patti di famiglia, alla locazione, al comodato, all'affitto di azienda, al risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria, al risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, ai contratti assicurativi, bancari e finanziari. Nel campo della mediazione facoltativa, invece, trova applicazione il principio generale della 'mediabilità' dei diritti che non si sottraggono all'autonomia privata; ogni diritto disponibile, se attivato, può essere oggetto di ADR.

Per quanto concerne il diritto all'ambiente, che in questa sede è preso in esame, è tangibile che si è in presenza di un diritto di natura pubblica, ma, tale evidenza non è sufficiente ad escludere, a priori, la possibilità di ricorrere alla mediazione, poiché la questione assume carattere peculiare con riferimento alla **tipologia di danno** (cagionato in conseguenza della condotta lesiva all'ambiente) e alla titolarità dell'azione di risarcimento.

[...].

Si può pertanto concludere che la mediazione trova applicazione in ambito de questioni ambientali di natura civile nella misura in cui tali dispute vertono tra soggetti di diritto privato o soggetti pubblici (che non agiscono nell'esercizio del loro potere autoritativo, bensì, iure privatorum) e su diritti soggettivi” (destaques do original)<sup>37</sup>.

Ultrapassada a discussão nesse ponto, a única observação que resta, diga-se, é que nesses casos a Mediação<sup>38</sup> deverá ser obrigatoriamente judicial, com a participação do Ministério Público como autor, segundo decorre do disposto no art. 129, III, da Constituição Federal, ou como fiscal da lei, nos termos do art. 178, I, do Código de Processo Civil.

37 La Sorte, Vittoria C. **La conciliazione obbligatoria e facoltativa. La mediazione nelle controversie ambientali**. 1a. edição, Padova: Primiceri Editore, 2016, p. 5 e 8.

38 Parece-me, também, que considerado o princípio da especialidade e os contornos da Lei de Mediação, os Termos de Ajustamento de Conduta - TAC e as conciliações levadas a efeito nos termos da Lei n. 9.099/95 não sofrem qualquer modificação.

Destarte, por todo o exposto neste estudo se tem a certeza científica de que a Lei de Mediação passou a dar sustento legal à aplicação da Mediação na resolução dos conflitos ambientais, bastando à Autoridade Judiciária que, ao se deparar com uma demanda que envolva direitos afetos ao Meio Ambiente, possibilite a resolução não adversarial da lide mediante a utilização de mediador, uma vez que pelas especificidades dos interesses em disputa é ferramenta mais apta que o clássico método adversarial<sup>39</sup>.

Aliás, porquanto a Mediação em se tratando de Meio Ambiente deverá ser obrigatoriamente judicial, vale trazer como ponderação final do presente estudo a análise realizada por Zenildo Bodnar ao tratar do perfil desejado para o magistrado que estará à frente do processo resolutivo de lides afetas ao Direito Ambiental. Assim, como mensagem que se adota como síntese da problemática aqui desenvolvida, consigne-

39 Interessante fluxo procedimental para o desenvolvimento da Mediação nos conflitos ambientais em 5 etapas foi apresentado pelo Centro de Direito e Meio Ambiente da Fundação Getulio Vargas (Direito - RJ): “1) diagnóstico do conflito (identificação do histórico e dos atores envolvidos; contato com cada um destes atores para conhecer suas perspectivas e preocupações, bem como as informações disponíveis sobre o conflito, identificar representantes que estarão na mesa de negociações, explicar o funcionamento do processo de mediação na seara coletiva e verificar se aceitam participar do processo, assim como a equipe de mediadores proposta); 2) planejamento do processo (número, local, horário e duração das sessões de mediação; estudos técnicos necessários; proposta de protocolo de conduta dos participantes; tempo necessário para o compartilhamento de informações; forma de permitir a participação de terceiros e de divulgar informações junto à imprensa); 3) sessões de mediação (reuniões conjuntas e privadas) e realização de estudos técnicos; 4) redação do acordo (previsão clara de obrigações, prazos e responsáveis por implementá-las; previsão de sanções para cada obrigação e de responsáveis pelo monitoramento do seu cumprimento); 5) homologação do acordo pelas pessoas com poder de decisão em cada ente público ou grupo participante e também em juízo” (Apud FREITAS, Gilberto Passos de Freitas e AHMED, Flavio. **A MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS**. Disponível em <<http://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2016/10/Mediacao-ambiental-Autores-Gilberto-Passos-e-Flavio-Ahmed.pdf>>. Acesso em 24 out. 2017).

se que

“Como pacificador social deve o magistrado incentivar com responsabilidade a conciliação, valorizando fórmulas e critérios eleitos pelos próprios litigantes para colocar fim ao litígio, ainda que tenha que utilizar procedimentos não previstos pelo legislador processual, como audiências públicas, com a participação de representantes de associações, autoridades públicas, entre outros, ainda que não estejam formalmente incluídos na relação processual. Nalini [1998, p. 95] aduz que o juiz do futuro deve adotar uma via judiciária mais flexível, menos dogmática e impositiva.

A grande amiga da celeridade é a conciliação, isso porque uma composição amigável adequadamente celebrada resultará em benefícios imediatos ao meio ambiente sem a demora do processo litigioso marcado pela multiplicidade de recursos e incidentes processuais. A verdadeira redenção do Poder Judiciário somente será possível quando a cultura da conciliação tomar conta de todos os foros, pois, conforme anteriormente destacado, o magistrado do novo milênio deve ser muito mais mediador dos conflitos sociais do que julgador. Além do benefício da celeridade, a conciliação tem o grande mérito de facilitar a criação de um direito puro e autêntico para o caso concreto, valorizando os aspectos sociais e humanos envolvidos e a participação do cidadão ou da sociedade representada pelas associações ou mesmo pelo Ministério Público na construção da solução consensual<sup>40</sup>.

Esclarecidas as questões acima trabalhadas, cabe a partir deste momento, portanto, a todas as autoridades e agentes envolvidos no processo de composição das tutelas afetas ao Meio Ambiente ter a compreensão racional de que a complexidade das questões ambientais e a dificuldade da Jurisdição clássica em lidar de maneira ágil e dinâmica com essa problemática não só recomenda a utilização da Mediação como ferramenta de tutela jurídica do Meio Ambiente, mas verdadeiramente a impõe a bem da esperada e necessária efetividade, uma vez que a *nostra casa não pode esperar!*

40 **O Poder Judiciário e a tutela do meio ambiente.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.15, maio 2006. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Zenildo\\_Bodnar.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm)> Acesso em: 23 out. 2017.

## Considerações finais

Diante de tudo o que restou demonstrado no presente trabalho, sobretudo a especificidade das questões afetas ao Direito Ambiental, o que se pode afirmar sem maior delonga é que a hipótese que se buscou investigar restou confirmada.

Isso porque o verificado esgotamento da capacidade operacional do Poder Judiciário não mais permite aceitar a falta de Efetividade nas questões ambientais como algo normal, decorrente da falha na prestação desse inafastável serviço público.

Se é certo, assim, que o Estado não vem conseguindo entregar a Jurisdição com Efetividade, tendo em vista sobretudo a sobrecarga do sistema judiciário, que afeta a celeridade, a efetividade e, portanto, a qualidade das decisões que têm por objeto o Meio Ambiente, não é errado afirmar que o Estado, ainda que não apenas pelo Poder Judiciário, tem que buscar meios para assegurar a manutenção desse bem jurídico protegido constitucionalmente.

E, nesse passo, sobressai que a Lei de Mediação chegou em bom momento. Bom momento não só para o Direito Ambiental, mas para todo o jurisdicionado, que mesmo sem ter de chegar ao Poder Judiciário goza agora de uma normativa que lhe permite resolver as lides surgidas de maneira mais célere, barata e efetiva.

Mas ótimo momento em especial para o Direito do Meio Ambiente, porque em uma sociedade na qual é vertiginosa a velocidade dos meios de produção, de comunicação e de agressões ao planeta, é necessário haver uma medida que, como a Mediação, possa ao menos tentar fazer frente a essas circunstâncias.

Assim, a partir da Lei n. 13.140/15, que disciplina a Mediação no Brasil, espera-se que os agentes envolvidos, mas sobretudo o Ministério

Público e os demais legitimados para a ação civil pública, e o cidadão, com o uso da ação popular, façam uso dessa importante ferramenta para uma melhor tutela jurídica do Meio Ambiente, não só por ser ferramenta mais ágil, mas notadamente pela complexidade dos danos ambientais, para os quais se exige atenção dinâmica e interdisciplinar, tudo a bem da sua maior preservação ou recomposição possível.

Afinal, como dito, *nossa casa não pode esperar!*

### **Referências das fontes citadas**

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto Consolidado até a EC n. 91/2016. Portal do Senado Federal: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. **Lei 13.105/2015**. Portal do Senado Federal: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. **Lei 13.140/2015**. Portal do Senado Federal: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 25 out. 2017.

BODNAR, Zenildo. **O Poder Judiciário e a tutela do meio ambiente**.

Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.15, maio 2006. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Zenildo\\_Bodnar.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Zenildo_Bodnar.htm)> Acesso em: 23 out. 2017.

BUNN, Maximiliano Losso. **Por um novo modelo de jurisdição: releitura do conceito de atividade jurisdicional na sociedade contemporânea.** Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 03, p. 11 – 24, dez. 2015.

BUNN, Maximiliano Losso; JUNIOR, Orlando Luiz Zanon. **Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição.** Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 18, n. 1, p. 247-268, jan./abr. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional.** Brasília. nov. 2011. Disponível em: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>. Acesso em: 11 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. **Justiça em Números 2017.** Disponível: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 5.9.2017.

COSTA, Marli Marlene Moraes e D'OLIVEIRA, Mariane Camargo. **A RESSIGNIFICAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO INSTRUMENTALIZADA PELO EXSURGIMENTO DE UMA NOVA CULTURA POLÍTICO-JURÍDICA DE ACESSO À JUSTIÇA: uma (re)construção da matriz principiológica constitucional na materialização de direitos.** Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Itajaí, v. 19 - n. 3 - set-dez 2014, p. 787-807. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em: 27 out. 2017.

CRUZ, Paulo Márcio; Stelzer, Joana (orgs). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

DANTAS, Marcelo. **Ação Civil Pública e meio Ambiente**. 1ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009. Disponível em: Minha Biblioteca. Acesso em 17 out. 2017.

**Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro. Junho de 1992. Disponível em <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 27 out. 2017.

FERNANDES, Rodrigo e SANTOS, Rafael Padilha dos. **Transnacionalidade e os novos rumos do Estado e do Direito**. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica). Acesso em: 21 out. 2017.

FREITAS, Gilberto Passos de Freitas e AHMED, Flavio. **A MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS AMBIENTAIS**. Disponível em <[http://revistaeletronica.oabrij.org.br/wp-content/uploads/2016/10/Mediacao\\_ambiental-Autores\\_Gilberto-Passos-e-Flavio-Ahmed.pdf](http://revistaeletronica.oabrij.org.br/wp-content/uploads/2016/10/Mediacao_ambiental-Autores_Gilberto-Passos-e-Flavio-Ahmed.pdf)>. Acesso em 24 out. 2017.

La Sorte, Vittoria C. **La conciliazione obbligatoria e facoltativa. La mediazione nelle controversie ambientali**. 1a. edição, Padova: Primiceri Editore, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 2a. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000.

MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes, 2ª ed., Porto Alegre: Artmed, 1998.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13 ed. rev.atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. **Mediação de conflitos ambientais: um novo caminho para a governança da água no Brasil?** Curitiba: Juruá, 2010.

VAZ, Paulo Brum. **Primeiros comentários à Lei nº 13.140/2015. Marco regulatório da mediação/conciliação: imbricação com o NCPC e enfoque para os processos da Justiça Federal**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 68, out. 2015. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao068/Paulo\\_BrumVaz.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao068/Paulo_BrumVaz.html)> Acesso em: 18 out. 2017.

VIEIRA, Fernando Grela. **A transação na esfera dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta**. In: MILARÉ, Édís (coord.), Ação civil pública – Lei n. 7.347/85 – 15 anos. 2. ed., São Paulo: RT, 2002.



## DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SUSTENTABILIDADE: CONCEITOS ANTAGÔNICOS OU COMPATIVELIS?

Alexandre Murilo Schramm<sup>41</sup>

Janiara Maldaner Corbetta<sup>42</sup>

### INTRODUÇÃO

A crise ambiental enfrentada pela humanidade a partir da segunda metade do século XX gerou a necessidade de se entender as consequências da ação humana na natureza e tentar construir caminhos para mudanças de atitude.

Tudo em busca de uma solução para o quadro de degradação dos recursos naturais causado pelas ações antrópicas.

Diante disso, os encontros internacionais passaram a discutir o termo e o conceito de desenvolvimento sustentável.

Alertou-se para a necessidade de se resguardar o meio ambiente, propiciando seu conhecimento integral pela presente e pelas futuras gerações.

Atualmente, em decorrência das alterações promovidas no meio ambiente pelos diversos aspectos existentes, o adjetivo dado a desenvolvimento, ou seja, o “sustentável”, transformou-se no substantivo “sustentabilidade”.

Surgiu, então, a dúvida se tais expressões tratam da mesma ideia ou se carregam conceitos diferentes.

---

41 Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de São João Batista/SC, Mestrando em Ciências Jurídicas pela UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí/SC.

42 Juíza de Direito da 2ª Vara da Comarca de Porto Belo/SC, Mestranda em Ciências Jurídicas pela UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí/SC.

Hoje, a principal pergunta e a principal dúvida são se existe a possibilidade de se efetivar e compatibilizar um desenvolvimento sustentável com sustentabilidade, ou se tais expressões são controversas e antagônicas, visto que, num primeiro momento seria inviável promover o crescimento econômico sem detrimento da natureza.

A proposta do presente artigo é exatamente discutir tal temática e apresentar uma breve discussão que mostre a relação e diferenciação entre os termos de “desenvolvimento sustentável” e “sustentabilidade”, analisando se tais conceitos são antagônicos ou não, ou seja, se são contrários ou compatíveis entre si.

São explorados no desenvolvimento do artigo os conceitos de desenvolvimento sustentável, sustentabilidade, bem como o antagonismo e a compatibilidade de tais expressões, com as considerações ao final.

Através de um método indutivo de pesquisa, que, segundo César Pasold, significa “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”<sup>43</sup>, com base em documentação indireta, passamos a analisar os diversos conceitos existentes e concluir, ao final, a respeito da antagonicidade ou compatibilidade existente entre desenvolvimento sustentável e sustentabilidade.

## 1. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A problemática da poluição atmosférica foi levantada, pela primeira vez, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente realizada em Estocolmo no ano de 1972.

Naquela ocasião, foi inserida a questão ambiental na agenda mundial, destacando a responsabilidade pela conservação do meio ambiente.

43 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

Já era possível perceber, na época, a dicotomia existente entre os que defendiam o desenvolvimento econômico sem controle e aqueles que anteviam a “necessidade do equilíbrio entre os diversos fatores necessários à vida”, ao que se chamou de sustentável.<sup>44</sup>

Isto porque a “globalização”, assunto em voga nos anos 70 a 90, fez com que os países emergentes ou em desenvolvimento iniciassem uma busca insana pelo crescimento econômico.

Eles foram compelidos à lógica do mercado global como “única” alternativa para alcançarem um patamar superior de desenvolvimento ou crescimento econômico.

Foi assim que surgiu o conceito de desenvolvimento sustentável, inicialmente proposto pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em encontro realizado no ano de 1987, na Noruega.

Na ocasião, foi elaborado o relatório de Brundtland, também chamado de “Nosso Futuro Comum”, o qual é constituído de três partes: preocupações comuns, problemas comuns e esforços comuns.

Tal relatório propôs uma conciliação entre o desenvolvimento e o meio ambiente, propondo um crescimento mais qualitativo, “apoiado em práticas conservacionistas e capazes de expandir a base de recursos naturais”, sustentando que o crescimento ocorra através da maior produtividade dos recursos com redução dos materiais processados, recuperando, assim, o meio ambiente.<sup>45</sup>

Foi introduzido, então, o conceito de desenvolvimento sustentável como sendo:

---

44 O desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração  
ZYLBERSZTAJN, David. LINS, Clarissa. **Sustentabilidade e geração de valor**: a transição para o século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 3.

45 BURSZTYN, Maria Augusta. BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental**: caminhos para a sustentabilidade, Rio de Janeiro: Garamond, 2012, p. 92.

atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais.

A partir de então, o termo “desenvolvimento sustentável” tornou-se o principal foco, tendo sido incorporado em diversos discursos da sociedade, principalmente nos cenários político, educacional e publicitário.

Alertava-se para a necessidade de se preservar o meio ambiente.

O termo é concebido como aquele desenvolvimento capaz de se chegar sem esgotar os recursos naturais ou degradar o ambiente.

Visa resguardar a natureza para a presente e para as gerações futuras, sem precisar abrir mão do crescimento econômico e social.

Para Zylbesztajn:

A expressão “desenvolvimento sustentável” contém uma contradição em termos. A noção de desenvolvimento envolve dinâmica e, portanto, movimento. Já a noção de sustentabilidade subentende uma situação estática, que pressupõe permanência.

O desenvolvimento econômico, que visa melhorar as condições de vida humana, implica impacto sobre a natureza. Já a sustentabilidade se assenta em uma visão de equilíbrio e de conservação do meio ambiente. Existe, portanto, um conflito entre o equilíbrio ambiental e a ação do homem sobre o meio ambiente.

O próprio conceito de sustentabilidade nos leva a uma reflexão mais profunda. A ideia de desenvolvimento autossustentado deve ser estabelecida de acordo com os limites dos recursos naturais. Para ser efetivamente alcançado, o desenvolvimento sustentável depende de efetivo planejamento e do reconhecimento de que os recursos naturais

são finitos.<sup>46</sup>

Surgiu, então, o *triple bottom line*, defendido por John Elkington, atentando para a necessidade de se integrar o social ao ambiental e ao econômico, formando o tripé para possibilitar o desenvolvimento sustentável.<sup>47</sup>

Nessa linha, o “desenvolvimento sustentável” foi proposto como um ideal a ser atingido, através de um processo qualificativo de produção, efetuado dentro de critérios de respeito aos limites ambientais e naturais.

Entretanto, com o passar do tempo, percebeu-se que não era possível atingir o crescimento econômico e social de acordo com o sistema capitalista vigente, isto é, aquele interessado no lucro, sem prejudicar os recursos naturais existentes.

Por isso que se tentou alterar a estratégia ou o modelo de sociedade, a fim de possibilitar o crescimento econômico com a preservação ecológica.

Jacques Demajorovic define o conceito do termo “desenvolvimento sustentável” da seguinte forma:

O desenvolvimento sustentável não se refere especificamente a um problema limitado de adequações ecológicas de um processo social, mas a uma estratégia ou modelo múltiplo para a sociedade, que deve levar em conta tanto a viabilidade econômica como a ecológica.<sup>48</sup>

---

46 ZYLBERSZTAJN, David. LINS, Clarissa. **Sustentabilidade e geração de valor:** a transição para o século XXI, p. 1.

47 ZYLBERSZTAJN, David. LINS, Clarissa. **Sustentabilidade e geração de valor:** a transição para o século XXI, p. 6.

48 DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental:** perspectivas para a educação corporativa. São Paulo: SENAC, 2003, p. 10.

Prosseguindo neste sentido, passou-se a aprofundar a conceituação de desenvolvimento sustentável de acordo com as necessidades e os objetivos sociais, ou seja, visando equilibrar o crescimento econômico e social com a preservação da natureza.

Partindo desse pressuposto, surgem autores, como Leonardo Boff, defendendo que o desenvolvimento seria sustentável se conseguisse equilibrar as necessidades humanas com as da natureza.

O autor salienta que:

O desenvolvimento se mostra sustentável se conseguir atender tais necessidades para todas as pessoas (princípio da inclusão), o que exige um sentido de equidade e de sensibilidade humanitária para com as demandas de seus semelhantes. Comumente, indicam-se novas necessidades básicas: a subsistência, a proteção, o afeto (amar e ser amado), o entendimento (aceitar os outros como são e ser também aceito), a criatividade, a participação, o lazer, a identidade pessoal e cultural e a liberdade.<sup>49</sup>

Bursztyń entende que tratar de desenvolvimento sustentável significa lidar com a gestão dos recursos naturais, tomando decisões sobre uso e não uso, valores de uso e de existência, consumir agora ou preservar para as futuras gerações. São questões que lidam com recursos renováveis e não renováveis, necessitando-se administrar estoques e fluxos.<sup>50</sup>

Observa-se, assim, que o conceito de desenvolvimento sustentável tem implícito um compromisso com as gerações do futuro, no sentido de assegurar a transmissão dos recursos naturais capazes de satisfazer as suas necessidades, resguardando a integração equilibrada dos sistemas econômico, sócio-cultural e ambiental, para a presente e para a futura gerações.

---

49 BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é : o que não é; 2ª ed., Petrópolis: Vozes, 2013, p. 139.

50 BURSZTYN, Maria Augusta. BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental**: caminhos para a sustentabilidade, p. 43.

No entanto, foi necessário aperfeiçoar esse conceito, com o intuito de deixar claro que as necessidades atendidas não poderiam ser artificiais ou inflacionadas pelo consumismo em cascata.

Freitas deixa claro que, apesar dos méritos, o conceito do Relatório de Brundtland ou a tríade dos elementos básicos não se mostraram suficientes, sendo necessária adoção de uma série mais completa de elementos.<sup>51</sup>

Segundo o autor:

“sustentável é a política que insere todos os seres vivos, de algum modo, neste futuro comum, evitando apego excessivo a determinado padrão material de vida. Por outras palavras, considerar a satisfação das necessidades das gerações atuais e futuras foi e é relevante, mas diz muito pouco sobre o caráter valorativo da sustentabilidade.”<sup>52</sup>

Por isso que a “sustentabilidade” surgiu como evolução do conceito trazido pelo Relatório de Brundtland, assumindo as demandas relacionadas ao bem-estar físico e psíquico, acima do simples atendimento às necessidades materiais, fazendo-se eticamente consistente, incorporando a “justiça ambiental”.<sup>53</sup>

## 2. SUSTENTABILIDADE

O assunto “sustentabilidade” não está mais restrito aos ambientalistas ou aos profissionais do meio ambiente, mas também integra os diversos ramos da sociedade e as empresas.

Cada vez mais o conceito de sustentabilidade vem se estendendo, abrangendo, também a inclusão dos responsáveis pelos bens comuns.

---

51 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 47.

52 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro, p. 47.

53 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro, p. 48.

Historicamente, segundo Cruz e Bodnar, o conceito de sustentabilidade surge somente em 2002, na realização da Rio +10, em Johannesburgo, consagrado da seguinte forma:

Um conceito integral de sustentabilidade somente surge em 2002, na Rio+10, realizada em Johannesburgo, quando restou consagrada, além da dimensão global, as perspectivas: ecológica, social e econômica, como qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem como a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado na sua perspectiva ampla. Dessa forma, só a partir de 2002 é que passa a ser adequado utilizar a expressão 'sustentabilidade', ao invés de desenvolvimento com o qualificativo 'sustentável'. Isso porque a partir deste ano consolida-se a ideia de que nenhum dos elementos (ecológico, social e econômico) deve ser hierarquicamente superior ou compreendido como variável de segunda categoria. Todos são complementares, dependentes e só quando implementados sinergicamente é que poderão garantir um futuro mais promissor.<sup>54</sup>

Freitas, autor ambientalista que estuda com afinco as questões referentes ao desenvolvimento sustentável e à sustentabilidade, define este último termo no seguinte sentido:

A sustentabilidade, numa fórmula sintética, consiste em assegurar, de forma inédita, as condições propícias ao bem-estar físico e psíquico no presente, sem empobrecer e inviabilizar o bem-estar no amanhã, razão pela qual implica o abandono, um a um, dos conceitos insatisfatórios de praxe.

[...]

Traduz-se portanto a sustentabilidade, como dever fundamental de, a longo prazo, produzir e partilhar o desenvolvimento limpo e propício à saúde, em todos os sentidos, aí abrangidos os componentes primordialmente éticos, em combinação com os elementos sociais, ambientais, econômicos e jurídico-políticos.<sup>55</sup>

---

54 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. UNIVALI: 2012. p. 111.

55 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, p. 15/16 e 40.



Para ser bem concebida, a sustentabilidade deve nascer da consciência, como condição processual do ser que, por meio da mente e dos sentidos, reconhece a si próprio, na natureza, tanto pelo autoconhecimento como pelo heteroconhecimento, ou seja, fazendo parte dela e movendo-se de acordo com ela.

Sustentabilidade implica em prevenção e precaução, com a finalidade de produzir o desenvolvimento “ecologicamente equilibrado”, combatendo o mau desenvolvimento, ou seja, aquele que gera o colapso.

Trata de “estimular e produzir o bom desenvolvimento, que preserva e intensifica as potencialidades da vida”, exigindo “honesto compromisso com as reais prioridades do desenvolvimento durável”.<sup>56</sup>

Leonardo Boff acredita que “A sustentabilidade de uma sociedade se mede por sua capacidade de incluir a todos e garantir-lhes os meios de uma vida suficiente e decente”.<sup>57</sup>

Toda ação destinada a manter as condições que sustentam os seres humanos e a natureza, visando sua continuidade e atendendo às necessidades da geração presente e das futuras, consiste em sustentabilidade.

É certo que vários fatores são indispensáveis para que a sustentabilidade aconteça, como a educação ambiental, na qual o ser humano redefine sua relação com a natureza.

Tudo com o objetivo de conseguir o equilíbrio ecológico e a solidariedade com as gerações futuras.

Assim salienta Demajorovic,

A ideia de sustentabilidade implica a prevalência da premissa de que é preciso definir não só uma limitação nas possibilidades de crescimento, como também um conjunto de iniciativas que levem em conta a

---

56 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro, p. 162 e 186.

57 BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade:** o que é : o que não é, 2013, p. 20.

existência de interlocutores e participantes sociais relevantes e ativos, formados a partir de práticas educativas e de um processo de diálogo informado, o que reforça o sentimento de co-responsabilização e de constituição de valores éticos. Isso também significa que uma política de desenvolvimento na direção de uma sociedade sustentável não pode ignorar nem as dimensões culturais, nem as relações de poder existentes, e muito menos o reconhecimento das limitações ecológicas, sob pena de somente manter um padrão predatório de desenvolvimento.<sup>58</sup>

E o autor complementa que:

A sustentabilidade traz uma visão de desenvolvimento que busca superar o reducionismo e estimula um pensar e fazer sobre o meio ambiente diretamente vinculado ao diálogo entre saberes, à participação, aos valores éticos como valores fundamentais para fortalecer a complexa interação entre sociedade e natureza. Nesse sentido, o papel dos professores e das professoras é essencial para impulsionar as transformações de uma educação que assume um compromisso com a formação de valores de sustentabilidade como parte de um processo coletivo.<sup>59</sup>

Observa-se, assim, que sociedade sustentável é aquela que satisfaz suas necessidades sociais e de produção sem diminuir a natureza atual e as perspectivas das gerações futuras.

Como afirma Zylbersztajn:

“O conceito de sustentabilidade implica o equilíbrio entre a oferta de bens e serviços, entre os quais estão os serviços ambientais, medidos essencialmente pela capacidade do planeta de manter o equilíbrio entre seu uso e disponibilidade.”<sup>60</sup>

---

58      DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental**: perspectivas para a educação corporativa, pp. 10/11.

59      DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental**: perspectivas para a educação corporativa, p. 13.

60      ZYLBERSZTAJN, David. LINS, Clarissa. **Sustentabilidade e geração de valor**: a transição para o século XXI, p. 12.

O desafio do nosso tempo é exatamente este: criar comunidades sustentáveis, “ambientes sociais e culturais onde podemos satisfazer as nossas necessidades e aspirações sem diminuir as chances das gerações futuras”.<sup>61</sup>

### 3. ANTAGONISMOS E COMPATIBILIDADE

Há autores que defendem a impossibilidade de se harmonizar o desenvolvimento com sustentabilidade, por serem antagônicos.

Isto porque o desenvolvimento visa crescimento econômico baseado no lucro, gerado a partir da exploração do homem e da natureza, isto é, da mão-de-obra humana e da matéria-prima e dos recursos energéticos provenientes da natureza.

Por isso que afirmam que o termo desenvolvimento sustentável é controverso.

Chegou-se, inclusive, a falar em “decréscimo econômico para a sustentabilidade ambiental e a equidade social”, que significa “reduzir o crescimento quantitativo para dar mais importância ao qualitativo, no sentido de preservar recursos que serão necessários às futuras gerações”.<sup>62</sup>

Porém tal situação acarretaria em limitar o crescimento econômico e social, fato totalmente fora de cogitação pela sociedade atual, a qual busca pela crescente modernização e uso da tecnologia.

A sustentabilidade, por outro lado, possui a ideia de preservação e conservação da natureza, com uso racional dos recursos naturais e objetivando a qualidade de vida para todos, dentro dos limites que a natureza pode nos oferecer.

Por outro lado, há aqueles que acreditam na possibilidade do

---

61 CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 24.

62 BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é : o que não é**, p. 58.

desenvolvimento ser compatível com a sustentabilidade, alcançando um equilíbrio entre a produção e o consumo e a preservação ambiental.

Tal seria possível através dos avanços tecnológicos que possuímos.

A ciência tem avançado continuamente em vários sentidos, principalmente na área tecnológica, aprimorando cada vez mais as ações humanas e facilitando o cotidiano.

Seria possível, assim, utilizar os meios tecnológicos para assegurar o crescimento econômico em total equilíbrio com os recursos naturais e energéticos disponíveis no meio ambiente.

Isto sem necessidade de se preocupar com eventual escassez ou extinção de sua existência.

A ciência tem avançado na problematização de implementação de tecnologia capaz de gerar produção econômica sem prejudicar a natureza. Atualmente, tem-se a “consciência global do limite no tempo dos elementos e fatores que estão ocasionando impactos na biosfera e na atmosfera. Eles levarão a um impasse, para o homem e para todo o planeta.”<sup>63</sup>

A sustentabilidade visa alcançar uma melhor qualidade de vida dentro dos limites ambientais do planeta, não apenas associada ao objetivo do desenvolvimento econômico.

Para tanto, considera alternativas economicamente viáveis, socialmente justas e ambientalmente corretas para a construção de uma sociedade sustentável.

“A solução para o antagonismo entre os conceitos “desenvolvimento” e “sustentabilidade”, quando se trata de pensar um modelo econômico que proporcione desenvolvimento e preserve o meio ambiente, deve ser formulada pela Economia a partir de uma perspectiva  
63 ZYLBERSZTAJN, David. LINS, Clarissa. **Sustentabilidade e geração de valor: a transição para o século XXI**, p. 2.

econômico-ecológica”, conforme sugere Junior Ruiz Garcia.<sup>64</sup>

Para o economista, “o desenvolvimento deve ser entendido como um processo de mudanças qualitativas na sociedade, que não necessariamente implicaria em crescimento econômico, entendido como aumento da produção de bens e serviços econômicos”.

Diante disso, a sustentabilidade depende de cada sociedade, isto é, de sua estrutura de consumo de bens e serviços e da tecnologia disponível para garantir a produção respeitando os limites biológicos e ambientais.

A possibilidade de se efetivar a sustentabilidade está na consciência de cada sociedade, ou seja, na mudança dos valores referentes a crescimento econômico, pois “não é preciso crescer sempre para que a sociedade se desenvolva”.

Para Leonardo Boff:

“Uma sociedade é sustentável quando se organiza e se comporta de tal forma que ela, através das gerações, consegue garantir a vida dos cidadãos e dos ecossistemas nos quais está inserida, junto com a comunidade de vida. Quanto mais uma sociedade se funda sobre recursos renováveis e recicláveis, mais sustentável se torna. Isso não significa que não se possa usar de recursos não renováveis, mas, ao fazê-lo, deve praticar grande racionalidade, especialmente por amor à única Terra que temos e em solidariedade para com gerações futuras.”<sup>65</sup>

Assim, pode-se dizer que o Estado se torna sustentável quando respeita os limites impostos pela capacidade de provimento de recursos naturais e de assimilação dos resíduos, ou seja, desenvolve-se na medida certa e proporcional ao meio ambiente.

---

64 GARCIA, Junior Ruiz. Não é preciso crescer sempre para que a sociedade se desenvolva. **IHU Unisinos**, São Leopoldo, 30/04/2014. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/530737-nao-e-preciso-crescer-sempre-para-que-a-sociedade-se-desenvolva-entrevista-especial-com-junior-ruiz-garcia>. Acesso em: 14/01/2015, p. 1.

65 BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é : o que não é**, p. 128.

Capra, ao escrever sobre o Ponto de Mutação, abrangendo a sistematicidade e a interdependência das matérias e das ciências, ressaltou, ao analisar a economia e o meio ambiente, que:

“Uma das características predominantes das economias de hoje, tanto a capitalista quanto a comunista, é a obsessão com o crescimento. O crescimento econômico e tecnológico é considerado essencial por virtualmente todos os economistas e políticos, embora nesta altura dos acontecimentos já devesse estar bastante claro que a expansão ilimitada num meio ambiente finito só pode levar ao desastre. A crença na necessidade de crescimento contínuo é uma consequência da excessiva ênfase dada aos valores yang — expansão, autoafirmação, competição — e está relacionada com as noções newtonianas de espaço e tempo absolutos e infinitos. É um reflexo do pensamento linear, da crença errônea em que, se algo é bom para um indivíduo ou um grupo, então, quanto mais desse algo houver melhor será.”<sup>66</sup>

Continua o autor:

“A mais grave consequência do contínuo crescimento econômico é o esgotamento dos recursos naturais do planeta. [...] “Para moderar o rápido esgotamento de nossos recursos naturais, temos que abandonar a idéia de crescimento econômico contínuo e, ao mesmo tempo, controlar o aumento mundial de população.”<sup>67</sup>

Atualmente, deve-se ter a consciência de que o crescimento econômico decorre do progresso do conhecimento. “A sociedade do conhecimento está nascendo como o único fator fundamental e racional para um desenvolvimento, de fato, sustentável.”<sup>68</sup>

Conforme ponderou Freitas: “Decididamente, a sustentabilidade é que deve adjetivar, condicionar e infundir as suas características ao desenvolvimento, nunca o contrário”.<sup>69</sup>

66 CAPRA, Fritoj. **O Ponto de Mutação**, p. 207.

67 CAPRA, Fritoj. **O Ponto de Mutação**, p. 209.

68 ZYLBERSZTAJN, David. LINS, Clarissa. **Sustentabilidade e geração de valor**: a transição para o século XXI, p. 4.

69 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro, p. 49.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estamos vivendo um momento de tensão, em que necessitamos cuidar definitivamente da natureza, sob pena de não mais existirmos num futuro próximo.

As visíveis agressões ao meio ambiente e as catástrofes ambientais mundiais fazem crescer a consciência coletiva de que é urgente a implementação de soluções para possibilitar o desenvolvimento em consonância com a sustentabilidade e a preservação dos recursos naturais.

Como afirma Beck:

“A oposição entre natureza e sociedade é uma construção do século XIX, que serve ao duplo propósito de controlar e ignorar a natureza. A natureza foi subjugada e explorada no final do século XX e, assim, transformada de fenômeno externo em interno, de fenômeno predeterminado em fabricado. Ao longo de sua transformação tecnológico-industrial e de sua comercialização global, a natureza foi absorvida pelo sistema industrial. Dessa forma, ela se converteu, ao mesmo tempo, em pré-requisito indispensável do modo de vida no sistema industrial. Dependência do consumo e do mercado agra também significam um novo tipo de dependência da “natureza” em relação ao sistema mercantil se converte, no e com o sistema mercantil, em lei do modo de vida na civilização industrial.”<sup>70</sup>

O caminho é efetuar uma aliança global e efetivamente compartilhar e se comprometer com o meio ambiente.

O meio para se chegar a esse destino é entender a sustentabilidade, o seu conceito real, o qual deve ser perseguido de forma atenta pela globalidade.

O pior caminho que podemos seguir é o da indiferença, da despreocupação. Todos somos responsáveis pelo nosso planeta e devemos nos interligar e promover a educação de todos neste mesmo  
70 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**, 2ª ed., São Paulo: Editora 34, 2011, p. 9.

sentido.

Como afirma Leonardo Boff:

“Estamos diante de um momento crítico da história da Terra, numa época em que a humanidade de escolher o seu futuro [...]. A escolha é nossa e deve ser: ou formar uma aliança global para cuidar da Terra e cuidar uns dos outros, ou arriscar a nossa destruição e a destruição da diversidade da vida”.<sup>71</sup>

Sustentabilidade não é apenas se preocupar com o meio ambiente e os recursos naturais, mas também com a dignidade humana de todos, satisfazendo os interesses básicos de todas as pessoas humanas.

A sustentabilidade é princípio e valor constitucional, de caráter vinculante, que tem o condão de modificar profundamente o nosso modo de ver e praticar direitos e deveres.

Prima pela redução do pensamento voltado ao crescimento econômico, afirmando que o desenvolvimento deve ser pautado pela economia verde e visão de longo prazo.

Por outro lado, o desenvolvimento sustentável é aquele que está de acordo com o meio-ambiente equilibrado, preservando-o para as gerações presentes e futuras.

No lugar de apenas desenvolvimento, no sentido econômico ou social, agora é fundamental inserir o contexto da sustentabilidade.

Bursztyn ressalta que “O desafio maior não é o de criar ilhas de sustentabilidade, mas sim o de construir as bases para uma gestão sustentável do Planeta.”<sup>72</sup>

A visão de crescimento por crescimento está superada. Atualmente, deve-ser primar pela sustentabilidade e pela precaução e preservação do

71 BOFF, Leonardo. Sustentabilidade: o que é : o que não é, p. 13.

72 BURSZTYN, Maria Augusta. BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental:** caminhos para a sustentabilidade, p. 41.



meio-ambiente.

Para uma melhor aplicação e compreensão pela sociedade de sua importância, é necessário modernizar e alterar o sistema de educação, primando pela alteração da consciência de consumo e crescimento para aquela de abdicção em prol do mundo.

Talvez, o futuro seja pensar na prosperidade sem crescimento, ou seja, melhorar a qualidade de vida, a educação e os bens intangíveis, permitindo, assim, a prosperidade com crescimento.

Conclui-se, assim, que os conceitos de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável são autônomos, porém, complementares, devendo ser considerados de forma conjunta para possibilitar o bom crescimento do Planeta.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** 2ª ed., São Paulo: Editora 34, 2011.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é : o que não é.** 2ª ed., Petrópolis: Vozes, 2013.

BURSZTYN, Maria Augusta. BURSZTYN, Marcel. **Fundamentos de política e gestão ambiental: caminhos para a sustentabilidade.** Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

CAPRA, Fritoj. **A Teia da Vida.** São Paulo: Cultrix, 2006.

CAPRA, Fritoj. **O Ponto de Mutação.** São Paulo: Cultrix, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. (Org). **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2012.

DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental: perspectivas para a educação**

corporativa. São Paulo: SENAC, 2003.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Junior Ruiz. Não é preciso crescer sempre para que a sociedade se desenvolva. **IHU Unisinos**, São Leopoldo, 30/04/2014. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/530737-nao-e-preciso-crescer-sempre-para-que-a-sociedade-se-desenvolva-entrevista-especial-com-junior-ruiz-garcia>. Acesso em: 14/01/2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ZYLBERSZTAJN, David. LINS, Clarissa. **Sustentabilidade e geração de valor: a transição para o século XXI**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

# DISCURSOS

---

## **DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR RODRIGO COLLAÇO, POR OCASIÃO DA SUA POSSE COMO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

*[saudações a autoridades e convidados]*

Senhoras e senhores,

Agradeço a presença de todos os colegas magistrados de primeiro e segundo graus, servidores da casa, autoridades, familiares e amigos presentes nesta cerimônia.

Sinto-me profundamente honrado por termos a prestigiar esta celebração o Ministro Jorge Mussi, magistrado egresso desta Corte e incansável embaixador do Poder Judiciário de Santa Catarina no cenário nacional.

Saúdo os novos membros do nosso Órgão Especial e aqueles que nele se mantêm. Não tenho dúvidas de que Vossas Excelências zelarão com sabedoria as leis estaduais e municipais e solucionarão com destreza e justiça as relevantes causas e questões submetidas àquele colegiado.

Ainda aclamo os eminentes Desembargadores que deixam de atuar no Órgão Especial. Conforta-nos lembrar que suas valorosas contribuições continuarão a repercutir nas decisões do Tribunal Pleno e dos respectivos órgãos fracionários.

Tenho ainda de enaltecer os sabidos êxitos alcançados pelos gestores do Tribunal neste último mandato, razão por que os parabenizo, quer na pessoa do Desembargador José Antônio Torres Marques, quer na de seus juízes auxiliares, assessores, diretores e demais servidores envolvidos. O mesmo eu digo, em nome dos novos ocupantes, em relação aos ilustres Desembargadores Alexandre d'Ivanenko, Ricardo Fontes, Sérgio Heil, Jaime Ramos e Salim Schead dos Santos e suas correlatas equipes. Tentaremos retribuir a gentileza e atenção por nós recebida durante esse

período de transição.

Se, por um lado, neste momento festivo há, em mim, espaço para a tristeza pela ausência de meu pai Márcio e de meus tios Nauro, Jaymor, Nilson Paulo e Luiz Fernando, cujas vidas não foram longas o suficiente para que pudessem desfrutar desta solenidade, por outro hoje também me afloram sentimentos de profunda gratidão e alegria pela presença de minha mãe, Astrid, de meus filhos, Bernardo e Isabela, de minha nora, Bárbara, de minhas irmãs, Giséle e Simone, de Carla e Lara e de todos os familiares, sempre unidos por muito amor e mutualidade. Somos assim: a alegria de um é a alegria de todos.

Tenho plena consciência de que, na condição de gestor de um tribunal, não podem existir espaços para vaidade ou ambição. Importam, sim, a percepção sobre a enorme responsabilidade que isso representa perante tantas pessoas e o firme propósito de que se concretizem os desejos comuns pelo aprimoramento da gestão pública, pela renovação da máquina administrativa, pelo bom funcionamento da atividade jurisdicional.

Contudo, cabe-me tranquilizar os presentes! Tentarei não os maçar com minúcias das providências que adotaremos já a partir da próxima segunda-feira.

Esta célebre Casa ostenta uma história fecunda, de louvável memória e com profusão de magistrados de elevada cultura e dignidade. Nesse cenário, se hoje aqui estamos, é porque tive a oportunidade de assumir, junto aos Desembargadores Moacyr, Petry, Carlos Adilson, Altamiro e Roberto Pacheco, um dado grau de ousadia.

Tivemos de ser ousados, tivemos de demonstrar coragem para, sem melindrarmos nosso profundo respeito e admiração tanto à tradição desta instituição quanto aos nossos colegas mais experientes, tomarmos a iniciativa de querer romper o dogma secular da antiguidade nas eleições para o corpo diretivo do nosso respeitado Tribunal de Justiça. Alfim,

descobrimos que, assim como nós, a maioria da Corte pode compreender ser possível ao Poder Judiciário de Santa Catarina conciliar sua sólida trajetória com posições inovadoras e renovadoras, quer no plano estrutural, quer quanto aos propósitos.

A antiguidade é bem-vinda e respeitada, mas há de estar somada ao desejo de construir, pelas regras da democracia, uma proposta respaldada pela maioria.

Importa, sim, é que todos nós tenhamos em comum a meta de aprimorar cada vez mais a administração da Justiça catarinense.

Os rumos do Poder Judiciário não são assunto de interesse exclusivo de quem veste a toga. Muito ao contrário. Compete a todos saber o modo com que a Justiça se conectará à sociedade, quais as respostas dará ao cidadão que precisa e pede a intervenção do estado para concretizar seu direito e afastar de si abusos e injustiças.

Nossa visão é clara e o nosso programa de campanha — divulgado aos pares ao longo do ano passado — mais ainda: precisamos julgar mais e melhor.

Até a Constituição de 1988 o Poder Judiciário no país nem sequer tinha autonomia administrativa ou financeira. Não construía e nem geria os prédios em que funcionava. Não nomeava os seus servidores e nem promovia os seus juízes e desembargadores. Todas essas atribuições eram exercidas pelo governador do Estado. O Poder Judiciário não tinha orçamento próprio e vivia de repasses definidos pelo chefe do Poder Executivo. Não era, portanto, um poder verdadeiramente independente.

Ao recebermos autonomia, tivemos de partir praticamente do zero, tivemos de criar setores para construir e manter nossas edificações, controlar orçamento, definir o quadro de pessoal, administrar as carreiras, informatizar o sistema processual. Em suma, nasceu um novo Poder Judiciário, agora não restringido à sua função primária

de julgar, mas passando também a se autogerir, a se autoadministrar, a se automanter. Ênfase que tudo isso foi muito positivo e, graças à Assembleia Constituinte, hoje o Poder Judiciário brasileiro é autônomo e independente, plenamente livre, inclusive para exercer o controle do Executivo e do Legislativo.

Contudo, passados quase trinta anos, parece-nos que, ao menos em Santa Catarina, o momento é propício a uma significativa virada. O constante incremento das atividades administrativas do Tribunal de Justiça resultou, em certa medida, numa ampliação de atribuições da atividade-meio, isto é, sem relação direta com o motivo da existência da entidade pública.

Precisamos redirecionar todo o nosso esforço, todo o nosso talento, toda nossa criatividade, toda nossa inteligência, todos os nossos recursos para a atividade-fim. Precisamos repactuar internamente nossas prioridades para voltar a enxergar, com a nitidez necessária, que o Poder Judiciário não é um fim em si mesmo. Que não existimos por nós ou para nós. Devemos discernir que o Poder Judiciário é uma ferramenta mantida pela sociedade, um instrumento que só encontra sentido sob a ótica das necessidades dessa mesma sociedade. Em uma estrutura com centenas de juízes e milhares de servidores, inúmeros setores, funções e atividades burocráticas, ao fim o Poder Judiciário do Estado só está aqui para atender a todas as pessoas que, direta ou indiretamente, almejam por justiça.

Temos visto com certa frequência magistrados proferirem discursos com ênfase contra a corrupção, contra a má política, contra a criminalidade organizada, e falar a respeito disso é muito importante para reforçarmos os bons valores que nos inspiram. De toda forma, é edificante que os mesmos preceitos de probidade e retidão sejam reproduzidos nos processos que estão sob nossa responsabilidade tanto quanto nas solenidades além-foro.

É na sentença penal contra réu certo e determinado que surge o espaço mais legítimo para afirmarmos os melhores princípios da ética e da honestidade, quer condenando com rigor os culpados segundo as provas

reunidas, quer absolvendo os inocentes. É nas ações de improbidade administrativa que se descortina imperdível oportunidade para a fixação de balizas legais e morais que não podem ser nunca ultrapassadas pelo administrador público. Ao decidirmos com clareza, objetividade e rapidez essas questões podemos, em exercício da função típica do Judiciário, melhorar a administração pública. Assim o é nos mais variados ramos do Direito.

Peço desculpas pela simplicidade e a obviedade do raciocínio, que pode remeter muitos à figura inesquecível do conselheiro Acácio, criada pelo genial Eça de Queiroz. Mas ousar dizer, em tom ainda mais acariano, que, quando proferimos uma decisão individual ou colegiada, exercemos na plenitude nossa parcela de poder. Quando não julgamos, abrimos mão de exercer esse poder. Somos poderosos quando julgamos e somos fracos quando não decidimos. E o “poder”, por seu significado aqui adotado, encontra ampla legitimidade democrática.

Em Santa Catarina temos 2,6 milhões de processos em trâmite. Esse é o nosso déficit de exercício de poder. Precisamos e vamos reduzir esse estoque; é isso que cada cidadão espera de nós.

Não é conveniente passar ao largo, todavia, da crescente tensão que permeia as instituições do país. Nosso último avanço democrático há de ser a igualdade de todos perante a lei. É evidente que é essa a batalha que atualmente se trava.

De um lado, alguns grupos políticos e econômicos atuam para preservar o velho modelo corrupto e apodrecido de organização estatal e empresarial. Mas, de outro lado, nos alenta perceber que, dentro dessas mesmas instituições, subsistem grupos funcionalmente independentes com desejo de mudar, de estabelecer um novo tipo de relação entre estado e sociedade.

Esses cidadãos de honra lutam e avançam contra os beneficiários dos antigos vícios de pessoalidade e oligarquismo. Resistem a pressões a bem de



suas convicções — *exatamente como, pouco tempo atrás, num afamado caso levado a julgamento em que Sua Excelência restou vencido, fez o Ministro Edson Fachin invocando a peça do dramaturgo Henrik Ibsen intitulada “Um Inimigo do Povo”*.

Portanto, vamos nos perfilar aos que trabalham pelas mudanças, que querem um Brasil novo, com menos corrupção, menos compadrio, com mais ética, com a justiça funcionando de modo mais rápido, com instituições mais respeitadas.

Por isso é que nossos bons juízes e servidores devem ser valorizados. Não se trata de ideias corporativistas ou protecionistas. Nosso Poder Judiciário só pode ser constituído por magistrados e auxiliares corretos, honestos, éticos, cientes de que servem ao público.

O curioso é que, ao contrário do esperado, tudo o que acabo de dizer aqui é da mais absoluta e cristalina simplicidade. O Poder Judiciário, desde sua formação em tempos remotos, existe para julgar conflitos, para definir qual dos interesses antagônicos apresentados prevalecerá. Assim também ocorria quando da fundação do Tribunal de Santa Catarina. Mais de um século depois, parece que precisamos voltar às origens. Devemos lembrar diariamente que a atividade-meio não é a principal função do nosso Poder.

Nossas necessidades internas, por óbvio, não podem ser negligenciadas. Ao revés, é natural que a execução da atividade jurisdicional dependa de uma infraestrutura robusta. Estou a propor que as atividades-meio tornem-se mais eficientes, menos burocráticas, redundantes e manuais, que sejam mais inteligentes e tragam melhores resultados com menores dispêndios justamente para que tenhamos mais recursos dirigidos à atividade-fim, em especial aquela exercida no primeiro grau de jurisdição.

Há duas décadas o atual decano do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, bem ponderava que *“A administração da Justiça, para*

*realizar plenamente os fins a que se destina, deve ser processualmente célere, tecnicamente efetiva, socialmente eficaz e politicamente independente.”*

Hoje essa acepção faz ainda mais sentido. Todos os nossos esforços devem estar voltados ao fim de julgar, para que os conflitos sociais que justificam a nossa existência sejam solucionados. Por isso é que ousou dizer — talvez para desencanto de muitos que preferem teses mais sofisticadas e palavras menos inteligíveis — que podemos fazer uma revolução no Judiciário: basta julgar mais e melhor. É o que tentaremos realizar nos próximos dois anos aqui em Santa Catarina.

Finalmente, frente aos grandes desafios que se avizinham, compartilho com os senhores a vontade externada pelo Ministro Luís Roberto Barroso: *“Espero ter sabedoria para identificar onde está o bem no caso concreto e a coragem moral para fazer o que deve ser feito”*.

Conto com o apoio de todos. Muito obrigado.

## **DISCURSO DE ENCERRAMENTO DA GESTÃO 2016/2018, PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR TORRES MARQUES**

A ocasião faz-me rememorar a palavra empenhada neste plenário no dia de minha posse como Presidente para o biênio 2016/2018, assim como o trajeto percorrido durante esses 2 anos à frente da administração do Poder Judiciário.

Inúmeras vezes deparei-me com situações delicadas, que me conduziram a escolhas difíceis, mas consegui permanecer fiel aos meus valores e ideais.

A cada tomada de decisão, optei pelo enfrentamento em lugar do recuo e pela determinação em vez da conveniência.

Julgo ter honrado o compromisso firmado. Não apenas pela consciência da responsabilidade imbuída, mas também pelo sincero sentimento de retribuição à posição de liderança que me foi outorgada.

No propósito de bem servir à administração do Poder Judiciário, atuei com a mesma obstinação e o zelo com os quais, há 34 anos, tenho servido à magistratura.

A partir das premissas estabelecidas no Plano de Gestão, foram traçadas metas realistas, alcançadas por meio de técnicas de planejamento eficientes, capazes de corresponder ao compromisso institucional e social inerentes ao Poder Judiciário.

Já de início, foi preciso equacionar as contas, ante o cenário de crise nacional e acentuada queda na arrecadação de recursos, o que exigia redobrada cautela no atendimento das demandas mapeadas.

Entretanto, à luz dos ideais de retidão e de probidade, de austeridade e de responsabilidade, foi colocada em prática a administração pública

gerencial, com vistas à constante otimização, considerada a realidade orçamentária e financeira do período.

Adotando uma postura arrojada, calcada no planejamento estratégico, elegemos como pilares a gestão administrativa, o investimento em sistemas informatizados e a valorização dos servidores e magistrados, a fim de garantir a prestação jurisdicional de qualidade que a sociedade requer.

O reconhecimento dos magistrados levou em consideração o entendimento de que o Judiciário é uno, e não deve ceder lugar a distinções entre o primeiro e segundo grau de jurisdição, tanto no aspecto da carreira, quanto na estrutura de trabalho.

Não bastasse, a fim de fortalecer a união entre seus membros, a utilização dos canais de comunicação com a Presidência foi facilitada, com a criação da Secretaria-Geral, que intensificou a participação de juízes e desembargadores, indistintamente, em uma administração transparente.

Cabe frisar, ainda, o acolhimento da reivindicação pela reorganização das unidades judiciárias e a redefinição estratégica de suas competências, oportunidade em que foi dispensada especial atenção às varas especializadas, em alinhamento com as condições pleiteadas pela magistratura.

Já no âmbito do Tribunal de Justiça, foi implementada a transformação dos cargos de juiz de direito de segundo grau em desembargador, sendo todos providos em menos de um ano.

A valorização dos servidores também foi objetivo da gestão, que priorizou a implementação de promoções e outras vantagens funcionais, assim como a instituição dos benefícios de auxílio médico-social e de conversão em pecúnia de férias e licença-prêmio acumuladas não gozadas.

No tocante aos investimentos em informatização, merece destaque a implantação da quinta versão do SAJ no segundo grau, que contempla

o processo judicial eletrônico, a utilização de ferramentas de inteligência voltadas à melhoria da administração, e o lançamento do Programa Estadual de Digitalização, que já finalizou os trabalhos em 94 unidades judiciárias e opera 100% em relação ao acervo de entrada. Um passo importante na modernização dos recursos materiais, com vistas ao necessário enfrentamento da problemática da morosidade processual.

Ainda com relação à adequação do quadro funcional às demandas do Judiciário catarinense, e ao aprimoramento do primeiro grau, encontra-se em fase preparatória o concurso para provimento de cargos, em contrapartida à defasagem detectada no quantitativo dos recursos humanos.

A exemplo das demais ações realizadas por esta gestão, a decisão levou em consideração a projeção de possibilidade orçamentária, em observância aos parâmetros de probidade e responsabilidade administrativa.

Feitas essas considerações, é possível assegurar que os compromissos assumidos e metas que apresentei no plano de gestão foram considerados com seriedade e alcançados com sucesso.

Faço votos que o corpo diretivo que hoje assume a condução do Poder Judiciário continue firme no propósito de manter a política de priorização do primeiro grau, de aperfeiçoamento da gestão administrativa e de investimentos em novas ferramentas tecnológicas, uma vez que, embora o Tribunal de Justiça de Santa Catarina seja uma instituição centenária, encontra-se em permanente construção.

Da mesma forma, afirmo a continuidade de minha dedicação em prol do Judiciário, mantendo a preocupação de honrar a confiança empenhada por meus pares.

Na direção desta Corte, contei com a companhia dos excelentíssimos desembargadores Alexandre d'Ivanenko, Ricardo Orofino da Luz Fontes, Sérgio Isidoro Heil, Jaime Ramos e Salim Schead dos Santos, a quem agradeço pela parceria e solidariedade diante dos desafios e deveres inerentes à responsabilidade da missão compartilhada, muitas vezes com prejuízo da vida pessoal e familiar.

O momento é oportuno para expressar meu reconhecimento aos Juízes de Direito Jefferson Zanini, Secretário-Geral do Tribunal de Justiça; Carlos Roberto da Silva e Sônia Eunice Odwazny, Coordenadores de Magistrados; bem como Alexandre Moraes da Rosa e Luís Felipe Canever, Juízes Auxiliares da Presidência.

Agradeço ainda a colaboração essencial da Chefe de Gabinete Michele Hartz, do Diretor-Geral Administrativo Cleverson Oliveira, e do Diretor-Geral Judiciário Ricardo França.

Em suas pessoas, estendo sincero reconhecimento a todos os diretores, que com elevado desempenho profissional contribuíram para o cumprimento dos deveres institucionais desta Casa.

Não poderia deixar de registrar o valor dos servidores do Poder Judiciário, que cotidianamente dignificam a confiança neles depositada, contribuindo decisivamente para entregar à sociedade catarinense a prestação jurisdicional de qualidade, pela qual somos reconhecidos nacionalmente.

Cumprimento o novo corpo diretivo pela assunção das funções e desejo sucesso na caminhada que se inicia.

Por fim, não poderia deixar de registrar, ao evocar alguns dos fatos que me marcaram no último biênio, o Título de Cidadão Catarinense a mim outorgado pela Augusta Assembleia Legislativa. Uma homenagem com especial significado, pois confirmou, de direito, algo que em meu

coração já sentia de fato: ser um filho desta terra, onde construí minha carreira, formei minha família e sigo fazendo amigos.

Com a devida vênia, tomo de empréstimo as palavras de Clarice Lispector ao despedir-me:

*“Até onde posso, vou deixando o melhor de mim...”*

*“Se alguém não viu, foi porque não me sentiu com o coração.”*

A todos os presentes, meu muito obrigado!

## **DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR RICARDO FONTES, POR OCASIÃO DO ENCERRAMENTO DA GESTÃO 2016/2018 E DA POSSE DO DESEMBARGADOR RODRIGO COLLAÇO COMO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Senhor Presidente Desembargador Rodrigo Colaço,

Permita-me cumprimentar Vossa Excelência, homenageando as Doutas autoridades que compõe a mesa de Honra.

Os feitos, as realizações e conquistas do biênio foram demonstrados no relatório de gestão na forma regimental.

O momento, então, é de despedida e ele não seria pleno se não passasse pelos agradecimentos devidos. Até porque, como defendia Dom Quixote “a soberba não é o maior dos pecados que os homens cometem, mas, sim, a ingratidão.”

Inicio pelo eminente desembargador Salim Schead do Santos, amigo de longa data, companheiro de boas lutas, parceiro constante nos últimos 15 anos nesta casa. Vossa Excelência soube conduzir de forma justa e serena a Vice Corregedoria, tornando-a referência nacional nas atividades de orientação e apoio na área notarial e de registro. Ademais, nunca faltou para o necessário aconselhamento nas horas difíceis, pois todo bom ouvinte é ótimo conselheiro. Muito obrigado!

Aos notáveis magistrados Cyd Carlos da Silveira, Lílian Telles de Sá Vieira, Luiz Henrique Bonatelli, Maria Paula Kern e Simone Boing Guimarães, minha eterna gratidão pela equipe coesa, competente e comprometida que formaram. Sei que muito foi conquistado. O primeiro grau de jurisdição, nossa razão de ser, recebeu a atenção que lhe é



devida e isso somente ocorreu em virtude da competência, dedicação e engajamento dos magistrados que souberam conduzir suas equipes nos rumos desejados e, além disso, encontrar pleno acolhimento dos interlocutores. Parcerias formidáveis foram realizadas. Passa a relação profissional e fica a amizade, o respeito e, como já destaquei, a gratidão. Muito obrigado!

Aos servidores, que como insisto em divulgar, formam o melhor quadro do Tribunal de Justiça, meus sinceros agradecimentos, pela competência, prestatividade, disponibilidade e envolvimento em todos os projetos e ações desenvolvidos. Obrigado!

Agradeço igualmente aos servidores do gabinete, leais e competentes, que comigo permanecerão para os novos desafios, o meu muito obrigado!

Ao Desembargador José Antônio Torres Marques, que soube exercer a Chefia do Poder e a gestão deste Tribunal de forma competente e inovadora, meu muito obrigado por tudo, principalmente pela convivência harmoniosa onde os interesses da própria Instituição e os públicos sempre estiveram acima de tudo. Na pessoa do talentoso magistrado Jeferson Zanini quero agradecer todos os magistrados e servidores da Augusta Presidência. Muito Obrigado!

Desembargador Henry Petry Junior, no curto espaço de transição, Vossa Excelência já teve a oportunidade de verificar que sua grande tarefa será facilitada tanto pela estrutura que foi montada ao longo de anos quanto pelo competente quadro funcional que saberá executar suas propostas e atividades específicas. Desejo, com a sinceridade dos que respeitam esta instituição, que vossa Excelência, o Eminentíssimo Vice Corregedor, Des. Roberto Lucas Pacheco, e os magistrados que foram convidados a auxiliá-los, sejam felizes, como fui, e sejam realizadores, como fomos.

Experiência não lhe falta, o conhecimento específico vem de longe,

desde quando, juntos, atuamos como juízes auxiliares. Desejo, portanto, sucesso!

À Enaura, minha esposa, aos filhos e neta, que sempre me incentivaram na realização dos sonhos profissionais e pessoais, agradeço pela compreensão por mais um biênio de atenções divididas.

Por fim, cumprimento Vossa Excelência, Desembargador Henry Petry Junior, pela posse, desejando uma gestão profícua, assim como a todos os demais Dirigentes hoje empossados. Obrigado!

Florianópolis, 2 de fevereiro de 2018

Desembargador Ricardo Fontes

**RELAÇÃO DAS COMARCAS**

---

**DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

**Fórum da Comarca de Abelardo Luz**

Av. Padre João Smedt, 1667 – Centro

CEP: 89830-000 – Abelardo Luz

Telefone: (49) 3445-8100

**Fórum da Comarca de Anchieta**

Av. Anchieta, 722 – Centro

CEP: 89970-000 – Anchieta

Telefone: (49) 3653-3000

**Fórum da Comarca de Anita Garibaldi**

Rua Vidal Ramos Júnior, s/n – Centro

CEP: 88590-000 – Anita Garibaldi

Telefone: (49) 3543-5300

**Fórum da Comarca de Araquari**

Rua Antonio Ramos Alvim, 500 – Centro

CEP: 89245-000 – Araquari

Telefone: (47) 3447-7500

**Fórum da Comarca de Araranguá**

Rua Cel. João Fernandes, 195 – Centro

CEP: 88900-000 – Araranguá

Telefone: (48) 3521-6000

**Fórum da Comarca de Armazém**

Rua Luiz Gonzaga Westrupp, 85 – Centro

CEP: 88740-000 – Armazém

Telefone: (48) 3645-4200

**Fórum da Comarca de Ascurra**

Rua Benjamin Constant, 1097 – Centro

CEP: 89138-000 – Ascurra

Telefone: (47) 3383-3300

**Fórum da Comarca de Balneário Camboriú**

Av. das Flores, s/n – Bairro dos Estados

CEP: 88339-900 – Balneário Camboriú

Telefone: (47) 3261-1700

**Fórum da Comarca de Balneário Piçarras**

Rua Eulálio da Trindade, 26 – Centro

CEP: 88380-000 – Balneário Piçarras

Telefone: (47) 3347-4000

**Fórum da Comarca de Barra Velha**

Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1003 – Centro

CEP: 88390-000 – Barra Velha

Telefone: (47) 3446-7501

**Fórum da Comarca de Biguaçu**

Rua Rio Branco, 29 – Centro

CEP: 88160-000 – Biguaçu

Telefone: (48) 3279-9200

**Fórum da Comarca de Blumenau**

Rua Zenaide Santos de Souza, 363 – Bairro da Velha

CEP: 89036-260 – Blumenau

Telefone: (47) 3321-9200

**Fórum Universitário da Comarca de Blumenau**

Praça Victor Konder, 01 – Centro

CEP: 89010-150 – Blumenau

Telefone: (47) 3321-7217

**Fórum da Comarca de Bom Retiro**

Rua 14 de Janeiro, 165 – Centro

CEP: 88680-000 – Bom Retiro

Telefone: (49) 3277-3000

**Fórum da Comarca de Braço do Norte**

Praça Padre Roer, 118 – Centro

CEP: 88750-000 – Braço do Norte

Telefone: (48) 3658-9200

**Fórum da Comarca de Brusque**

Praça das Bandeiras, 55 – Centro

CEP: 88350-051 – Brusque

Telefone: (47) 3251-1500

**Fórum da Comarca de Caçador**

Rua Conselheiro Mafra, 790 – Centro

CEP: 89500-000 – Caçador

Telefone: (49) 3561-2540

**Fórum da Comarca de Camboriú**

Rua São Paulo, 1271 – Areias

CEP: 88345-662 – Camboriú

Telefone: (47) 3365-9300

**Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul**

Rua Major Teodósio Furtado, 30 – Centro

CEP: 88580-000 – Campo Belo do Sul

Telefone: (49) 3249-3300

**Fórum da Comarca de Campo Erê**

Rua Maranhão, 865 – Centro

CEP: 89980-000 – Campo Erê

Telefone: (49) 3655-3500

**Fórum da Comarca de Campos Novos**

Praça Lauro Müller, 121 – Centro

CEP: 89620-000 – Campos Novos

Telefone: (49) 3541-6400

**Fórum da Comarca de Canoinhas**

Rua Vidal Ramos, 650 – Centro

CEP: 89460-000 – Canoinhas

Telefone: (47) 3621-5600

**Fórum da Comarca de Capinzal**

Rua Carmelo Zoccoli, 133 – Centro

CEP: 89665-000 – Capinzal

Telefone: (49) 3555-8000

**Fórum da Comarca da Capital (Foro Central)**

Av. Governador Gustavo Richard, 434 – Centro

CEP: 88010-290 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-6500

**Fórum Bancário da Comarca da Capital**

Rua Anita Garibaldi, 365, Ed. Artur Silveira – Centro

CEP: 88020-120 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5700

**Fórum Desembargador Eduardo Luz**

Rua José da Costa Moellmann, 197 – Centro

CEP: 88020-170 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-6900

**Fórum Distrital do Continente**

Rua São José, 300 – Balneário/Estreito

CEP: 88075-310 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5100

**Fórum Distrital do Norte da Ilha**

Rua Desembargador Vitor Lima, 183 – UFSC

CEP: 88040-400 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5000

**Fórum da Comarca de Capivari de Baixo**

Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 – Centro

CEP: 88745-000 – Capivari de Baixo

Telefone: (48) 3621-4800

**Fórum da Comarca de Catanduvas**

Rua Almirante Tamandaré, 2776 – Centro

CEP: 89670-000 – Catanduvas

Telefone: (49) 3525-6400



**Fórum da Comarca de Chapecó**

Rua Augusta Müller Bohner, 300-D – Passo dos Fortes

CEP: 89805-900 – Chapecó

Telefone: (49) 3321-4000

**Fórum da Comarca de Concórdia**

Rua Travessa Silvio Roman, 45 – Nossa Senhora da Saleté

CEP: 89700-316 – Concórdia

Telefone: (49) 3441-1500

**Fórum da Comarca de Coronel Freitas**

Rua Minas Gerais, 586 – Centro

CEP: 89840-000 – Coronel Freitas

Telefone: (49) 3347-3300

**Fórum da Comarca de Correia Pinto**

Av. Vitória Régia, 254 – Pro-Flor

CEP: 88535-000 – Correia Pinto

Telefone: (49) 3243-6300

**Fórum da Comarca de Criciúma**

Av. Santos Dumont, s/n – Milanesi

CEP: 88804-578 – Criciúma

Telefone: (48) 3431-5200

**Fórum da Comarca de Cunha Porá**

Rua Benjamin Constant, 832 – Centro

CEP: 89890-000 – Cunha Porá

Telefone: (49) 3646-3000

**Fórum da Comarca de Curitiba**

Rua Antônio Rossa, 241 – Centro

CEP: 89520-000 – Curitiba

Telefone: (49) 3245-4500

**Fórum da Comarca de Descanso**

Rua Thomaz Koproski, 615 – Centro

CEP: 89910-000 – Descanso

Telefone: (49) 3623-6400

**Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira**

Av. Washington Luís, 670 – Centro

CEP: 89950-000 – Dionísio Cerqueira

Telefone: (49) 3644-6200

**Fórum da Comarca de Forquilha**

Rua Ivo Manoel Menezzi, 44 – Centro

CEP: 88850-000 – Forquilha

Telefone: (48) 3463-8300

**Fórum da Comarca de Fraiburgo**

Av. Curitiba, 375 – Centro

CEP: 89580-000 – Fraiburgo

Telefone: (49) 3256-2100

**Fórum da Comarca de Garopaba**

Rua Santa Rita, 100 – Centro

CEP: 88495-000 – Garopaba

Telefone: (48) 3254-8300

**Fórum da Comarca de Garuva**

Av. Celso Ramos, 1226 – Rio da Onça

CEP: 89248-000 – Garuva

Telefone: (47) 3445-8000

**Fórum da Comarca de Gaspar**

Av. Deputado Francisco Mastella, s/n – Sete de Setembro

CEP: 89110-000 – Gaspar

Telefone: (47) 3331-6100

**Fórum da Comarca de Guaramirim**

Rua João Sotter Correa, 300 – Amizade

CEP: 89270-000 – Guaramirim

Telefone: (47) 3373-9500

**Fórum da Comarca de Herval d'Oeste**

Rua Nereu Ramos, 388 – Centro

CEP: 89610-000 – Herval d'Oeste

Telefone: (49) 3551-4400

**Fórum da Comarca de Ibirama**

Rua Dr. Getúlio Vargas, 800 – Centro

CEP: 89140-000 – Ibirama

Telefone: (47) 3357-8000

**Fórum da Comarca de Içara**

Rua Salete Scotti dos Santos, 150 – Jardim Elizabete

CEP: 88820-000 – Içara

Telefone: (48) 3467-1100

**Fórum da Comarca de Imaruí**

Av. Governador Celso Ramos, 388 – Centro

CEP: 88770-000 – Imaruí

Telefone: (48) 3643-8000

**Fórum da Comarca de Imbituba**

Rua Ernani Contrin, 643 – Centro

CEP: 88780-000 – Imbituba

Telefone: (48) 3355-8000

**Fórum da Comarca de Indaial**

Rua Tiradentes, 111 – Centro

CEP: 89130-000 – Indaial

Telefone: (47) 3281-5400

**Fórum da Comarca de Ipumirim**

Rua Bento Gonçalves, 143 – Centro

CEP: 89790-000 – Ipumirim

Telefone: (49) 3438-3300

**Fórum da Comarca de Itá**

Rua 11, Q. 13-A, Praça dos Expedicionários, 500 – Pioneiros

CEP: 89760-000 – Itá

Telefone: (49) 3458-9600

**Fórum da Comarca de Itaiópolis**

Rua Alfredo Fernandes Luiz, 130 – Centro

CEP: 89340-000 – Itaiópolis

Telefone: (47) 3652-6000

**Fórum da Comarca de Itajaí**

Rua Uruguai, 222 – Centro  
CEP: 88302-200 – Itajaí  
Telefone: (47) 3341-9300

**Fórum da Comarca de Itapema**

Rua 700, 270 – Casa Branca  
CEP: 88220-000 – Itapema  
Telefone: (47) 3268-8800

**Fórum da Comarca de Itapiranga**

Rua São José, 10 – Centro  
CEP: 89896-000 – Itapiranga  
Telefone: (49) 3678-8400

**Fórum da Comarca de Itapoá**

Rua Mariana Michels Borges, 776 – Paese  
CEP: 89249-000 – Itapoá  
Telefone: (47) 3443-8000

**Fórum da Comarca de Ituporanga**

Rua Vereador Joaquim Boing, s/n – Centro  
CEP: 88400-000 – Ituporanga  
Telefone: (47) 3533-8100

**Fórum da Comarca de Jaguaruna**

Rua Nestor Horácio Luiz, s/n – Cristo Rei  
CEP: 88715-000 – Jaguaruna  
Telefone: (48) 3624-8000

**Fórum da Comarca de Jaraguá do Sul**

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, 87 – Vila Nova

CEP: 89259-300 – Jaraguá do Sul

Telefone: (47) 3275-7200

**Fórum da Comarca de Joaçaba**

Rua Salgado Filho, 160 – Centro

CEP: 89600-000 – Joaçaba

Telefone: (49) 3551-4100

**Fórum da Comarca de Joinville**

Rua Hermann August Lepper, 980 – Saguçu

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 Mondai**

Rua Waldemar Ernesto Glufke, 71 – Centro  
CEP: 89893-000 – Mondai  
Telefone: (49) 3674-3000

**Fórum da Comarca de Navegantes**

Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 – Centro

CEP: 88370-112 – Navegantes

Telefone: (47) 3342-9100

**Fórum da Comarca de Orleans**

Rua Rui Barbosa, 320 – Centro

CEP: 88870-000 – Orleans

Telefone: (48) 3466-6100

**Fórum da Comarca de Otacílio Costa**

Rua Balduino Westphal, 444 – Poco Rico

CEP: 88540-000 – Otacílio Costa

Telefone: (49) 3275-8000

**Fórum da Comarca de Palhoça**

Rua Hilza Terezinha Pagani, 409 – Pagani

CEP: 88132-256 – Palhoça

Telefone: (48) 3287-5500

**Fórum da Comarca de Palmitos**

Rua Padre Manoel da Nóbrega, 67 – Centro

CEP: 89887-000 – Palmitos

Telefone: (49) 3647-9400

**Fórum da Comarca de Papanduva**

Rua Simeão Alves de Almeida, 411 – Centro

CEP: 89370-000 – Papanduva

Telefone: (47) 3653-6000



**Fórum da Comarca de Pinhalzinho**

Av. Recife, 1700 – Santo Antônio

CEP: 89870-000 – Pinhalzinho

Telefone: (49) 3366-6100

**Fórum da Comarca de Pomerode**

Rua XV de Novembro, 700 – Centro

CEP: 89107-000 – Pomerode

Telefone: (47) 3387-7400

**Fórum da Comarca de Ponte Serrada**

Rua 3 de Maio, 460 – Centro

CEP: 89683-000 – Ponte Serrada

Telefone: (49) 3435-6500

**Fórum da Comarca de Porto Belo**

Rua Maurílio Manoel da Silva, 252 – Perequê

CEP: 88210-000 – Porto Belo

Telefone: (47) 3369-7100

**Fórum da Comarca de Porto União**

Rua Voluntários da Pátria, 365 – Centro

CEP: 89400-000 – Porto União

Telefone: (42) 3521-3700

**Fórum da Comarca de Presidente Getúlio**

Rua Curt Hering, 19 – Centro

CEP: 89150-000 – Presidente Getúlio

Telefone: (47) 3352-5000

**Fórum da Comarca de Quilombo**

Rua Presidente Juscelino, 703 – Centro

CEP: 89850-000 – Quilombo

Telefone: (49) 3346-2000

**Fórum da Comarca de Rio do Campo**

Rua 29 de Dezembro, 70 – Centro

CEP: 89198-000 – Rio do Campo

Telefone: (47) 3564-8900

**Fórum da Comarca de Rio do Oeste**

Rua XV de Novembro, 1570 – Centro

CEP: 89180-000 – Rio do Oeste

Telefone: (47) 3543-9300

**Fórum da Comarca de Rio do Sul**

Rua Dom Bosco, 820 – Jardim América

CEP: 89160-000 – Rio do Sul

Telefone: (47) 3531-4700

**Fórum da Comarca de Rio Negrinho**

Rua Carlos Hantschel, 425 – Bela Vista

CEP: 89295-000 – Rio Negrinho

Telefone: (47) 3646-1700

**Fórum da Comarca de Santa Cecília**

Avenida XV de Novembro, s/n – Centro

CEP: 89540-000 – Santa Cecília

Telefone: (49) 3244-6505

**Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul**

Rua Raul José dos Santos, 120 – Centro

CEP: 88965-000 – Santa Rosa do Sul

Telefone: (48) 3534-8200

**Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz**

Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 – Centro

CEP: 88140-000 – Santo Amaro da Imperatriz

Telefone: (48) 3245-4000

**Fórum da Comarca de São Bento do Sul**

Av. São Bento, 401 – Rio Negro

CEP: 89290-000 – São Bento do Sul

Telefone: (47) 3631-1900

**Fórum da Comarca de São Carlos**

Rua La Salle, 243 – Centro

CEP: 89885-000 – São Carlos

Telefone: (49) 3325-1000

**Fórum da Comarca de São Domingos**

Rua Brasil, 285 – Centro

CEP: 89835-000 – São Domingos

Telefone: (49) 3443-6800

**Fórum da Comarca de São Francisco do Sul**

Rua Coronel Oliveira, 289 – Centro

CEP: 89240-000 – São Francisco do Sul

Telefone: (47) 3471-1500

**Fórum da Comarca de São João Batista**

Rua Otaviano Dadam, 201 – Centro

CEP: 88240-000 – São João Batista

Telefone: (48) 3265-6300

**Fórum da Comarca de São Joaquim**

Rua Domingos Martorano, 302 – Centro

CEP: 88600-000 – São Joaquim

Telefone: (49) 3233-6000

**Fórum da Comarca de São José**

Rua Domingos André Zanini, 380 – Barreiros

CEP: 88117-905 – São José

Telefone: (48) 3287-5200

**Fórum da Comarca de São José do Cedro**

Rua Padre Aurélio, 235 – Centro

CEP: 89930-000 – São José do Cedro

Telefone: (49) 3643-6600

**Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste**

Rua Rui Barbosa, 446 – Perpétuo Socorro

CEP: 89990-000 – São Lourenço do Oeste

Telefone: (49) 3344-8200

**Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste**

Rua Marcílio Dias, 2070 – Centro

CEP: 89900-000 – São Miguel do Oeste

Telefone: (49) 3631-1500

**Fórum da Comarca de Seara**

Rua do Comércio, 171 – Centro

CEP: 89770-000 – Seara

Telefone: (49) 3452-8700

**Fórum da Comarca de Sombrio**

Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 – Centro

CEP: 88960-000 – Sombrio

Telefone: (48) 3533-6700

**Fórum da Comarca de Taió**

Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 – Centro

CEP: 89190-000 – Taió

Telefone: (47) 3562-8000

**Fórum da Comarca de Tangará**

Rua Luís Menoncin, 10 – Centro

CEP: 89642-000 – Tangará

Telefone: (49) 3532-7500

**Fórum da Comarca de Tijucas**

Rua Florianópolis, 130 – Centro

CEP: 88200-000 – Tijucas

Telefone: (48) 3263-8000

**Fórum da Comarca de Timbó**

Av. Getúlio Vargas, 736 – Centro

CEP: 89120-000 – Timbó

Telefone: (47) 3281-1700

**Fórum da Comarca de Trombudo Central**

Rua Emílio Graubner, 300 – Vila Nova

CEP: 89176-000 – Trombudo Central

Telefone: (47) 3544-8100

**Fórum da Comarca de Tubarão**

Rua Wenceslau Braz, 560 – Vila Moema

CEP: 88705-069 – Tubarão

Telefone: (48) 3621-1500

**Fórum da Comarca de Turvo**

Rua Nereu Ramos, 609 – Centro

CEP: 88930-000 – Turvo

Telefone: (48) 3525-8000

**Fórum da Comarca de Urubici**

Rua Nereu Ramos, 200 – Centro

CEP: 88650-000 – Urubici

Telefone: (49) 3278-6900

**Fórum da Comarca de Urussanga**

Rua Barão do Rio Branco, 115 – Centro

CEP: 88840-000 – Urussanga

Telefone: (48) 3441-1300

**Fórum da Comarca de Videira**

Av. Manoel Roque, 268 – Alvorada

CEP: 89560-000 – Videira

Telefone: (49) 3533-4700

**Fórum da Comarca de Xanxerê**

Rua Victor Konder, 898 – Centro

CEP: 89820-000 – Xanxerê

Telefone: (49) 3441-7100

**Fórum da Comarca de Xaxim**

Rua Rui Barbosa, 385 – Centro

CEP: 89825-000 – Xaxim

Telefone: (49) 3353-9600

# ÍNDICE NUMÉRICO

---



**AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE**

8000041-89.2017.8.24.0000, São Francisco do Sul.....175

**AÇÃO RESCISÓRIA**

0121082-67.2014.8.24.0000, Ituporanga.....328

0175801-33.2013.8.24.0000, Capital.....727

4015919-59.2016.8.24.0000, da Capital.....739

**AGRAVO INOMINADO**

4018846-61.2017.8.24.0000/50000, Urussanga.....840

**AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA**

4016497-85.2017.8.24.0000/50000, Tribunal de Justiça.....714

**AGRAVOS INTERNOS**

4000639-77.2018.8.24.0000/50000, Capital.....1082

4001661-73.2018.8.24.0000/50000, Criciúma.....103

0157826-27.2015.8.24.0000/50000, Campos Novos.....298

4000540-44.2017.8.24.0000/50001, Tubarão.....202

0005948-19.2013.8.24.0067/50005, São Miguel do Oeste.....137

4027984-52.2017.8.24.0000/50000, São Bento do Sul.....209

4019882-41.2017.8.24.0000/50000, Balneário Camboriú.....213

1.603.443 - SC (2016/0141598-9), STJ.....44

**AGRAVOS DE INSTRUMENTO**

0031816-98.2016.8.24.0000, Laguna.....	365
4026934-88.2017.8.24.0000, São Miguel do Oeste.....	553
4010566-83.2018.8.24.0900, Concórdia.....	604
4014280-06.2016.8.24.0000, Joinville.....	699
0127676-63.2015.8.24.0000, Brusque.....	874
4009116-60.2016.8.24.0000, Capital.....	599
4006317-10.2017.8.24.0000, Xaxim.....	980

**AGRAVO REGIMENTAL**

817.304 - SC (2015/0296491-8), STJ.....	55
---	----

**APELAÇÕES CÍVEIS**

0000641-96.2012.8.24.0042, Maravilha.....	344
0000737-52.2011.8.24.0073, Timbó.....	391
0002709-74.2003.8.24.0061, São Francisco do Sul.....	460
0300431-94.2014.8.24.0011, de Brusque.....	427
0022715-22.2003.8.24.0023, Capital.....	519
0304308-47.2016.8.24.0019, Concórdia.....	609
0019698-30.2012.8.24.0033, Itajaí.....	617
0003957-65.2011.8.24.0103, Araquari.....	630
0301200-85.2016.8.24.0091, Capital.....	670
0007251-40.2008.8.24.0036, Jaraguá do Sul.....	845

0300007-88.2017.8.24.0256, Modelo.....	855
0002700-31.2007.8.24.0075, Tubarão .....	884
0305326-62.2014.8.24.0023, Capital.....	961
0301111-04.2018.8.24.0023, Capital.....	985
0002573-89.2011.8.24.0031, 0000609-27.2012.8.24.0031 e 0002316-30.2012.8.24.0031, Indaial.....	995
0303198-98.2016.8.24.0023, Capital.....	1043
0321530-05.2015.8.24.0038, Joinville.....	1054
0003100-44.2011.8.24.0030, Imbituba.....	1065
0000427-45.2011.8.24.0041, Mafra.....	1109
0301096-15.2016.8.24.0020, Criciúma.....	1121
0001964-45.2009.8.24.0074, Trombudo Central.....	1130
0000094-18.2012.8.24.0087, Lauro Muller.....	1144
0006128-77.2011.8.24.0011, Brusque.....	1192
0000682-38.2012.8.24.0018, Chapecó.....	1176
0010789-92.2013.8.24.0023, Capital.....	1208
0003217-29.2002.8.24.0037, Joaçaba.....	1223
0001903-72.2007.8.24.0037, Joaçaba.....	1274
0001615-51.2012.8.24.0037, Joaçaba.....	1330
0009378-72.2013.8.24.0036, Jaraguá do Sul.....	1340
0041391-03.2012.8.24.0023, Capital.....	1353
0000868-03.2011.8.24.0081, Xaxim.....	1371

0002697-05.2012.8.24.0042, Maravilha.....	221
0502598-16.2013.8.24.0018, Chapecó.....	260
0005913-43.2012.8.24.0019, Concórdia.....	288
0300431-94.2014.8.24.0011, Brusque.....	427
0008553-98.2011.8.24.0004, Araranguá.....	918
0300530-06.2017.8.24.0061, São Francisco do Sul.....	1154
0011010-71.2018.8.24.0000, Laguna.....	1164
0300522-72.2015.8.24.0037, Joaçaba.....	937
0300025-83.2015.8.24.0061, Joinville.....	897
0057807-17.2010.8.24.0023, Capital.....	123
0301385-70.2015.8.24.0023, Capital.....	436
0300434-46.2015.8.24.0033, Itajaí.....	454
0006730-40.2013.8.24.0030, Imbituba.....	563
0304183-61.2015.8.24.0004, Araranguá.....	572
0305326-62.2014.8.24.0023, Capital.....	961
0000094-18.2012.8.24.0087, Lauro Muller.....	1144
0001615-51.2012.8.24.0037, Joaçaba.....	1330

## **APELAÇÕES CRIMINAIS**

0000789-94.2017.8.24.0119, Garuva.....	1528
0013161-27.2017.8.24.0038, Joinville.....	1543
0004099-90.2017.8.24.0125, Itapema.....	1563
0004452-71.2015.8.24.0135, Navegantes.....	1591

0009679-62.2016.8.24.0020, Criciúma.....	1605
0010272-48.2017.8.24.0023, Capital.....	1651
0006667-79.2012.8.24.0020, Criciúma.....	1732
0014707-16.2013.8.24.0020, Criciúma.....	1755
0004570-19.2016.8.24.0036, Jaraguá do Sul.....	1772
0002801-93.2017.8.24.0018, Chapecó.....	1782
0005549-97.2014.8.24.0020, Criciúma.....	1787
0000169-20.2013.8.24.0088, Lebon Régis.....	1803
0001631-43.2014.8.24.0034, Itapiranga.....	1811
0005576-53.2013.8.24.0008, Blumenau.....	1827
0002699-33.2016.8.24.0139/50000, Porto Belo.....	130

### **CONFLITO DE COMPETÊNCIA**

0000481-27.2017.8.24.0000, Criciúma.....	1420
0000486-15.2018.8.24.0000, Lages.....	188
0000500-96.2018.8.24.0000, Capital.....	195

### **CONFLITOS DE JURISDIÇÃO**

0000481-27.2017.8.24.0000, Criciúma.....	1420
0001136-96.2017.8.24.0000, Videira.....	1398

### **EMBARGOS INFRINGENTES**

0119548-54.2015.8.24.0000, Capital.....	317
---	-----

0000687-07.2018.8.24.0000, Brusque.....1464

### **HABEAS CORPUS**

154.390, Santa Catarina.....34

425.276 - SC (2017/0298669-8).....66

### **INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA**

0000190-27.8.24.0000, Criciúma.....1378

### **MANDADOS DE SEGURANÇA**

4014113-86.2016.8.24.0000, Capital.....1074

4021125-20.2017.8.24.0000, Capital.....1102

### **RECURSOS ADMINISTRATIVOS**

2017.900102-1, Balneário Camboriú.....149

2017.900090-4, Capital.....162

2018.900012-5, São Joaquim.....169

### **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**

0028962-28.2017.8.24.0023, Capital.....1792

### **RECURSOS ESPECIAIS**

0330699-95.2014.8.24.0023/50002, Capital.....141

0015467-44.2012.8.24.0005/50001, Balneário Camboriú.....145

0002699-33.2016.8.24.0139/50000, Porto Belo.....130

**RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS**

4012455-90.2017.8.24.0000, Capital.....115  
0057807-17.2010.8.24.0023, Capital.....123

**REVISÕES CRIMINAIS**

4000361-47.2016.8.24.0000, Biguaçu.....1506  
4028389-88.2017.8.24.0000, Blumenau.....1429  
4003724-71.2018.8.24.0000, Camboriú.....1444  
4005710-31.2016.8.24.0000, Palhoça.....1458  
4011881-04.2016.8.24.0000, Videira.....1497

**SENTENÇAS**

0002810-76.2017.8.24.0011, Brusque.....1893  
0005720-81.2014.8.24.0011, Brusque.....1924  
0003756-48.2017.8.24.0011, Brusque.....1955

**SUSPENSÃO DE LIMINAR**

4009486-68.2018.8.24.0000, Imbituba.....88  
4010483-67.2018.8.24.0900, Capital.....97

# ÍNDICE POR ASSUNTO

---



<b>AÇÃO CAUTELAR DE ANTECIPAÇÃO DE PROVAS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA E AÇÃO DE COBRANÇA C.C OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER.....</b>	<b>995</b>
<b>AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTRATO DE TRANSPORTE DE CONTÊINERES.....</b>	<b>897</b>
<b>AÇÃO DE ANULAÇÃO DE PARTILHA.....</b>	<b>563</b>
<b>AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO PARA FINANCIAMENTO DE VEÍCULO.....</b>	<b>1054</b>
<b>AÇÃO DECLARATÓRIA C/C DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - TELEFONIA MÓVEL.....</b>	<b>572</b>
<b>AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>1353</b>
<b>AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO.....</b>	<b>188</b>
<b>AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CONSUMIDOR VÍTIMA DO GOLPE “BOA NOITE CINDERELA”.....</b>	<b>1043</b>

<b>AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.....</b>	<b>855</b>
<b>AÇÃO DECLARATÓRIA E INDENIZATÓRIA AJUIZADA PELO HERDEIRO E SUA ESPOSA EM FACE DOS COERDEIROS.....</b>	<b>519</b>
<b>AÇÃO DECLARATÓRIA. ISS-IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. CESSÃO DO USO DE SISTEMA OPERACIONAL.....</b>	<b>1121</b>
<b>AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR.....</b>	<b>604</b>
<b>AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO CUMULADA COM OFERTA DE ALIMENTOS E PEDIDOS DE FIXAÇÃO DE GUARDA.....</b>	<b>670</b>
<b>AÇÃO DE EXECUÇÃO E EMBARGOS - CHEQUE.....</b>	<b>1065</b>
<b>AÇÃO DE FALÊNCIA.....</b>	<b>874</b>
<b>AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA.....</b>	<b>195</b>
<b>AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PLEITO INDENIZATÓRIO POR DANOS MORAIS.....</b>	<b>1154</b>
<b>AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA - PROPRIEDADE INDUSTRIAL.....</b>	<b>845</b>

<b>AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE.....</b>	<b>202</b>
<b>AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE FUNDADA EM CONTRATOS DE COMODATO - PACTO VINCULADO AO CONTRATO VERBAL DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS.....</b>	<b>884</b>
<b>AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO.....</b>	<b>365</b>
<b>AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.....</b>	<b>985</b>
<b>AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE.....</b>	<b>1109</b>
<b>AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO.....</b>	<b>175</b>
<b>AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE DESPACHO ADUANEIRO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE DESPACHO ADUANEIRO.....</b>	<b>617</b>
<b>AÇÃO INDENIZATÓRIA. SUBTRAÇÃO DE NUMERÁRIO DA CONTA DA AUTORA MEDIANTE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA.....</b>	<b>427</b>
<b>AÇÃO INIBITÓRIA - CONTRATO DE LOCAÇÃO DE LOJA EM SUPERMERCADO DE GRANDE PORTE.....</b>	<b>961</b>
<b>AÇÃO MONITÓRIA - COMPRA E VENDA DE ESTUFA.....</b>	<b>918</b>

**AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO PARTICULAR DE CESSÃO DE QUOTAS DE SOCIEDADE COMERCIAL.....739**

**AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENDIDA A DESCONSTITUIÇÃO DO ACÓRDÃO QUE NÃO CONHECEU DA APELAÇÃO INTERPOSTA, BEM COMO A OBTENÇÃO DE NOVO JULGAMENTO DA CAUSA NO TOCANTE À ORDEM DE BLOQUEIO DE VALOR REFERENTE A CRÉDITO EXISTENTE JUNTO À AUTORA.....727**

**ACIDENTE DE CONSUMO.....460**

**AÇÕES CIVIS PÚBLICAS POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....1223, 1274, 1330, 1340**

**AGRAVO INOMINADO INTERPOSTO PELA OI/SA.....840**

#### **AGRAVOS DE INSTRUMENTO**

**DIVÓRCIO C/C PARTILHA. PEDIDO DE DIVISÃO IMEDIATA DE FRUTOS, ARROLAMENTO DE BENS E PRODUÇÃO DE PROVA.....699**

**INTERLOCUTÓRIA QUE, DIANTE DA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO EXEQUENTE, HOMOLOGOU O CÁLCULO PERICIAL E DETERMINOU O PROSSEGUIMENTO DA EXECUCIONAL.....980**

**INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERE O PEDIDO DE JUSTIÇA**

GRATUITA E DETERMINA O RECOLHIMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS, SOB PENA DE INDEFERIMENTO DA EXORDIAL.....553

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA DE SOBREPARTILHA.....599

### **AGRAVOS INTERNOS**

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO QUE NÃO ADMITIU O RECURSO ESPECIAL POR MOTIVO DIVERSO DA SISTEMÁTICA DE RECURSOS REPETITIVOS.....123

AGRAVO INTERNO EM AÇÃO RESCISÓRIA. INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO.....298

AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA.....209

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO SUSPENSIVO NEGADO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DETERMINOU O CUSTEIO DE INTERNAÇÃO EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO.....213

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA DO RELATOR QUE INDEFERE A PETIÇÃO INICIAL DO “WRIT”.....714

AGRAVO INTERNO EM SUSPENSÃO DE TUTELA DE URGÊN-

CIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. DIREITO À VIDA E SAÚDE.....103

AGRAVO INTERNO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE EXTINGUIU MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR SERVIDORA PÚBLICA QUE SE AUSENTOU DO TRABALHO POR 1 ANO E 4 MESES, PRETENDENDO QUE CESSEM OS DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO POR FALTAS INJUSTIFICADAS.....1082

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS.....55

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL NA ORIGEM: AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE RECURSO PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA: SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....27

**APELAÇÃO CÍVEL CONTRA SENTENÇA QUE, NA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA APRESENTADA PELO ESTADO DE SANTA CATARINA, RECONHECEU COMO INEXIGÍVEL O TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL QUE TRATA DA MULTA COMINATÓRIA DECORRENTE DA OBRIGAÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS, E CONDENOU A APELANTE AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, RESPEITADO O DEFERIMENTO DA GRATUIDADE DA**

**JUSTIÇA.....1164**

**ARTIGOS**

**A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE.....2064**

**DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SUSTENTABILIDADE: CONCEITOS ANTAGÔNICOS OU COMPATÍVEIS?.....2093**

**CONFLITO DE JURISDIÇÃO E INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA.....1398**

**CONTRATO COLETIVO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E HOSPITALAR.....436**

**CONTRATO CRÉDITO DIRETO AO CONSUMIDOR.....937**

**CONTRATO DE CESSÃO DE QUOTAS DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA, NÃO-CONCORRÊNCIA E OUTRAS AVENÇAS.....1027**

**COMINATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO E ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RURAL.....630**

**CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CONCUSSÃO EM CONTINUIDADE DELITIVA.....1755**

**CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VUL-**

<b>NERÁVEL.....</b>	<b>1543</b>
<b>CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, I, DA LEI N. 8.137/90, EM CONTINUIDADE DELITIVA.....</b>	<b>1803</b>
<b>CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS, .....</b>	<b>1563</b>
<b>CRIME DE AMEAÇA E CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL...1528</b>	
<b>CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO.....</b>	<b>1772</b>
<b>CRIME DE LATROCÍNIO CONSUMADO, MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE AGENTES E PELO FATO DE A VÍTIMA ESTAR EM SERVIÇO DE TRANSPORTE DE VALORES, COM AS CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES DO MOTIVO FÚTIL E DO RECURSO QUE DIFICULTOU OU TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DO OFENDIDO.....</b>	<b>1955</b>
<b>CRIME DE LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVÍSSIMA COM DOLO EVENTUAL (ART. 129, §2º, III C/C 18, I, <i>IN FINE</i>, AMBOS DO CÓDIGO PENAL.....</b>	<b>1732</b>
<b>CRIME DE ROUBO TENTADO.....</b>	<b>1782</b>
<b>CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ARTIGOS 214 C/C ARTIGO 224, ALÍNEA ‘A’, EM SUAS ANTIGAS REDAÇÕES, E ARTIGO 226, INCISO II, NA FORMA DO ARTIGO 71 E ARTIGO</b>	



**69, TODOS DO CÓDIGO PENAL.....1506**

**CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E CORRUPÇÃO DE MENORES E INDUZIMENTO DE ACESSO À CRIANÇA DE MATERIAL CONTENDO CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA COM O FIM DE COM ELA PRATICAR ATO LIBIDINOSO.....1924**

**DANOS MATERIAIS E MORAIS**

ACIDENTE DO TRABALHO. INCAPACIDADE PARA ATIVIDADE HABITUAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ.....1371

BLOQUEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO.....454

COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PARTE DO TERRENO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP).....1192

MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA EM ABERTO. EQUÍVOCO. DETENÇÃO DA PARTE AUTORA. PRECARIEDADE NA QUALIFICAÇÃO DO DENUNCIADO POR CRIME DE FURTO. ILEGITIMIDADE DO HOMÔNIMO PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DO PROCESSO CRIMINAL.....1176

RELAÇÃO DE CONSUMO. VÍCIOS CONSTATADOS LOGO APÓS A AQUISIÇÃO DE VEÍCULO USADO NO ESTABELECIMENTO DA REQUERIDA.....391

**DIREITO DE FAMÍLIA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR PROPOSTA EM RELAÇÃO A AMBOS OS GENITORES.....221**

**DISCURSOS**

DISCURSO DE ENCERRAMENTO DA GESTÃO 2016/2018, PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR TORRES MARQUES....2119

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR RICARDO FONTES, POR OCASIÃO DO ENCERRAMENTO DA GESTÃO 2016/2018 E DA POSSE DO DESEMBARGADOR RODRIGO COLLAÇO COMO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....2124

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR RODRIGO COLLAÇO, POR OCASIÃO DA SUA POSSE COMO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....2112

DIVÓRCIO E PARTILHA.....344

EMBARGOS À ARREMATACÃO. TESE DE ALIENAÇÃO JUDICIAL POR PREÇO VIL.....288

**EMBARGOS INFRINGENTES**

OBRIGAÇÃO DE FAZER. NEGATIVA DE COBERTURA DE CIRURGIA E PRÓTESE CARDÍACA PELO PLANO DE SAÚDE.....317

SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. CRIME DO ART. 2º, II, C/C ART. 12, I, AMBOS DA LEI N. 8.137/90.....1464

**HABEAS CORPUS**

EXECUÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME SEMIABERTO. FALTA DE VAGA OU INEXISTÊNCIA DE ESTA-

BELECIMENTO COMPATÍVEL. PACIENTE QUE.....	66
MEIO AMBIENTE. DANO. PEQUENO VALOR.....	35
POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO.....	34
<b>HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO E ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO SEM O CONSENTIMENTO DA GESTANTE.....</b>	<b>1591</b>
<b>INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA.....</b>	<b>1378</b>
<b>INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. CONFLITOS NEGATIVOS DE JURISDIÇÃO.....</b>	<b>1420</b>
<b>INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS DECORRENTES DE ERRO MÉDICO.....</b>	<b>44</b>
<b>INVENTÁRIO - ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA ANTERIOR AO FALECIMENTO DO DE CUJUS.....</b>	<b>609</b>
<b>REVISÕES CRIMINAIS.</b>	
CRIME DE ESTUPRO CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS .....	1497
CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. MILITAR DO EXÉRCITO QUE APRESENTA IDENTIDADE FUNCIONAL, AUTORIZAÇÃO INTERNA DO EXÉRCITO PARA PORTE E PARA A TRANSFERÊNCIA DA ARMA, EM NOME DE PARTICULAR,	

ALÉM DO CERTIFICADO DE REGISTRO (CRAF) NO MOMENTO DA ABORDAGEM.....	1429
HOMICÍDIO QUALIFICADO PARA ASSEGURAR A IMPUNIDADE DE OUTRO CRIME E ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS, EM CONCURSO MATERIAL.....	1444
HOMICÍDIO TENTADO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL E CRIMES CONTRA O SISTEMA NACIONAL DE ARMAS.....	1458
<b>LATROCÍNIO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. CORRUPÇÃO DE MENORES. DANO QUALIFICADO.....</b>	<b>1605</b>
<b>LATROCÍNIO TENTADO E EVASÃO DA PRISÃO MEDIANTE VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA.....</b>	<b>1893</b>
<b>MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR SERVIDORA PÚBLICA.....</b>	<b>1074</b>
<b>MANDADO DE SEGURANÇA. ISENÇÃO PARCIAL DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.....</b>	<b>1102</b>
<b>PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO.....</b>	<b>1792</b>
<b>RECURSOS ADMINISTRATIVOS</b>	
LAVRATURA DIGITAL DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL.....	162
SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE PEDIDO DE SUSCI-	

TAÇÃO DE DÚVIDA.....149

SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA POR CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS.....169

### **RECURSOS ESPECIAIS**

CRIME DE DESOBEDIÊNCIA E TRÁFICO DE DROGAS.....130

DIREITO DE USO SIMULTÂNEO E HARMÔNICO DE MARCAS.....145

FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO.....141

### **RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS**

BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE.....137

VERBA DE INDENIZAÇÃO POR REGIME ESPECIAL DE TRABALHO PERICIAL.....115

### **RESPONSABILIDADE CIVIL**

ACIDENTE DE TRÂNSITO.....328

CONTAMINAÇÃO DA ÁGUA POR DEJETOS SUÍNOS.....1130

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. LESÃO EM JOELHO DURANTE UMA PARTIDA DE FUTEBOL.....1144

VIOLÊNCIA CONTRA MULHER. AGRESSÕES FÍSICAS E PSICOLÓGICAS.....260

**SUSPENSÕES DE LIMINAR**

CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL EM VIRTUDE DE SUSPENSÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.....88

TAXA DE ACOMPANHAMENTO DE MENOR DE IDADE NO MOMENTO DA AQUISIÇÃO DA PASSAGEM AÉREA OU DURANTE O CHECK IN.....97

**TENTATIVA DE ESTUPRO.....1811**

**TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO..1827**

**TRÁFICO DE DROGAS, POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E RECEPÇÃO DOLOSA.....1651**

**TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ASFIXIA.....1787**

**TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISS) AO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO (SPC), EM DESFAVOR DA FEDERAÇÃO DAS CÂMARAS DE DIRIGENTES LOJISTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA.....1208**

# ÍNDICE ONOMÁSTICO

---

Alexandre d'Ivanenko.....	1420
Alexandre Murilo Schramm .....	2093
Altamiro de Oliveira.....	137, 141 e 145
André Luiz Dacol.....	630
Artur Jenichen Filho.....	162, 1074, 1340 e 1353
Carlos Adilson Silva.....	115, 123 e 130
Carlos Roberto da Silva.....	288
Carmém Lúcia.....	27
Cláudia Lambert de Faria.....	617
Cláudio Valdyr Helfenstein.....	727
Denise de Souza Luiz Francoski.....	149
Dias Toffoli.....	34
Dinart Francisco Machado.....	874
Edemar Leopoldo Schlösser.....	1893, 1924 e 1955
Ernani Guetten de Almeida.....	1732 e 1755
Felix Fischer.....	55
Fernando Carioni.....	328 e 553
Francisco Oliveira Neto.....	1144
Getúlio Corrêa.....	1429, 1464 e 1772
Gilberto Gomes de Oliveira.....	937
Guilherme Nunes Born.....	739 e 855
Hildemar Meneguzzi de Carvalho.....	209, 1528, 1543 e 1563
Hélio do Valle Pereira.....	1371
Jairo Fernando Gonçalves.....	609
Janiara Maldaner Corbetta.....	2093
Janice Ubialli.....	995
Jânio Machado.....	1043, 1054 e 1065
João Henrique Blasi.....	175 e 1154
José Agenor de Aragão.....	202



José Everaldo Silva.....	1458
Joel Dias Figueira Júnior.....	345 e 599
Joel Ilan Parciornik.....	66
Jorge Luiz Costa Beber.....	344
Jorge Luiz de Borba.....	1102
Jorge Schaefer Martins.....	1378
Júlio César Knoll.....	1176, 1192 e 1208
Lázaro Guimarães.....	44
Luiz Antônio Zanini Fornerolli.....	1782 e 1787
Luiz César Medeiros.....	604
Luiz Felipe Schuch.....	221 e 260
Luiz Fernando Boller.....	1109 e 1121
Luiz Neri Oliveira de Souza.....	1803, 1811 e 1827
Luiz Zanelato.....	714 e 845
Marco Aurélio.....	35
Marcus Tulio Sartorato.....	188
Maximiliano Losso Bunn.....	2064
Moacyr de Moraes Lima Filho.....	88, 97 e 103
Newton Trisotto.....	436
Odson Cardoso Filho.....	1330
Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.....	1082 e 1130
Paulo Ricardo Bruschi.....	1223 e 1274
Paulo Roberto Sartorato.....	1444
Raulino Jacó Brüning.....	365 e 391
Rejane Andersen.....	884
Ricardo Fontes.....	195 e 2124
Roberto Lucas Pacheco.....	169
Robson Luz Varella.....	897
Rodolfo C. R. S. Tridapalli.....	298 e 572

Rodrigo Collaço.....	2112
Rosane Portella Wolff.....	563
Rubens Schulz.....	454
Salim Schead dos Santos.....	840
Saul Steil.....	460 e 519
Sebastião César Evangelista.....	427 e 317
Sérgio Izidoro Heil.....	980
Sérgio Rizelo.....	1591 e 1651
Sérgio Roberto Baasch Luz.....	1164
Sidney Eloy Dalabrida.....	213, 1398, 1497 e 1792
Stanley Braga.....	670 e 699
Torres Marques.....	985 e 2119
Túlio Pinheiro.....	918 e 961
Volnei Celso Tomazini.....	1506 e 1605

# **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

## **Núcleo de Comunicação Institucional - Assessoria de Artes Visuais**

Projeto gráfico e editoração eletrônica